


**YAŞAR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**



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

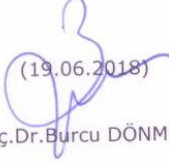
**CEREN ÖZKAN**

**TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. BURCU DÖNMEZ**

**2018 İZMİR**

**YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ ONAY SAYFASI**

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

  
(19.06.2018)


(Tez Danışmanı, Doç.Dr.Burcu DÖNMEZ)

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

  
(19.06.2018)

(Dr.Öğr.Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER)

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

  
(19.06.2018)

(Dr.Öğr.Üyesi Candide ŞENTÜRK)

  
Doç.Dr. Çağrı Bulut  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜ MÜDÜRÜ

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunmuş olduğum “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” adlı çalışmanın, araştırma aşamasından tamamlanmasına kadar olan tüm süreçte, tarafımdan bilimsel ahlak, gelenek ve temellere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

Ceren ÖZKAN

16 Temmuz 2018

## ÖZ

# CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

Ceren ÖZKAN

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ

2018

Ceza muhakemesi hukukun temel amacı, maddi gerçeğin araştırılarak suçun aydınlatılmasıdır. Bu gerçek arayışında olmazsa olmaz nitelikte olan deliller, ceza muhakemesinin bel kemiğini oluşturmaktadır. 21. Yüzyılda tıp ve kriminalistik bilimlerinin gelişmesi ile birlikte bilimsel deliller, ceza muhakemesinde kullanılmaya başlanmıştır. Böylece sanıktan delile gitme anlayışı terk edilerek delilden sanığa gitme anlayışı benimsenmiştir.

Bilimsel delillerin en önemli özelliği, güvenilirlik oranının kesine yakın olmasıdır. Bu sebeple ceza muhakemesinin aydınlatılmasında bilimsel delil özelliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte tedbir, kişinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu sebeple, Kanun koyucu, CMUK'ta son derece yetersiz düzenlenen tedbiri, CMK ve Yönetmelik ile ayrıntılı düzenleme yoluna gitmiştir.

Tedbirin ceza muhakemesinde delil elde etme ve değerlendirmedeki önemine binaen çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle tedbir, tedbirin amacı, hukuki niteliği, çeşitleri açıklanmış, tedbire hâkim olan ceza muhakemesi ilkelerine yer verilmiş ve tedbirin uluslararası ve mukayeseli hukuk bakımından incelemesi yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, tedbirin şartları, şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Tedbir, bilimsel delil elde etme konusunda elverişli nitelik taşıyan diğer koruma tedbirleri ile mukayese edilmiştir. Son olarak ise haksız ve hukuka aykırı olarak tedbire başvurulduğu hallerde söz konusu olan cezai hükümler ve denetim kanun yolu açıklanarak CMK'da tedbir ile ilgili yer alan eksiklikler tespit edilerek bunlara çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Ayrıca Yargıtay ve AİHM Kararları ile konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Muayene, ceza muhakemesi, maddi gerçek, tıbbi müdahale, delil.

## ABSTRACT

### SCIENTIFIC EXPERTISE ON HUMAN BODY IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Ceren ÖZKAN

Msc, Department of Public Law

Advisor: Assoc. Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ

2018

The main purpose of code of criminal procedure is to investigate the material fact and enlighten the crime. Evidences that are indispensable for fact seeking constitute the backbone of criminal procedure. With the development of medical and criminalistic sciences in the 21<sup>st</sup> century, scientific evidences have begun to be used in criminal procedure. Thus, from perpetrator to evidence understanding was quitted and from evidence to perpetrator has been adopted.

The most important feature of specific evidence is that the reliability rate is almost precise. For this reason, physical examination and taking sample from body, which constitute a scientific evidence for enlightening of criminal procedure, is crucial. However, this measure is a serious intervention to fundamental rights and freedom of the person. For this reason, the legislator arranged this very poorly arranged measure with Code of Criminal Procedure and Regulation in detail.

In the first part of our research the measure, purpose, legal characteristic and types of the measure are explained with respect to the importance of the measure in obtaining and evaluating the evidence at the criminal procedure; the principles of the criminal procedure covering the measure are included and the measure is analyzed in terms of international and comparative law.

In the second part of our research, terms of the measure are examined under two headings as suspected and perpetrator and other persons. The measure is compared with other protection measures that are convenient for obtaining scientific evidence. Finally, the penal provisions and legal inspection ways in cases, where unfair and illegal measures are applied, are examined; the deficiencies in Code of Criminal Procedure about the measure are detected and solutions are offered for these. In addition, the subject is tried to be clarified with the decisions of Supreme Court and ECHR.

**Key Words:** Examination, criminal procedure, material fact, medical intervention, evidence.

## TEŞEKKÜR

Tez alıŐmasının planlanmasında, yazılmasında, yürütülmesinde ve tamamlanmasında ilgi ve desteğini esirgemeyen, engin bilgi birikimi ve tecrübelerinden yararlandığım, çalıŐmamı bilimsel temeller ışığında Őekillendiren, sayın hocam Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ'e teŐekkürlerimi sunarım.

Ceren ÖZKAN

İzmir, 2018



## İÇİNDEKİLER

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| TEZ JÜRİSİ ONAY SAYFASI ..... | ii  |
| YEMİN METNİ.....              | iii |
| ÖZ .....                      | iv  |
| ABSTRACT.....                 | v   |
| TEŞEKKÜR.....                 | vi  |
| İÇİNDEKİLER .....             | vii |
| KISALTMA LİSTESİ.....         | ix  |
| GİRİŞ .....                   | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAVRAM, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ, TEDBİRE HÂKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ, ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELENMESİ

|   |    |
|---|----|
| I. KAVRAM.....                                      | 3  |
| A. Beden Muayenesi Kavramı .....                    | 3  |
| B. Vücuttan Örnek Alınması Kavramı .....            | 7  |
| II. AMACI.....                                      | 8  |
| III. HUKUKİ NİTELİĞİ.....                           | 12 |
| IV. ÇEŞİTLERİ .....                                 | 16 |
| A. Beden Muayenesi .....                            | 16 |
| 1. Şüpheli ve Sanığın İç Beden Muayenesi .....      | 17 |
| 2. Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi.....      | 19 |
| 3. Diğer Kişilerin Muayenesi.....                   | 21 |
| 4. Kadının Muayenesi .....                          | 23 |
| B. Vücuttan Örnek Alınması .....                    | 25 |
| V. TEDBİRE HÂKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ..... | 26 |
| A. Hukuk Devleti İlkesi.....                        | 26 |
| B. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi.....        | 30 |
| C. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi .....              | 35 |
| D. Adil Yargılanma İlkesi .....                     | 37 |
| E. Orantılılık İlkesi .....                         | 41 |

|   |    |
|---|----|
| VI. TEDBİRİN ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELENMESİ..... | 43 |
| A. Uluslararası Hukuk Bakımından İncelenmesi .....                        | 43 |
| B. Mukayeseli Hukuk Bakımından İncelenmesi .....                          | 57 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEDBİRİN ŞARTLARI, BENZER NİTELİKTEKİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI, DENETİMİ

|   |     |
|---|-----|
| I. TEDBİRİN ŞARTLARI .....  | 63  |
| A. Şüpheli ve Sanık Bakımından .....  | 63  |
| 1. Şüphe Bakımından.....  | 63  |
| 2. Tedbire Karar Verecek Makam Bakımından.....                                | 66  |
| 3. Tedbiri Uygulayacak Kişi Bakımından .....                                  | 69  |
| 4. Tedbire Maruz Kalan Kişinin Sağlığı Bakımından .....                       | 71  |
| 5. Şüpheli ya da Sanığın Üzerine Atılı Suç Bakımından.....                    | 73  |
| B. Diğer Kişiler Bakımından.....  | 75  |
| 1. Şüphe Bakımından.....  | 75  |
| 2. Tedbire Karar Verecek Makam Bakımından.....                                | 76  |
| 3. Tedbiri Uygulayacak Kişi Bakımından .....                                  | 80  |
| 4. Tedbire Maruz Kalan Kişinin Sağlığı Bakımından .....                       | 80  |
| II. TEDBİRİN BENZER NİTELİKTEKİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ..... | 81  |
| A. Arama ile Karşılaştırılması.....   | 81  |
| B. Moleküler Genetik İnceleme İle Karşılaştırılması.....                      | 86  |
| C. Fizik Kimliğin Tespiti İle Karşılaştırılması .....                         | 94  |
| III. TEDBİRİN DENETİMİ.....   | 98  |
| A. Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Muayene ve Örnek Alma.....                    | 98  |
| B. İtiraz.....  | 102 |
| C. Cezai Hükümler ve Tazminat .....   | 106 |
| SONUÇ .....   | 111 |
| KAYNAKÇA.....   | 120 |



## KISALTMA LİSTESİ

|            |  |
|------------|--|
| AİHM       | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi   |
| AİHS       | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi  |
| bkz.       | : Bakınız  |
| AY         | : Anayasa  |
| C.         | : Cilt   |
| CD.        | : Ceza Dairesi.  |
| CMK        | : Ceza Muhakemesi Kanunu   |
| CMUK       | : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu   |
| DEÜ        | : Dokuz Eylül Üniversitesi   |
| DNA        | : Deoksi ribo nükleik asit   |
| E.T.       | : Erişim Tarihi  |
| E.         | : Esas   |
| İHEB       | : İnsan Hakları Evrensel Bildirisi   |
| K.         | : Karar  |
| Yönetmelik | : Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik |
| m.         | : Madde  |
| M.S.       | : Milattan sonra   |
| MÜHF       | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi   |
| No         | : Numara   |
| s.         | : Sayfa  |
| S.         | : Sayı   |
| S.K.       | : Sayılı Kanun   |
| T.         | : Tarih  |
| TBB        | : Türkiye Barolar Birliği  |
| TBMM       | : Türkiye Büyük Millet Meclisi   |
| TCK        | : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu   |
| T.C.       | : Türkiye Cumhuriyeti  |
| TDK        | : Türk Dil Kurumu  |
| vb.        | : ve benzeri   |
| vd.        | : ve devamı  |
| Y.         | : Yargıtay   |
| Yay.       | : Yayıncılık   |
| y.y.       | : Yüzyıl   |
| www        | : World wide web   |

## GİRİŞ

Çağımızda tıp biliminin her geçen gün ilerlemesi sonucu bu bilimde yer alan gelişmelere, çağdaş devletler, kayıtsız kalmamışlar ve ceza muhakemelerinde bu bilimin olanaklarından faydalanmaya başlamışlardır. Bilimsel delil adı altında ceza muhakemelerine dâhil olan bu deliller, adil yargılamanın gerçekleşmesine hizmet etmektedirler. Bilimsel deliller, tanık, beyan delili gibi diğer delillere nazaran güvenilirliği çok daha yüksek olan deliller olmaları sebebi ile oldukça önem verilen bir ceza muhakemesi aracı haline gelmişlerdir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de söz konusu bilimsel delillerin en önemlilerinden biridir. 1412 sayılı CMUK'ta gerek teknolojinin bu denli ilerlememesi gerekse kanunun yenilenmemesi sebebi ile konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri son derece yetersiz bir şekilde düzenlenmişti. CMUK'un 66. maddesinde "*Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına karar verilir*" denilmek suretiyle yer almaktaydı. CMUK'ta yer alan düzenlemenin tedbiri tanımlamaması ve tedbirin şartları, tedbire kim tarafından karar verileceği, kimin uygulayacağı hususlarının hiçbirine açıklık getirmemesi sebebi ile tedbir, 5271 sayılı CMK'nın 75. maddesinde "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*", 76. maddesinde "*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*", 77. maddesinde ise "*Kadının muayenesi*" şeklinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, CMK'daki düzenleniş şekli ile hem keşif ve bilirkişi özelliği hem de kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi sebebiyle koruma tedbiri özelliği gösteren bir işlemdir. Tedbir, kişinin Anayasal düzeyde koruma altına alınmış olan vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği gibi haklara müdahale niteliği taşıması sebebiyle koruma tedbiri yönü ağır basmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bilimsel delil olma özelliği ile ceza muhakemesinin aydınlatılmasında oldukça önemli olması ayrıca söz konusu yararının yanında temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle tarafımızca çalışma konusu olarak seçilmiştir.

Tedbirin CMK'da düzenleniş biçimi oldukça önemlidir. Çalışmamızda, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin CMUK'taki düzenleniş şeklinden

bu yana kanun koyucu tarafından sürekli geliştirildiği ve temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması amacıyla 5353 sayılı Kanun ile iyileştirmeler yapıldığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, tedbir ile ilgili CMK'da eksik bıraktığı kısımları Yönetmelik ile düzenleme yoluna gitmiştir.

Çalışmamızda CMK'da düzenlenen iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramları ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ile tanımlanan dış beden muayenesi kavramı açıklanmıştır. Kanun ile düzenlenmeyen dış beden muayenesinin kanunilik ilkesi gereği CMK'da düzenlenmesi gerektiği tartışılmıştır. Ayrıca CMK'da beden muayenesinin çeşitleri irdelenmiş ve CMK'nın mehz aldığı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile ayrıldığı noktalara yer verilmiştir.

Beden muayenesi ve örnek almanın delil elde etmeye yönelik olan amacı üzerinde durulmuş ve tedbirin hukuki niteliği açıklanmıştır. Tedbir, koruma tedbiri özelliklerine haiz olması gerektiği için hukukun temel ilkelerine göre tedbirin CMK'da ne şekilde düzenlenmesi gerektiği ve uygulamada da tedbire hâkim olan ceza muhakemesi ilkeleri çerçevesinde tedbire başvurulması gerektiği açıklanmıştır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, esas olarak Alman Hukuku'ndan esinlenilmesi sebebi ile Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile karşılaştırılmış ve bizim hukuk sistemimizden farklı niteliklere sahip Anglo Sakson Hukuk Sisteminde yer alan İngiliz hukuk sistemi ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri sonucu elde edilen verilerin incelemesi, moleküler genetik inceleme tedbiri ile gerçekleştirildiğinden söz konusu tedbir ile ve konumuz olan tedbire benzer nitelikte olan arama ve fizik kimliğin tespiti koruma tedbirleri ile mukayese edilerek açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan tedbirin denetimi kısmında ise, tedbire haksız olarak başvurulduğunda oluşabilecek cezai hükümlere yer verilmiş, tedbire, haksız veya hukuka aykırı olarak başvurulduğu zaman gidilecek olan denetim kanun yolu olan itiraz kanun yolu açıklanmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## KAVRAM, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ, TEDBİRE HÂKİM OLAN CEZA MUHALEMESİ İLKELERİ, BENZER KORUMA TEDBİRLERİ, ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELENMESİ

### I. KAVRAM

#### A. Beden Muayenesi Kavramı

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan farklı olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda ayrı bir başlık altında ve detaylı olarak düzenlenmiştir. Kavram, CMUK'un 66. maddesinde '*Bilirkişinin Tayini*' başlığı altında yalnızca hazırlık soruşturması ile sınırlı bir işlem olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine uygulanacak şekilde düzenlenmişti<sup>1</sup> CMUK'ta kavram açık olarak tanımlanmamış, bu husus tedbirin uygulanması bakımından sıkıntılarının yaşanmasına neden olmuştur.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri nedeniyle bireylerin birçok temel hak ve özgürlüğüne müdahale gerçekleşmektedir. Anayasa'nın 17. maddesine göre; '*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*'. Beden muayenesi tedbirinin uygulanması Anayasal güvence altında bulunan vücut dokunulmazlığı hakkının kanundan kaynaklanan istisnalarından birini oluşturmaktadır.

CMUK'ta yer alan sınırlı düzenleme uygulamada Anayasal garanti altında bulunan vücut dokunulmazlığının korunması hakkı bakımından hukuki sorunların

---

<sup>1</sup>1412 Sayılı CMUK m. 66: "Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına karar verilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Bilirkişinin tayini ve üçten fazla olmamak üzere adedinin tespiti hâkime aittir. Hazırlık soruşturmasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu yetkiyi haizdir. Belli hususlar hakkında rey ve mütalaalarını beyan ile kanun tarafından görevlendirilmiş resmi bilirkişi varsa, hususi sebepler olmadıkça başkası tayin edilemez. Tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya Ceza Kanununun 47'inci maddesinin uygulanması bakımından bilirkişi tetkikatı yaptırmaya hâkimler mecburdur. Bilirkişinin adli tabip yoksa mütehasıs bir hekim olması şarttır. Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap ed en kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır".

doğmasına neden olduğu için CMK'nın 75<sup>2</sup>, 76<sup>3</sup>. ve 77<sup>4</sup>. maddelerinde düzenlemiş, 01.06.2005 tarihli, 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ile detayları tek tek belirtilmiştir.(bundan sonra metin içinde ‘yönetmelik’ olarak anılacaktır).

Beden muayenesi, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla; Cumhuriyet savcısı ya da mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonradan hâkim onayına sunulmak şartı ile Cumhuriyet savcısı kararı ile kişinin bedeni üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılmasıdır<sup>5</sup>. Başka bir anlatımla, ceza muhakemesinde işlenen suça ilişkin

---

<sup>2</sup> 5271 sayılı CMK m. 75: “(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi ve vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) İç beden muayenesi ve vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık meslek mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. (6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır”.

<sup>3</sup> 5271 sayılı CMK m. 76: “(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden ve örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilci karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

<sup>4</sup> 5271 sayılı CMK m. 77: “Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir hekim tarafından yapılır”.

<sup>5</sup> ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin, F. Saygılar/ ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/ERDEN, Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 517; Benzer tanımlar için bkz: ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2007, s. 447 vd.; CENTEL, Nur/HAMİDE, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2010, s. 269 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Behiye/GÜLEÇ, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 202; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011, s. 282 vd.; TOROSLUOĞLU, Nevzat/FEVZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2017, s. 214; KUNTER, Nurullah/YENİSEY,

delillerin insan bedeni üzerinde izler bırakması olasıdır. Ceza muhakemesi anlayışında delilden sanığa gitmek amacı ile beden muayenesi yapılması gerekebilmektedir. İşte maddi gerçek arayışında kişinin bedeni üzerindeki iz, emare ve delilleri elde etmek için insan vücudu üzerinde yapılan araştırma işlemidir<sup>6</sup>. Yargıtay, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurularak çözümlenebilecek olaylarda tedbire başvurulmamasını bozma nedeni yapmaktadır<sup>7</sup>.

CMK, kanun metninde şüpheli ve sanığın beden muayenesini, diğer kişilerden ayrı düzenleyerek, şüpheli ve sanığın muayene koşullarını diğer kişilere nazaran daha kolay şartlara tabi tutmuştur. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınırken cerrahi bir müdahalede bulunmama şartı aranmazken, diğer kişiler bakımından bu şart aranmaktadır<sup>8</sup>. Burada yapılan düzenlemenin şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün diğer kişilere nazaran daha geniş kapsamlı olması gerektiği anlayışından geldiği düşünülmektedir.

Beden muayenesi, CMK'da iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. CMK incelendiğinde; 75. maddenin iç beden muayenesini düzenlediği görülmektedir. Kanun, dış beden muayenesini açıkça düzenlememiştir. Bu husus, Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesi, dış beden muayenesini açıkça düzenlemektedir. Burada kanun koyucunun dış beden muayenesini kanun metninde açıkça düzenlememesinin bilinçli bir seçim olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucu, kanunda belirtilmeyen ve düzenlenmesi gereken hususları Yönetmelik ile düzenleme yoluna gitmiştir.

---

Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2006, s. 861; İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma', İÜHFİM, C., LLX, S.1, 2012, s. 19; SARSIKOĞLU, Şenel, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması'', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, Aralık, 2013, s. 695; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması'', Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:7, Haziran, 2010, s. 25.

<sup>6</sup> YENİDÜNYA, Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 653.

<sup>7</sup> '...Sanıklar, CMK'nın 75. maddesi uyarınca tükürük örneklerinin aldirılarak Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ve sigara izmaritleri üzerindeki tükürük örneklerinin sanıklara ait olup olmadığının tespitinden sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, suç tarihi itibariyle 18 yaşını doldurmayan sanıklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca, küçüklerin içinde buldukları aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşulları ile psikolojik ve eğitim durumları hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması, bu raporlar değerlendirilerek hâkim tarafından ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırı olup sanık müdafii ile katılan vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden, kısmen re'sen de temyize tabi bulunan hükümlerin kısmen tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA...' Y. 1. CD. 27.05.2008, 2007/4784 E. 2008/4432 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018).

<sup>8</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 412.

Doktrinde, beden ve vücut kavramlarının seçimi ve kanunda kullanılmasının da rastgele bir seçim olduğu söz konusu kavramların bilerek seçilmediği belirtilmektedir. Keza henüz kanun metnine girmeden önce tedbir için vücut muayenesi kavramı kullanılırken yeni kanun ile beden kelimesi tercih edilmiştir<sup>9</sup>. Bu iki durumda yasa koyucunun rastgele yaptığı düzenlemelerdir.

CMK'da her ne kadar dış beden muayenesi tanımlanmasa da kanun metninden; cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayeneye ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının iç beden muayenesi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre dış beden muayenesi ise vücudun dış yüzeyinde muayene yapılması ve saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması olarak değerlendirilebilir<sup>10</sup>.

Beden Muayenesi kapsamında; iç ve dış beden muayenesini net bir şekilde tanımlayan kaynak, Yönetmeliktir. Yönetmelik incelendiğinde; tedbir ile ilgili birçok kavramın tanımlandığı görülmektedir. Yönetmeliğin 3. maddesine göre iç beden muayenesi, *“kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini”* ifade eder. Dış beden muayenesi ise, *“vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan tıbbi incelenmesidir”*.

Ceza Muhakemesi Kanun metninde ayrıca, iç beden muayenesi yapılabilmesinin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği, söz konusu muayenenin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınamayacağı madde metninde yer almaktadır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğe göre dış beden muayenesi ise, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebi üzerine ancak tabip tarafından ve kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir bir zarar vermemek şartıyla yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>9</sup> ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı, Ankara, 2005, s. 253.

<sup>10</sup> ÖZBEK, /KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 473.

## B. Vücuttan Örnek Alınması Kavramı

CMK incelediğinde; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin koruma tedbiri, aslında iki ayrı tedbirin tek maddede düzenlenmiş hali gibi görünse de aslında ortada tek bir tedbir vardır. Vücuttan örnek alınması, beden muayenesi yapılmadan söz konusu olamayacağı için muayene kavramının içinde değerlendirilmelidir.

CMK'ya göre vücuttan örnek alınması; vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesidir. Yönetmelikte yer alan tanımda ise, bir suça ilişkin delil elde etmek için, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal olarak tanımlanmıştır. Tedbir, suçun aydınlatılması bakımından son derece önem taşımakta olup özellikle uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma suçu gibi tedbirin uygulanması sonucu kesine yakın delil elde edilebilecek suçların yargılmasında Yargıtay, tedbire başvurulmamasını bozma nedeni yapmaktadır<sup>11</sup>.

Ceza muhakemesinde işlenen bir suç kapsamında, mağdurun elbiselerinden vücudundan ya da olay yerinden alınan örneklerle şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücudundan alınan örneklerin tıbbi olarak karşılaştırılması için başvuru delil elde etme aracı ile ceza muhakemesi sağlıklı bir şekilde yapılabilecektir<sup>12</sup>.

Vücuttan örnek alınmasına ilişkin CMK'da yapılan son değişiklik, 01.06.2005 tarihli 5353 sayılı Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılmış ve CMK, bugünkü halini almıştır. 5353 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede, CMK'nın 75. maddesinde bulunmayan iç beden muayenesi kavramı kanun metnine dâhil edilmiştir. Kanunun düzenlemeden önceki halinde beden tıbbi muayenesi olarak geçen kavram daha detaylandırılarak bu kavram yerini iç beden muayenesi kavramına bırakmıştır. 5271 sayılı CMK'da yapılan değişiklik ile kavramların detaylandırılması ve bedeninin tıbbi muayenesi kavramından iç ve dış

<sup>11</sup> '... Olaydan sonra sanıktan, uyuşturucu ve uyarıcı madde analizi yapılmak üzere CMK'nın 75. maddesi uyarınca idrar, kan veya kıl örneği alınmadığı hususu da dikkate alındığında; sanıkta ele geçen 4 adet tabletin uyuşturucu veya uyarıcı madde içerip içermediğine dair uzman bir kurum veya kuruluşa bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor aldırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde eksik araştırma ile hüküm kurulması... HÜKMÜN BOZULMASINA...' Y. 20.CD, 10.01.2017, 2015/4259 E. 2017/192 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-2690#>, Erişim Tarihi: 13.05.2018), benzer nitelikte karar için bkz. Y. 10. CD. 15.05.2007, 2006/8598 E. 2007/5708 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-2690#>, Erişim Tarihi:13.05.2018).

<sup>12</sup> KAPLAN, Mahmut/AYDIN, Özgür, '*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*', Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Haziran, 2016, s. 116.



beden muayenesi kavramına dönüşmesine rağmen dış beden muayenesinin kanunda tanımlanmaması, kanunda yer alan bir eksikliktir. Ayrıca “cinsel salgı” kelimesi çıkarılarak daha geniş kapsamlı bir ifade olan ve cinsel salgı dışında başka delilleri de içinde barındıran “biyolojik örnek” ibaresi eklenmiştir<sup>13</sup>.

CMK’da yer alan vücuttan örnek alınması tedbiri, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilen bir tedbirdir. Fakat kanun, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunmasını zorunlu tutmuştur. Bu sebeple hâkim veya mahkeme tarafından onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller hukuka aykırı şekilde elde edildiğinden ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Görüldüğü üzere, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, 1412 sayılı CMUK’ta düzenlendiği tek cümlelik halinden bu yana CMK’daki hali ile oldukça geniş kapsamlı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, delilden sanığa gitme yolundaki en önemli tedbirlerden olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusundaki düzenlemeleri geliştirmeye devam etmektedir. 5353 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemelerle, tedbir günümüzdeki halini almıştır. Yapılan düzenlemelerde yeri geldiğinde açıklayacak olmakla birlikte tedbirin halen geliştirilmesi ve Kanun’da yer alan düzenlemelerin Yönetmelik ile açıklanarak giderilmeye çalışılması bize, ceza muhakemesinin bel kemiği olan delilleri, elde etmede tedbirin önemini göstermektedir.

## II. AMACI

Tedbirin amacı temelde soruşturma veya kovuşturmayla ilişkin delil elde etmektir. Teknoloji ve tıp bilimin ilerlemesi ve uluslararası hukukun geldiği aşamada sanıktan delile gidilen yöntem terk edilmiş ve delilden sanığa gitme usulü kabul edilmiştir. Delilden sanığa gidilebilmesini sağlayan en önemli delil elde etme ve değerlendirme yöntemlerinden biri ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıdır. Bu tedbir ile yapılacak muayene ve vücuttan alınacak örnekler sonucu ortaya çıkan delillerin güvenilirlik oranı çok yüksektir. Bu sebeple ceza muhakemesine yeni giren tedbirlerden olan beden muayenesi ve vücuttan örnek

---

<sup>13</sup> YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2014, s. 802.

alınmasının delil elde etmedeki önemi büyük olup tedbir delil elde etme amacı ile uygulanmaktadır<sup>14</sup>.

CMK'da tedbir ile ilgili maddeler incelendiğinde de 75. maddesinde ‘*bir suça ilişkin delil elde etmek için*’, 76. maddesinde ‘*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla*’ ibarelerinin yer aldığı görülmektedir. Ceza muhakemesinin de amacı maddi gerçeğin hukuka uygun deliller vasıtası ile araştırılarak bulunmasıdır<sup>15</sup>. Burada dikkat edilecek nokta, maddi gerçeğe ulaşmada izlenecek yok ve usuldür. Ceza muhakemesi yapılırken her ne şekilde olursa olsun maddi gerçeğe ulaşma amacı güdülmemeli ve hukuka uygun elde edilen deliller ile yargılama yapılmalıdır. Bu kapsamda CMK, kesin bir sınırla soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılmak üzere delil elde etme amacı ile tedbire başvurulacağını belirttiğinden söz konusu amaç dışında tedbire başvurulamayacaktır<sup>16</sup>.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de ceza muhakemesinin gerçek arayışında en önemli faktör olan delil elde etmeye hizmet eden bir tedbir olup, tedbirin amacı belirtildiği üzere bir suça ilişkin delil elde etmektir. Beden muayenesi ile kişinin bedeni muayene edilerek üzerinden suç kapsamında çıkan deliller toplanabilecek ayrıca vücuttan örnek alınması ile olay yerinden alınan delillerle mukayese yapılarak, muhakemeye ilişkin delil elde edilebilecektir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi ile delil elde etme amacı güdülürken yapılacak müdahalelerin şüpheli veya sağlığına zarar vermemesi gerekmektedir. CMK'nın 75. maddesinde iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma bakımından ‘*kişinin sağlığına zarar vermeme*’ şartı koşulmuştur. CMK'nın 76. maddesinde ise mağdur ve diğer kişileri şüpheli ve sanığa nazaran daha çok koruma altına almış ve mağdurun vücudu üzerinde iç ve dış beden muayenesi ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesinin şartını ‘*sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak*’ olarak belirlemiştir.

Görüldüğü üzere CMK, şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için cerrahi bir müdahalede bulunmama koşuluna yer vermemiştir. Burada kanun koyucu soruşturma ve kovuşturma ile doğrudan ilgisi olmayan kişileri

<sup>14</sup> KAPLAN/AYDIN, s. 119.

<sup>15</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 31.

<sup>16</sup> KAZAKER, Gözde, ‘*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt.11, Sayı:31, Ağustos, 2016, s. 177.

korumayı amaçlamaktadır. Şüpheli ve sanığın, işlenen suç ile ilgili bir şüphe derecesi barındırdığı düşünüldüğünde; şüpheli ve sanığa yapılacak cerrahi müdahale ile suç aydınlatılabilmesi amaçlanmıştır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ceza muhakemesi, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde hızlı bir şekilde yapılabilecek ve elde edilen delillerin tıp ve kriminalistik biliminin incelemesi sonucu ortaya çıkacağından güvenilirliği çok yüksek olacaktır. Bununla birlikte şüpheli veya sanığın, vücuttan örnek alınmasına rıza göstermediği durumlarda ‘Nemo tenetur’ ilkesine aykırılık durumunun ortaya çıkabileceği doktrinde tartışma konusu olmuştur<sup>17</sup>.

Nemo Tenetur İlkesi, kişinin kendini suçlamaya zorlanamamasını ifade etmektedir. Anayasa’nın 38/5. maddesine göre; ‘hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınları hakkında suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz’. Anayasa ile şüpheli veya sanığın kendi aleyhine olabilecek delilleri göstermeye zorlanamayacağı hüküm altına alınarak anayasal bir güvence ile korunmaktadır. Bu bakımdan şüpheli veya sanığın kendi aleyhinde olabilecek nitelikte olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile elde edilen delillerin ceza muhakemesinde hukuka uygun delil niteliğinde olup olmadığı hususunun sorgulanması gerekmektedir.

Şüpheli veya sanığın en temel haklarından olan ve Anayasa m. 38/5 ile korunan ‘*kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması hakkı*’, susma hakkı ile doğrudan ilgilidir. Bu kapsamda CMK m. 147/1-e ile de düzenlenmiştir. Maddeye göre, ‘*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni bir hakkı olduğu söylenir*’. Şüpheli ya da sanık, susma hakkı kapsamında suçlu olduğunu bildiği bir durumu ikrar etmek istemeyebilir, bu durumda susma hakkı sanığa tanınarak insan haysiyeti korunmaktadır<sup>18</sup>. Bunu gerçekleştirmek amacı ile susma hakkı, hem Anayasa hem de CMK ile koruma altına alınan bir şüpheli/sanık hakkıdır. Buna rağmen kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması hakkı kapsamında değerlendirilen muayene ve örnek almanın önüne geçecek bir hüküm CMK’da bulunmamaktadır.

Her ne kadar rıza olmadan yapılan beden muayenesi kişinin lehine olan delillerin de toplanmasını sağlasa da doktrinde yer alan bir görüşe göre; rıza dışında yapılan muayenenin Anayasa’da belirtilen kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması

<sup>17</sup> ÖZTÜRK/ KAZANCI/GÜLEÇ, s. 203.

<sup>18</sup> DÖNMEZ, Burcu, Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 52.

ilkesine aykırılık taşıyacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşün gerekçesinde ise kişinin muayenesinin ancak kendisinin izin verdiği ölçüde yapılabileceği, kişinin direnmesi ve muayene ve örnek almayı istememesi durumunda sağlığının tehlikeye düşeceği belirtilmektedir<sup>19</sup>.

Rızanın olmadığı hallerde yapılan muayene ve örnek alınmasına ilişkin AİHM kararı incelendiğinde; AİHM'in sanığa zorla yapılan muayenenin AİHS'in 8. maddesi kapsamında sanığın özel hayatının ihlal edildiği yönünde karar verdiği görülmüştür. Örneğin Juhnke/Türkiye Davası'nda; başvuran Eva Tatjana Ursula Juhnke, Alman vatandaşıdır. Başvuran, 1997 yılında Kuzey Irak'ta Türk ordusunun yaptığı bir sınır ötesi operasyonda yakalanmıştır. Başvuranın üzerinden yasa dışı bir silahlı terör örgütü olan PKK'ya ait fotoğraflar çıkmıştır. Bunun üzerine başvuran sorgulanmış ve kadın doğum uzmanı tarafından jinekolojik muayene edilmiştir. Doktor, aynı zamanda başvuranın bekâret kontrolünü yapmıştır. Ayrıca başvuran, başka bir tarihte farklı bir doktor tarafından tekrar muayene edilmiştir. Başvuran hakkında Van Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde açılan davada, yargılama esnasında başvuranın avukatı, başvuranın rızası dışında jinekolojik muayene tabi tutulduğunu ifade etmiştir. Yapılan yargılama sonucunda başvuran, suçlu bulunmuş ve 15 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvuran, tutuklu kaldığı süreçte zorla jinekolojik muayene maruz bırakıldığını iddia ederek AİHS'in 3, 6 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğinden bahisle AİHM'e başvurmuştur. AİHM ise kararında; başvuranın bir suça karışması sebebi ile delil elde etmek için muayene edilebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte AİHM, kişinin zorla tıbbi muayene maruz kalma biçiminin AİHS'in 3. maddesi kapsamında işkenceye dönüşmeden asgari sertlik düzeyini aşmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kapsamda AİHM, başvurana karşı gerçekleştirilen müdahalenin AİHS'in 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında '*yasalara uygun olup olmadığı*' ve '*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*' yönünden davayı incelemiştir. Somut olayda; başvuranın cinsel saldırıya uğradığını iddia etmemiş olmasına rağmen muayene edilmiş olmasını yasaya aykırı ve demokratik toplumda zorunlu olmadığına karar vererek başvuranın AİHS'in 8. maddesi ile korunan haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> KONRAT, Merve, '*Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi*', Adli Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:4, Aralık, 2011, s. 47.

<sup>20</sup> Juhnke/Türkiye. B.N.52515/99, T.22.07.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86255>, Erişim Tarihi: 04.05.2018; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 281; KIZILARSLAN, s. 263; İPEKÇİOĞLU s. 30.

Görüldüğü üzere AİHM'in görüşü, bir kimsenin beden muayenesinin AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayat kavramının içinde yer aldığı ve kişinin hiçbir şikâyeti olmadan kolluğun re'sen beden muayenesi yapamayacağı şeklindedir<sup>21</sup>. Şöyle ki; bir suç kapsamında şüpheli ve sanık, suç delillerini ele geçirmek amacı ile muayene edilebilecektir. Fakat AİHM'in önemle üzerinde durduğu nokta; konusu suç ile ilgili bir delil elde edilemeyecekse rıza dışı muayenenin yapılamayacağıdır. AİHM'e göre; bir suç kapsamında yapılacak muayene, kanunlara uygun ve demokratik bir toplumda gerekli ise yapılmalıdır. Bu şartların varlığı halinde yapılacak muayene de AİHS'in 3. maddesi ile güvence altına alınan işkenceye dönüşmemeli ve asgari sertlik düzeyini aşmamalıdır.

Kanaatimizce; şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbiri, AİHM içtihatlarında da belirtildiği üzere kişinin öncelikle aydınlatılmış rızası alınmalıdır. Şüpheli veya sanık rıza göstermez ise şayet muhakemeye ilişkin bir delil elde edilecekse tedbire başvurulmalıdır. Fakat tedbirin uygulanması, suç soruşturması veya kovuşturmasına ilişkin delil elde etmeye elverişli değilse tedbir uygulanmamalıdır. Kişinin en temel haklarından olan ve gerek Anayasa gerekse AİHS gibi uluslararası sözleşmelerle korunan vücut dokunulmazlığı dolayısı ile özel hayat kavramına saygı gösterilmelidir. Ancak belirttiğimiz şekilde yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, amaca uygun yapılabilecek ve ceza muhakemesi hukuka uygun bir şekilde yürüyebilecektir. Doktrinde yer alan ve kişinin rızası olmadığı durumlarda bu tedbire başvurulmasının reddedilmesi görüşü, adli tıp biliminin geldiği nokta da şüpheli ve sanık için de olumsuz sonuç doğuracaktır. Delillerin elde edilememesi halinde masum bir sanığın ceza alma durumu ortaya çıkacak ve hukuktan ve adaletten uzaklaşılacaktır.

### III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bilirkişilik ve keşif özelliği göstermektedir<sup>22</sup>. Diğer ve yaygın olan görüşe göre ise, karma bir nitelik göstermektedir. Beden muayenesi, ancak bir hekim tarafından yapılabileceğinden

<sup>21</sup> MERAN, Necati, *Ceza Muhakemesi Kanunu Uygulama Rehberi*, 1. Baskı, Mayıs 2015, Ankara, s. 153.

<sup>22</sup> APİŞ, Özge, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*", MÜHF-HAD, C.18, s. 272.

bilirkişi incelemesi ve keşif niteliğine haizdir. Diğer taraftan ise kişinin en temel haklarına müdahale etmesi sebebi ile koruma tedbiri özelliği taşımaktadır<sup>23</sup>.

Doktrinde farklı görüşlerin yer almasının nedeni ise; CMK'nın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenlediği 75. maddenin kanun içinde yer alış şekliyle ilişkilidir. Kanun koyucu, 75. maddeyi, birinci kitabın "*tanıklık, bilirkişi incelemesi ve otopsi*" başlıklı üçüncü bölümünde m. 75 ve devamı maddelerinde düzenleyerek hukuki nitelik konusunda farklı görüşlerin ortaya konulmasına sebebiyet vermiştir<sup>24</sup>. Hem düzenleniş şekli hem de niteliği itibarıyla de her görüşün haklılık yanı bulunmakla birlikte koruma tedbiri yönünün ağır bastığını söyleyebiliriz.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bilirkişi ve keşif niteliği taşımaktadır. Çünkü CMK'da kişinin beden muayenesinin ancak bir hekim tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada hekimin görevi bilirkişi niteliğindedir. CMK m. 63/1'de "*Çözümü ve uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde savcı, hâkim veya mahkeme tarafından atanan kişiye bilirkişi*" denileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yapılan muayene ve örnek alma, bilirkişi özelliği göstermektedir.

Bilirkişilik, hâkimin genel hukuk bilgisini aşan ve bilgi sahibi olmasının beklenemeyeceği teknik veya uzmanlık gerektiren bir alanda başvuru alan kişidir<sup>25</sup>. Bu bakımdan hâkimin tıp lisansı alan hekimin yapabileceği muayene ve örnek alma işlemlerini yapması olanaksızdır. O halde beden muayenesi ve örnek almanın bilirkişi incelemesi ve dolayısıyla keşif özelliğinin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, keşif ve bilirkişi özelliklerini taşımakta ise de baskın olarak koruma tedbiri niteliği taşımaktadır. Tedbir, Anayasa ile güvence altına alınan vücut bütünlüğüne müdahale etmektedir. Anayasa'nın 17/2. maddesine göre, "*Kişinin vücut bütünlüğüne ancak tıbbi zorunluluk gerektiren hallerde ve kanunla öngörülen durumlarda müdahale edilebilir*" denilmektedir. Bu madde gereği bir kişinin en temel haklarından biri olan vücut bütünlüğüne ancak kanunda yazılı olan hallerde ve kişinin sağlığını tehlikeye sokmadan müdahale edilmesi gerekmektedir.

<sup>23</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 518.

<sup>24</sup> AYGÜN, Aydın, "*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Aralık, 2016, s. 51.

<sup>25</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 260.

Tedbir ile Anayasal düzeyde koruma altına alınan bir hakka müdahale edilebildiğinden koruma tedbirlerinin özelliklerini taşıdığı aşikârdır. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacı ile kanunda yetkili kılınan kişilerce gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda başvurulabilen ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayan önlemlerdir<sup>26</sup>. Diğer bir anlatımla, ceza muhakemesinde gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamalarında delil elde etmek ve elde edilen delillerin karartılmamasını ve kaybolmamasını amaçlayan bir kavramdır<sup>27</sup>.

Koruma tedbirleri, kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ettiğinden birtakım şartların gerçekleşmesi halinde başvurulabilen çarelerdir. Koruma tedbirinden bahsedebilmemiz için öncelikle kanun ile düzenlemiş olması gerekmektedir<sup>28</sup>. Mülga 1412 Sayılı CMUK'ta beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının keşif ve bilirkişi özelliğinden bahsedilebilecekse de koruma tedbiri denilmesi mümkün olmamakta idi. Mülga kanun, açıkça bir düzenlemeye sahip değildi. CMK'da ise beden muayenesi ve örnek alınması detaylı bir şekilde düzenlenerek, koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi şartını birtakım eksik hususlara rağmen sağlamış bulunmaktadır.

Koruma tedbirinden bahsedebilmek için öncelikle suç şüphesinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri için kanunda şüphe derecesi belirtilmemiştir. Bu sebeple hangi şüphe derecesine dayanılarak söz konusu tedbire hükmedileceği açık değildir. Tedbirin, vücut dokunulmazlığı dolayısı ile özel hayat hakkına müdahale ettiği, ayrıca muayene ve örnek alma işlemleri esnasında, kişinin yaşadığı psikolojik durum göz önüne alındığında şüphe derecesinin açık bir şekilde CMK'da belirtilmesi yerinde olacaktır.

Koruma tedbirleri geçici niteliktedir. Azami düzeyde hüküm kesinleşinceye kadar devam edebilirler<sup>29</sup>. Koruma tedbirine hükmedilmesi sonucu elde edilmek istenen amaç gerçekleşir gerçekleşmez tedbire son verilmeli şayet tedbir ile istenen

---

<sup>26</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 437.

<sup>27</sup> ÖZBEK./KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 265.

<sup>28</sup> ÖZBEK./KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 267.

<sup>29</sup> CENTEL/HAMİDE, s. 314.

amaç sağlanamaması durumunda kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmemelidir<sup>30</sup>.

Koruma tedbirlerinin başka bir özelliği ise amaç değil araç niteliği göstermeleridir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbiri vasıtası ile muhakemede deliller güvence altına alınmaya çalışılmaktadır<sup>31</sup>. Şüpheli, sanık veya diğer kişilerin muayenesi ve örnek alınmasına; ilgili dava için delillerin toplanması için, zaruri hallerde başvurulmalıdır. Ceza muhakemesinde işlenen suçun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirinin uygulanması ile hiçbir ilgisi yoksa ve kişinin cinsel saldırı, yaralama gibi bir suça maruz bırakıldığına ilişkin bir şikâyeti bulunmamakta ise boş yere kişi muayeneye ve müdahaleye maruz bırakılmamalıdır.

Tedbire yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başvurulmalıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, 25832 Sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde; "*Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması*" şeklinde tanımlanmıştır. O halde hâkim veya mahkeme beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine hükmederken her olayı kendine özgü özelliklerine göre değerlendirmeli ve gecikmede tehlike olan durumları tespit etmelidir<sup>32</sup>.

Koruma tedbirlerine hükmedilirken kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusudur. Bu sebeple hâkim veya mahkeme, tedbire hükmederken temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını olayın özelliğine göre değerlendirmeli ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini en az müdahaleye uğrayacağı tedbire hükmetmelidir. Örneğin kaçma, delilleri karartma şüphesi olmayan bir kişiye ilişkin yapılan muhakemede, dava konusu suç, bilişim hukukuna ilişkin ise ve dijital materyallerle ilgili delillerin değerlendirilmesi sonucu hükme ulaşılabilecekse, kişi hakkında tutuklama yerine adli kontrol tedbiri verilebilmektedir. Aynı durumu beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri bakımından değerlendirdiğimizde; bu tedbir yerine ikame edilebilecek başka bir tedbir var ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulmamalıdır. Bununla birlikte, ölçülülük

<sup>30</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 440.

<sup>31</sup> KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Kızıllarlan Serisi:I, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 187.

<sup>32</sup> ŞENTUNA, Mustafa, Tarık, Tutuklama ve Adli Kontrol, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 61.



ilkeleri bakımından ancak tedbirin uygulanması sırasında gereksiz muayene ve örnek alınmasından kaçınılmalıdır. Örneğin cinsel saldırıya ilişkin bir suçta sanığın bedeninden vücut salgısı alınmadan başka bir tedbir ile delil elde edilemeyecektir. Fakat burada hâkim veya mahkeme, kararında sanığın vücudundan hangi biyolojik örneğin alınacağını ve hekimin hangi delili elde etme amacıyla muayene edeceğini kararında açık bir şekilde belirtmesi halinde kişinin haysiyeti ve onuru koruma altına alınacak ve koruma tedbiri bir ön ceza haline bürünmeyecektir.

## IV. ÇEŞİTLERİ

### A. Beden Muayenesi

Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, keşif ve bilirkişi özelliklerini taşımakla birlikte koruma tedbiri yönü ağır basmaktadır. Tedbir, kişinin en temel haklarından olan vücut dokunulmazlığına ağır bir müdahale niteliği taşıdığından yöneldiği değerler bakımından vücut bütünlüğüne yöneliktir. Tedbir, delil elde etmeyi amaçlamakta ve CMK metninde yalnızca şüpheli, sanık ve diğer kişiler ibaresi yer alsa da aklanma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçları ile mağdurun istemi halinde de tedbir uygulanabilmektedir.

CMK'da tedbirin düzenlendiği madde başlıklarına göre beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tek başlık halinde ifade edilmiştir. Hâlbuki bedene müdahale işlemi ve vücuttan örnek alma işlemi birbirinden farklılık arz eden işlemler olup, örnek alma işlemi beden muayenesine göre kişinin temel hak ve özgürlüklerine çok daha ağır bir müdahale niteliği taşımaktadır.

5271 sayılı CMK, beden muayenesini iç muayene ve dış muayene olarak ikiye ayırmıştır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde; dış beden muayenesi:” Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme”, iç beden muayenesi ise. “kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” olarak tanımlanmaktadır.

CMK, 75, 76. ve 77. maddelerinde iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma kavramlarına yer vermiştir. Burada akıllara dış beden muayenesi ile arama arasındaki ayrımın ne şekilde olacağı gelmektedir. Yönetmelikte geçen dış beden muayenesi tanımında “vücudun dış yüzeyi” kavramından anlaşılması gereken

vücudun çıplak halde incelenmesidir. Kişinin giyinik hali ile kıyafetlerinde ve üzerinde delil elde etmek amacı ile yapılan işlem üst araması işlemidir<sup>33</sup>.

CMK, CMUK ile kıyaslandığında; CMK'nın kavram ayırımına bilinçli olarak başvurduğu böylece muayenenin çeşidine göre tedbire karar verecek makam ve tedbir için rıza aranıp aranmaması hususlarına farklı hükümler bağladığı görülmektedir. CMK'da yer alan düzenleme her ne kadar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kaynak alınarak yapılmış olsa da CMK ile kaynağını aldığı hukuk sistemi beden muayenesi ve vücuttan örnek alma çeşitlerini belirlemede aynı kriterleri esas almamışlardır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, tedbirin çeşitlerini uygulanacak muayene ya da müdahalenin ağırlığına göre basit muayene ve bedensel müdahale ve kişinin niteliğine şüpheli, sanık ve sanık dışındakiler şeklinde ayırım yoluna gitmiştir. CMK, yalnızca kişilerin niteliği bakımından Alman Ceza Kanunu emsal almıştır<sup>34</sup>.

Kızıllarlan'a göre; CMK'nın düzenlemesi Alman Ceza Kanunu'ndan ayrıldığı iç ve dış beden muayenesi ayrımı hatalıdır. CMK, Alman Ceza Kanunu'nda yer aldığı gibi iç beden muayenesi, vücuda müdahale niteliği taşıyan muayene ve örnek alma işlemlerini kapsamalı, dış beden muayenesi ise vücudun yüzeyinde yalnızca elle ve gözle yapılan muayene ve cerrahi bir müdahale gerektirmeyen müdahaleler olarak sınıflandırılmalıdır<sup>35</sup>.

Kanaatimizce de; CMK, iç beden muayenesini detaylı olarak tanımlamamış, dış beden muayenesinin tanımına ise kanun metninde dahi yer vermemiştir. Kişinin Anayasal nitelikte bir hakkına dokunulduğu bir tedbirin yeterince detaylı anlatılmadığı kanun yetersiz olup, iç ve dış beden muayenesi kavramlarının içerikleri daha detaylı ve uygulamada anlaşılabilir şekilde tekrardan düzenlenmelidir.

## **1. Şüpheli ve Sanığın İç Beden Muayenesi**

CMK, şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile diğer kişilerin beden muayenesini ayrı maddelerde ele almış ve şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini CMK'nın 75. maddesinde düzenlemiştir. CMK'da şüpheli ve sanık bakımından iç beden muayenesinin tanımı yapılmamıştır. Yalnızca CMK 75/4'te cinsel organlar ile anüs bölgesinde yapılan muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı belirtilmiştir. Kanun ile tanımlanmayan iç beden muayenesine Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3.

<sup>33</sup> CENTEL/ZAFER, s. 271.

<sup>34</sup> KIZILARSLAN, s. 150.

<sup>35</sup> KIZILARSLAN, s. 151.

maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, iç beden muayenesi, “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikte tanımlanan iç beden muayenesi kavramının anlaşılabilmesi için muayene kavramının Ceza Muhakemesi bakımından ne gibi bir anlam taşıdığına anlaşılması gerekir. Yönetmelikte bedeninin tıbbi muayenesi, “tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeyi” ifade eder. Müdahale ise “tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir”. Yönetmelik m. 5 ‘e göre, girişimsel olmayan görüntüleme yöntemleri de dış beden muayenesidir.

Görüldüğü üzere, müdahale kavramının içinde muayene de yer almaktadır. Kanun, yalnızca muayenenin yapıldığı ve müdahalenin söz konusu olmadığı durumları dış beden muayenesi kapsamına sokmuştur. İç beden muayenesinde ise hem muayene hem de müdahale de vardır. Ayrıca iç beden muayenesi, kişinin vücudunun diğer bölgelerine oranla mahremiyet alanında olan cinsel organlar ve anüs bölgesini de iç beden muayenesi olarak değerlendirmiştir. Bu fıkranın yazımı ve düzenleniş şekli hatalıdır. Cinsel organlar ve anüs bölgesi, iç beden olmamasına rağmen kanun koyucu, bu muayenelerin iç beden muayenesi sayılmasına karar vermiş ve kıyas yoluna gitmiştir. Fakat kıyasın içeriğini açıkça belirtmemiştir. Kanun koyucu, cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır demek yerine bu bölgeler üzerinde yapılacak muayenenin kıyasen iç beden muayenesi hükümlerine tabi olacağını belirtmesi gerekmektedir<sup>36</sup>.

İç beden muayenesinde kafa, göğüs ve karın boşlukları incelenmektedir. Ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında yapılan muayene, iç beden muayenesi kapsamına girmemektedir. Başka bir anlatımla iç beden muayenesi, bireyin derisinin altına girilerek yapılan muayenedir<sup>37</sup>.

İç beden muayenesinin inceleme konusu yaptığı başka bir vücut bölümü ise cilt altı dokularıdır. Kanun, vücut bölgelerinin kolay incelenebilirliği ve müdahale söz konusu olup olmadığını esas alarak müdahalenin iç veya dış beden muayenesi olduğuna karar vermiştir. Bu açıklamalar ışığında; şüpheli veya sanığın iç organlarının, hayati önem taşıyan kafa, göğüs bölgelerinin ve mahremiyet alanında olan cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene ile vücuttan kan ve benzeri

<sup>36</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2017, s. 310.

<sup>37</sup> KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 16.

biyolojik örnekler alınabilmesi iç beden muayenesidir. Vücudun bu bölgeleri dışında kalan dış yüzeyinde yapılan muayene ise dış beden muayenesidir<sup>38</sup>.

İç beden muayenesi, 5271 sayılı CMK m. 87/2 'de yer alan otopsi ile benzerlik göstermektedir<sup>39</sup>. Maddeye göre; otopsi, "cesedin durumu olarak verdiği takdirde, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir". İç beden muayenesinde de baş, göğüs boşluklarının incelenmesi ve karnın açılması işlemleri yapılabilmektedir. Fakat otopsi, cansız insan vücudu üzerinde yapılırken iç beden muayenesi canlı insan üzerinde yapılan muayenedir.

İç beden muayenesinde şüpheli ve sanığın en temel hakkı olan yaşama hakkı ve sonrasında vücut dokunulmazlığı gibi haklara müdahale söz konusu olduğundan otopsiye nazaran iç beden ve dış beden muayenesi gibi kavramların daha detaylı olarak kanunda düzenlenmesi yerinde olacaktır. Yönetmelikte yapılan iç beden muayenesi tanımı, uygulamada gerçekleştirilecek tıbbi işlemler konusunda yapılan muayenenin hangi kapsama gireceği bakımından sorun oluşturacak niteliktedir. Bu durum ise şüpheli/sanık hakları aleyhine bir sonuç doğurmaktadır. Örneğin; şüpheli ya da sanığın burnundan salınacak sıvı ile burnunun içine tıbbi cihazlarla müdahale edilerek yapılan bir muayenenin kişinin vücudunda yarattığı sağlık riski aynı olmayacaktır. Bu sebeple CMK'nın tıp bilimi ile doğrudan alakalı olan kavramları tanımlaması, sınırlarını çizmesi büyük önem arz etmekte, şu an mevzuatta yer alan düzenlemeler yetersiz kalmakta yeniden kanunda tanımlamalarının yapılması gerekmektedir.

## **2. Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi**

5271 sayılı CMK'da şüpheli veya sanığın yahut diğer kişilerin dış beden muayenesi düzenlenmemiştir. Kanun ile düzenlenmeyen tedbir, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ile düzenlenme yoluna gidilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre; bir suça ilişkin delil elde etmek amacı ile şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle ancak bir hekim tarafından yapılmaktadır.

---

<sup>38</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN s. 473.

<sup>39</sup> KIZILARSLAN, s. 150.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmeme sebebi dış beden muayenesinin hâkim kararı alınmasına gerek duyulmadan soruşturma mercileri tarafından yapılmasına olanak sağlamaktır<sup>40</sup>. Dış beden muayenesinin kanunla düzenlenmemiş olması kanunilik ilkesine aykırıdır. Çünkü dış beden muayenesi her ne kadar iç beden muayenesine göre ağır bir tedbir gibi algılanmasa da esasında şüpheli veya sanığın vücut dokunulmazlığına ciddi bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu muayene türünün hâkim kararı olmaksızın kolluk görevlilerine bırakılması hak ihlallerine yol açacak niteliktedir. Ayrıca dış beden muayenesi aynı iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi koruma tedbiri özelliklerini taşımaktadır. Bu sebeple kanun ile düzenlenmesi zorunludur. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde delil elde etmek için kişinin hak ve özgürlüklerini kısıtlayan özelliğe sahip olmaları nedeniyle tüm koruma tedbirlerinin kanun ile düzenlenmesi gerekir. Aksi bir düzenleme, hukuka ve hakkaniyete aykırılık taşıyacaktır.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde dış beden muayenesi, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir. Dış beden muayenesinde daha çok muayene yani tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan işlem söz konusudur. Müdahale de ise vücuda operasyonel bir girişim yapılmaktadır. Bu bakımdan girişimsel olmayan röntgen, emar, ultrasonografi gibi tıbbi görüntüleme yöntemleri dış muayene kapsamındadır<sup>41</sup>.

Dış beden muayenesi ile şüpheli veya sanığın vücudunda yer alan iz ve yaralar gibi kişinin ayırt edilmesini sağlayacak delillerin toplanması veyahut kişinin vücudunda başkalarına ait tırnak izi, tükürük, saç ve vücut ve organlarının yapısı tespit edilerek ceza muhakemesine ilişkin delillerin elde edilmesi amaçlanır<sup>42</sup>.

Dış beden muayenesinin CMK'da düzenlenmemiş olması nedeniyle üst arama ile karıştırılabilmektedir. Bu noktada kişinin kıyafetleri üzerindeki kıyafetlerinde, ayakkabısının içinde, ceplerinde saklanan şeyi bulmak için yapılacak arama, üst arama olarak adlandırılmakta iken kişinin bedeninin yüzeyinde yer alan tırnak izi, lezyon, ekimoz, laserasyon gibi yaralanmalar ya da vücut boşluklarında

---

<sup>40</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 302.

<sup>41</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 815.

<sup>42</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 302.

yapılan muayene işlemine dış beden muayenesi denilmektedir.<sup>43</sup>. Aramada tıbbi muayene söz konusu değilken dış beden muayenesinde bedenın tıbbi yollarla incelenerek delil elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Dış beden muayenesinin CMK ile düzenlenmemiş olması hangi muayene türünün iç hangisi dış muayene olduğu ve tedbire kimin karar vereceği yönünde kafalarda soru işareti yaratmıştır. Dış beden muayenesi, Kanun ile düzenlenmemesi kanunilik ilkesine aykırı olmakla birlikte Yönetmelikte dış beden muayenesinin düzenleniş biçimi de bu konunun aydınlatılmasına yeterli olmamıştır. Yönetmeliğe göre; dış beden muayenesini Cumhuriyet savcısı, emrindeki adli kolluk görevlileri ve kovuşturma makamları yapabilecektir. Yönetmelik metninden çıkan anlamda kolluk görevlilerinin talebiyle kişinin sağlığının riske girdiği bir koruma tedbirinin uygulanması kabul edilemez. Bu sebeple dış beden muayenesi CMK'da ayrıntılı ve anlaşılır şekilde düzenlenmeli ve Yönetmelikte CMK ile uyumlu hale getirilmelidir.

### **3. Diğer Kişilerin Muayenesi**

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin düzenleme 5271 sayılı CMK'nın 76. maddesi ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Kanun'un 7 ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun ve Yönetmeliği incelediğimizde; şüpheli ve sanığın beden muayenesi ile diğer kişilerin ayırt edilerek düzenleme yoluna gidildiği görülmektedir.

CMK'da her ne kadar madde başlığı diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması olsa da madde de yalnızca mağdurdan söz edilmektedir. Mağdur, CMK m. 2'de tanımlar başlıklı kısımda yer almamaktadır. Bu sebeple içtihatlarda geçen anlamıyla mağdur, en kolay tanımı ile suçtan zarar gören olduğu yönünde tanımlamak gerekir. Fakat her durumda suçtan zarar gören kişi mağdur olmayabilir. Bu sebeple somut olayın özelliğine göre mağdur kavramının suçtan zarar gören ve mağdur ayırımına dikkat edilerek dar veya geniş yorumlanmalıdır<sup>44</sup>.

Mağdurun tanımı, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre mağdur, "suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişidir". Bu tanım, mağdur ile suçtan zarar gören kişinin aynı kişi olduğu yönünde

<sup>43</sup> YENİDÜNYA/İÇER, Zafer, s. 660.

<sup>44</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 234.

bir algıya sebep olmaktadır. Yönetmelik, tanımını eksik yaparak mağdur kavramını açıklayamamıştır. O halde, CMK'nın mağdur kavramının geniş yorumlanarak bu kavramın içine suçtan zarar gören ve diğer kişilerin anlaşılması gerekmektedir. Zira Yönetmeliğin başlığı da yalnızca mağdur değil diğer kişilerin muayenesidir. Bu başlıkta beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının yalnızca mağdur değil diğer kişiler bakımından yapılabileceğini göstermektedir.

CMK m. 76 gereği, bir suça ilişkin delil elde etme amacıyla mağdurun iç ve dış beden muayenesi yapılabilecektir. Ayrıca mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşulu ile vücudundan biyolojik örnekler alınabilecektir. Mağdur hakkında tedbir kararına hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı karar verebilecektir. Yalnız Cumhuriyet Savcısının verdiği kararı, yirmidört saat içinde hâkim onayına sunma zorunluluğu vardır. Görüldüğü üzere, mağdur bakımından da tıpkı şüpheli ve sanık da olduğu gibi rızası halefine tedbir kararı verilebilmektedir. Keza Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 12.04.2012 Tarih ve 2012/1955 E. 2012/4351 K. sayılı kararında, mağdurun rızası aranmaksızın vücudu üzerinde suç delillerinin tespiti amacıyla muayene kararı verilebileceği belirtilmiş ve bu madde gereği tedbire başvurulmamasını bozma nedeni yapmıştır<sup>45</sup>.

CMK, 01.06.2005 tarihli 5353 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce, iç ve dış muayene ve vücuttan örnek alınması kavramlarını kullanmamış ve mağdurun bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılabilmesini, kan, saç, tükürük, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesini sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla karar verilebileceğini belirtmiştir. 5353 sayılı değişiklikten sonra ise iç ve dış muayene ve vücuttan örnek alma kavramlarına yer vermiş ve şüpheli/sanığın beden muayenesinden farklı olarak mağdurun rızası halinde beden muayenesinin hiçbir şart koşulmaksızın yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Böylece şüpheli ve sanık ile mağdurun beden muayenesi benzer şekilde düzenlenmiştir. Şüpheli/sanığın beden muayenesi ve mağdurun beden muayenesi arasındaki en önemli farklardan biri mağdurun rızası halinde hiçbir şart aranmaksızın tedbirin uygulanabilmesi olmuştur<sup>46</sup>.

Mağdurun rızası, CMK m.76/1 'e göre işlem yapılmasına gerek kalmamaktadır. Bu durumda mağdurun rızasının varlığı bir hukuka uygunluk sebebi

<sup>45</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2422#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018.

<sup>46</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 937.

olarak kabul edilmiştir. Mağdur bakımından rızanın varlığı halinde önemle üzerinde durulması gereken husus, söz konusu rızasının beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine ilişkin olmasıdır. Bu tedbir uygulandıktan sonra elde edilen veriler, CMK m.78 gereği moleküler genetik inceleme konusu yapılacağı zaman mutlaka hâkim kararı aranmaktadır<sup>47</sup>. Yargıtay da ilgili kararında, diğer kişilerin(mağdurun) beden muayenesi veya kan ve benzeri biyolojik örnek alınması işleminde mağdurun rızasının varlığı halinde hâkim veya mahkemeden, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de C. Savcısından karar alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir<sup>48</sup>.

CMK, mağdurun vücutundan alınan örneklerin incelenmesini hâkim kararı alınması şartına bağlayarak mağduru koruma altına almış ve delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilip kullanılmasının önüne geçmiştir.

CMK, şüpheli ve sanık dışındaki kişileri üç kısımda ele almıştır. Bunlar, mağdur, soy bağı araştırılacak çocuk ve diğer kişilerdir<sup>49</sup>. Diğer kişiler, kavramına beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile maddi gerçeğin ortaya çıkmasında etkisi olan herkesin bu kavram içine girdiği düşünülmektedir.

#### **4. Kadının Muayenesi**

Kadının muayenesi, hem CMK m. 77 hem de Yönetmelik m. 11'de ayrıca düzenlenmiştir. Bu durum, kanun koyucunun kadınlara yönelik muayeneye ayrı bir önem verdiğini göstermektedir. CMK m. 77'de "kadının muayenesinin istemi halinde ve olanaklar çerçevesinde bir kadın hekim tarafından yapılacağı" hükmünü düzenlemiştir.

Yönetmeliğe göre ise, kadının muayenesi talep etmesi halinde şayet olanaklarda bunu mümkün kılacak nitelikte ise yani bir kadın hekim bulunuyorsa hemcinsi tarafından yapılabilecektir. Ayrıca olanakların elvermediği durumlarda kadının muayenesi bir erkek hekim tarafından yapılacak ise tedbire maruz kalan kadın ile birlikte başka bir kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulması olanağı getirilmiştir.

<sup>47</sup> KAPLAN/AYDIN, s. 126.

<sup>48</sup> "...Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması için hâkim ve Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1 maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararına gerek bulunmaktadır..." Y. 13. CD, 07.11.2012 T. 2012/17565 E. 2012/23123 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2422#>, Erişim Tarihi: 15.05.2018).

<sup>49</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 937.



Yönetmelik, kadının muayenesinin hemcinsi tarafından yapılabileceğine cevaz vermekle birlikte bir kadının vücudundan örnek alınacağı durumlarda erkek bir hekimin tıbbi müdahaleyi yapıp yapamayacağını net bir şekilde açıklamamıştır<sup>50</sup>. Kanaatimizce, Yönetmelikte vücuttan örnek alma işlemine de açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte beden muayenesinde uygulanan hüküm vücuttan örnek alma işlemi sırasında da uygulanmalıdır.

Kanun koyucunun, koruma tedbirleri arasında yalnızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından tedbiri uygulayanın cinsiyetine önem vermesi, tedbirin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu tedbir ile kişilerin en temel haklarından olan vücut bütünlüğüne müdahale edildiğinden ve özellikle şüpheli/sanık bakımından rızanın varlığı zorunlu olmadığından böyle bir ayrıma gidilmiştir. Özellikle kadınlar, tedbirin uygulama alanında olan cinsel bölgeler ve anüs gibi bölgelerin hemcinsi olmayan bir kişi tarafından görülmesi utanç verici olabilmektedir.

Kadının muayenesinin ayrı bir madde halinde düzenlenmesi, kadının muayenesi hakkında Adalet ve Sağlık Bakanlıkları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlıklarının çıkarmış olduğu genelgeler ve bu konunun hassasiyeti üzerinde kurumların önem göstermesi sonucu doğmuştur<sup>51</sup>. Toplumsal duyarlılık sonucu, kadının muayenesi yasal zemine kavuşmuştur.

Kanun koyucunun, kadınların vücut dokunulmazlığına verdiği önem ve temel bir hakka duyduğu saygı üzerine düzenlenen hükmün amacı yerindedir. Fakat kanun koyucu, düzenlemeyi hatalı yapmıştır. Kadınlara kanunla tanınan hemcinsi bir doktor tarafından muayene edilme hakkının erkekler bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple CMK'da kişinin muayenesini, aynı cinsiyetten bir kişi tarafından yapılabilecek şekilde düzenlenmelidir. Keza mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kadın veya erkek ayrımı yapılmadan kişinin muayenesi, utanma duygusunu rencide edebileceği hallerde, kişinin istemi üzerine hemcinsi bir hekim tarafından yapılabileceği ve muayenede herhangi bir kişinin bulundurulabileceği düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Kadının muayenesini düzenleyen Alman CMUK m.81/d de bir kadının vücudunun muayenesinde hekimin cinsiyeti

<sup>50</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 938.

<sup>51</sup> KIZILARSLAN, s. 272.

<sup>52</sup> KIZILARSLAN, s. 275.

konusunda bir sınırlandırma düzenlenmemiştir<sup>53</sup>. Bununla birlikte, kadının istemi halinde hemcinsi bir hekim tarafından muayene edilme hakkı vardır.

Kanun koyucunun, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan aldığı düzenlemeyi, sadece kadınlar bakımından kanunlaştırması yerinde değildir. Kanun metni, şimdiki haliyle tedbire maruz kalan erkeklerin utanma duygusunu zedeler niteliktedir. Ayrıca erkek hekimler bakımından da mesleki itibarı zedeleyici bir hal almıştır. Bu sebeplerle CMK'nın değiştirilmesi gerekmektedir.

## **B. Vücuttan Örnek Alınması**

Vücuttan örnek alınması, CMK'da iç beden muayenesi kavramı ile aynı madde içerisinde düzenlenmiş olup aynı şartlara tabi kılınmıştır. Karşılaştırmalı hukukta her ülkenin vücuttan örnek alma konusunda düzenlemeleri farklıdır. İngiltere'de kişinin rızası olmadan vücuttan örnek alınamamakta, İtalya'da vücuttan parça alma yasaklanmaktadır. CMK'nın alındığı ülke olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise kişinin rızası olmasa da vücuttan örnek alınabilmektedir. CMK, mehzaz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan alınmış olması nedeni ile bu sisteme benzer ama muhakeme dışı kişileri koruyan bir düzenleme yapmıştır<sup>54</sup>.

5271 sayılı CMK m.75 ve 76, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını aynı başlık altında düzenlemiştir. Kanunun düzenleniş şekli, ilk başta ortada tek bir tedbir olduğu yönünde bir algıya sebep olsa da ortada iki ayrı tedbir söz konusudur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ayrı tedbirlerdir. Kanunun, söz konusu iki tedbiri aynı maddede düzenlemesinin nedeni, benzer şartlara tabi kılınması ve muayene yapılmadan vücuttan örnek almanın mümkün olmamasıdır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın ayrı tedbirler olduğu hususu, Yönetmelikte ayrı olarak düzenlenmelerinde de görülecektir<sup>55</sup>.

Vücuttan örnek alınması tedbiri, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması işlemidir. O halde delil elde etmek amacı ile ilginin sağlığını tehlikeye düşürmemek kaydı ile vücuttan kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, nefes, sümük, balgam gibi örneklerin de alınması mümkündür. Vücuttan örnek alınması

<sup>53</sup>CENTEL, Nur, ‘‘ Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın ’’, s. 13, (<http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2018).

<sup>54</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 283.

<sup>55</sup> ÖZBEK, s. 256.

tedbiri kapsamına Yönetmelik m. 23'e göre; ‘ *Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir*<sup>56</sup>. Yönetmelik maddesi gereğince; hekim tarafından alınamayan ve biyolojik örnek teşkil etmeyen deliller, vücuttan örnek alma tedbiri olarak nitelendirilemeyecektir.

Vücuttan örnek alınması, bir koruma tedbiri olması nedeniyle vücut bütünlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı temel hak ve özgürlüklere müdahale etmektedir<sup>57</sup>. Bu sebeple kanun koyucu, vücuttan örnek alınması işlemine maruz kalanların tümü bakımından sağlığa zarar vermeme koşulunu düzenlemiştir. Kanun, diğer kişiler bakımından ise şüpheli ve sanığa nazaran daha koruyucu bir önlem almıştır. CMK'ya göre diğer kişilerin vücutlarından örnek alınabilmesi için cerrahi müdahale niteliği taşımayan yöntemler kullanılmalıdır. Vücuttan örnek alma, cerrahi müdahale niteliğinde ise işlem diğer kişiler bakımından yapılamayacaktır. CMK'nın bu düzenlemesi, suç soruşturması ile doğrudan alakası olmayan kişilerin temel haklarına verdiği önemi göstermektedir. Ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde ve en kısa zamanda sonuçlanması bakımından şüpheli veya sanıktan alınacak deliller, çok büyük önem arz etse de şüpheli veya sanığın cerrahi müdahale yapılması sonucu sağlıkları riske girecek ise bu tedbire başvurulmaması gerekmektedir.

## **V. TEDBİRE HÂKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ**

### **A. Hukuk Devleti İlkesi**

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ‘*Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk devletidir*’. Hukuk devleti olma özelliği, Anayasa'nın değiştirilemeyecek olan niteliklerindedir. Hukuk devleti kavramı, polis devleti kavramının tam zıttı olarak tanımlanabilir. Polis devleti ise, XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda kullanılan ve eski Yunancada devlet düzeni olarak tanımlanan kavramdır. Polis devletinde, yönetenler, hiçbir kanun ve kaide bağlı olmaksızın sınırsız güç ile yönetilenleri idare etmişlerdir. İşte hukuk devleti, hiçbir keyfilığe

<sup>56</sup> ÖZBEK, s. 256.

<sup>57</sup> ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 201.

müsamaha göstermeyen ve gücünü kanunlar ile bağımsız mahkemelerden alan, vatandaşlara hukuki güvenlik sağlayan devlettir. Bununla birlikte her kanun devleti de hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Bir devlette kanunlar uygulanmadığı takdirde de devletin hukuk devleti olma özelliği yitirilecektir<sup>58</sup>. Ayrıca bir hukuk devletinden söz edebilmek için adaletin sağlanmasının önemi kadar adaleti sağlama şeklinin de hukuk kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yargılama esnasında delillerin hukuka uygun elde edilmediği veya değerlendirilmediği bir karar, hukuka uygun olmayacak ve dolayısıyla bir hukuk devletinden söz edilemeyecektir<sup>59</sup>.

Hukuk devleti, kişinin hak ve özgürlüklerini sağlamak ve muhafaza etmek amacı ile Anayasamızın en önemli niteliği olarak kabul edilmiştir. Ülkemizde hukuk devleti kavramı, ilk olarak 1839 Tanzimat Fermanı ile anılmaya başlanmıştır. 1924 Anayasası'nda açıkça belirtilmemiş olan kavram, 1961 Anayasası ile Anayasa metninde yerini almıştır<sup>60</sup>.

Hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet anlamını taşıyan ve yasama, yürütme, yargı organlarının hukuka bağlı olduğu devlet anlamına gelmektedir<sup>61</sup>. Başka bir deyişle devletin her işlem ve eyleminin hukuk kurallarına uygun şekilde gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Bir devletin hukuk devleti niteliğine haiz olabilmesi için, devletin her faaliyetini hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumak amacı ile adaletli bir hukuk sistemi kurarak, bu sistemin devamını sağlayacak önlemler alması ve yargı denetimine açık olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında; yürütmenin bağımsız yargı ile denetlenmediği ve yönetilenlere kanunlarla tanınmış ayrıntılı güvenceler sağlanmadığı, uluslararası hukukun evrensel olarak kabul görmüş kaidelerine saygı gösterilmediği, temel hak ve özgürlüklerin korunmadığı ve adaletin sağlanmadığı bir devlete, hukuk devleti denilemeyeceğini belirtmiştir<sup>62</sup>.

Hukuk devleti ilkesi, devlete birçok yükümlülükler getirmektedir. Devlet, öncelikle yasama, yürütme, yargı erkini kesin bir şekilde ayrı yürütmek zorundadır.

<sup>58</sup> DEMİR Fevzi, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, İzmir, 2009, s. 313.

<sup>59</sup> ŞENTÜRK, Candide/BAYZİT, Tuğba, "Makul Sürede Yargılanma Hakkı", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:17, Aralık, 2011, s. 125-159.

<sup>60</sup> GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2011, s. 146.

<sup>61</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, 21. Baskı, Bursa, 2013, s. 209.

<sup>62</sup> İZGİ, Ömer/ZAFER, Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 15.

Ayrıca Devlet, tüm yasal mevzuatı Anayasa ve uluslararası hukuka uygun şekilde düzenlemeli ve uygulamaya geçirmelidir.

Ceza Muhakemesinde hukukilik ilkesi çerçevesinde, şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine bağımsız mahkemeler önünde ve kanunda belirtilen sınırlama nedenlerine bağlı kalarak müdahale edilmelidir. Örneğin bir soruşturma dosyasında savcı, yalnızca aleyhe olan delilleri toplamamalı, şüphelinin usule ilişkin haklarının olduğunu gözeterek soruşturmayı gerçekleştirmelidir.

Kişi temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirleri bakımından da hukukilik ilkesi önem arz etmektedir. CMK'da yer alan yeni koruma tedbirlerinden olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirinin de hukukilik ilkesine uygun olarak kanunda yer alması ve bu koruma tedbirine ilişkin düzenlemelerin ayrıntılı olarak kanunda yer alması gerekmektedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, koruma tedbiri yönüyle kişinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu sebeple söz konusu koruma tedbirinin kanunlarımızda yer alması oldukça önemlidir. Bu açıdan bakıldığında CMUK'ta beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbirinin detaylı olarak düzenlenmediği, CMK'da da birçok eksik olduğu ve CMK'nın düzenlemediği kısımların Yönetmelikle düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Mülga CMUK'ta beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin düzenleniş şekli, ayrıntılı olmaması ve uygulamada sorunlara neden olması sebepleriyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Çünkü hukuk devleti, kişinin en temel haklarının tehlikeye girmesini engellemeye çalışmaktadır. CMUK m. 66'da yer alan düzenleme, kişinin temel hak ve özgürlüklerini koruyacak nitelikte değildir. Oysa ki Anayasa Mahkemesi'ne göre; Bir hukuk sisteminde yer alan kanunların kamu yararını sağlamaya yönelik detaylı, objektif olarak düzenlenmesi, hakkaniyetli kurallar içermesi ve takdir yetkisinin anayasal sınırları gözeterek kullanılması gerekmektedir. Bununla birlikte bir hukuk devletinde kişilerin hukuki güvenlikleri konusunda şüpheye düşmeleri ve kanunların düzenleniş şekli itibarıyla güven duygusunu sarsacak kadar yetersiz ve öngörülemez nitelikte olmaları durumunda bir hukuk devletinden bahsedilemeyeceği Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmektedir<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup>ODER, Bertil Emrah/KANADOĞLU, Osman Korkut, Uygulamalı Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 202.

CMUK'ta yer alan düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devletinde yer alan kanunların olması gerektiği halden uzak olup şüpheli/sanık haklarının ihlaline yol açtığı görülmüştür. Bu sebeple kanun koyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile tedbiri ayrıntılı olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Ayrıca 5353 sayılı Kanun ile CMK'da yer alan kavramların daha detaylı ve anlaşılır olmasını sağlamak için değişiklik yapılmış, iç beden muayenesi ve biyolojik materyal kavramları söz konusu değişiklik ile kanun metnine eklenmiştir. Bununla birlikte hukuk devleti ilkesi gereğince, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma şartları, usulleri ve uygulamasına verilen öneme binaen CMK'da düzenlenmesi eksik bırakıldığı aşikâr olan dış beden muayenesi kavramı gibi kavramların Yönetmelikle düzenleme yoluna gidilmiştir.

CMK ve Yönetmelik ile yapılan düzenlemeler, hukukilik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde; Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz*" hükmünü esas alan düzenlemeler olmuştur. Çünkü kişilerin en temel haklarından birine müdahale edildiği bir durumun kanun ile düzenlenmemiş olması ya da eksik düzenlenmesi aynı zamanda Anayasa'ya aykırılık taşıyacak ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Ceza muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile ulaşılmak istenen amaç, delil elde etmektir. Fakat muayene ve müdahale sonucu kişiye sıkı sıkıya bağlı olan vücut dokunulmazlığı hakkına müdahale edilmekte ve kişinin beden ve ruh sağlığı etkilenmektedir. Bu bakımdan yapılacak müdahalelerin Anayasa'ya uygun kanunlar ile düzenlenmiş olması, tedbirin kişinin sağlığına zarar vermemesi ve uygulanış şeklinin insan onur ve haysiyetini koruyacak nitelikte olması gerekmektedir<sup>64</sup>. Bu sebeple hâkim veya mahkeme, sarraf terazinde hareket ederek bir hukuk devletinde kişinin en temel hak ve özgürlüklerinden biri olan vücut dokunulmazlığına müdahale ettiğini bilerek tedbirin uygulanmasının zaruri olup olmadığına karar vermelidir. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi söz konusu şartlara uyulması ile mümkün olacaktır.

---

<sup>64</sup> CENTEL/ZAFER, s. 270.

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde; CMK’da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri vasıtası ile elde edilen deliller, hukuka uygun olarak elde edildiği takdirde ceza muhakemesinde kullanılabilir. CMK’da net bir şekilde, delil elde etme amacıyla tedbire başvurulabileceği belirtilmektedir. O halde tedbir, kanunda belirtilen şartları sağlamadan elde edildiğinde hukuka aykırı delil olacaktır. Örneğin gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda savcı tarafından verilen tedbir kararının yirmidört saat içinde hâkim tarafından onaylanmadığı bir durumda söz konusu delil muhakemede kullanılamayacaktır. Bunun dışında hukuka uygun şekilde elde edilen delil, muhakeme dışında başka bir amaçla kullanılması durumunda da hukuka aykırılık oluşacak ve hukuk devletinden söz edilemeyecektir.

CMK, yapılan son değişikliklerle eleştirilebilecek noktalara sahip olsa da hukuk devleti ilkesi gereği, yeterli yasal düzenlemelere sahiptir. Ülkemizde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin kişinin temel hak ve özgürlüklerini zedelememesi için tedbire, kanunda belirtilen şartlara sahip ise hükmedilmeli ve tedbir kararı verildiğinde tedbiri uygulayanların insan hakları ile ilgili bütün ilkelerin kaynağı olan hukuk devleti ilkesini gözeterek insan haklarına uygun şekilde tedbiri uygulamaları gerekmektedir<sup>65</sup>.

## **B. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi**

İnsan onuru kavramı, felsefe, politika, din, psikoloji gibi birçok alanın üzerinde durduğu ve temel aldığı bir kavram olup, kavramın tanımı, ele alınacak konuya göre irdelenmelidir. Hukuki bakımdan insan onuru kavramının tanımı birçok yazar tarafından yapılsa da üzerinde uzlaşılan tanım, Günter Durig tarafından yapılan objektif formüldür. Bu tanıma göre, ‘*Eğer somut bir insan savunulabilir bir yükseklikte değere sahip yalın bir araç olan objeye yükseltirse o zaman bir insan onuru söz konusu olur*’<sup>66</sup> Demiştir. Durig’in tanımından insanın, onur sahibi olarak nitelendirilebilmesi için taşınması gereken özelliklerin olduğu anlaşılmaktadır. Burada aslında insanın doğuştan sahip olması gereken bir kavram olduğu belirtilmekle birlikte, insanın birtakım hak ve özgürlüklerden yoksun bırakıldığı ve insan olma kavramına yakışmayan hallere düşürüldüğü durumlar söz konusu olduğunda insan onuru kavramından söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

<sup>65</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 108.

<sup>66</sup> ÜNVER, Yener, ‘*Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:7, Ağustos, 2008, s. 49.

Doktrinde üzerinde uzlaşılan başka bir yaklaşım ise bu kavramı insanın haysiyet sahibi ve iradesine uygun davranmasına olanak sağlayan, kişiliksizliği engelleyen özellikleri olarak tanımlamaktadır. Bu çerçevede kişinin sahip olduğu onur duygusu hiçbir sebeple kendisinden alınamayacak, insan var olduğu müddetçe söz konusu hakka sahip şekilde yaşacaktır. Aksi gerçekleşmesi halinde bir insanın sahip olması gereken en temel insan hakkı elinden alınmış olacaktır. Bununla birlikte kişinin insan onurunun korunması, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanmayacağı anlamına gelmemektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale edilirken de kişinin onuruna zarar vermeden kamu yararının gerçekleşmesi için hukuk devleti özelliği korunarak özgürlükler sınırlanabilecektir<sup>67</sup>.

Uluslararası sözleşmelerde insan onuru kavramı, insan haklarının dayanağı olarak yer bulmuştur. 26.06.1945 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde insan ayrımı yapmaksızın herkese insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınacağı ve bu haklara saygı duyulacağı belirtilerek insan haklarının kaynağı olan insan onuru kavramına değeri verilmiştir. AİHS ise 3. maddesinde yer verdiği işkence yasağı ile insan onuru kavramını dolaylı olarak koruma altına almıştır. AİHS'in 3. maddesi, herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan bir hakkı korumaktadır. Zira doğal hukuk anlayışı gereği, söz konusu hak, kişiye herhangi bir kimse veya devlet tarafından tanınmamıştır. Bu sebeple bu hakka, devlet dahil hiç kimsenin müdahale etmesi söz konusu olamayacaktır.<sup>68</sup>

1982 Anayasası, insan onurunun dokunulmazlığı kavramına hukuk devleti olmanın bir gereği olarak yer vermiştir. Anayasa'nın 5. maddesinde, '*Devletin temel amaçları ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktadır*' hükmünü sevk etmiştir. Ayrıca Anayasa 17/3. maddesinde de, '*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insanın haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz*' denilerek, insan onuruna verilen önem dile getirilmiştir.

<sup>67</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 113.

<sup>68</sup>DURMUŞ, Tezcan/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKTAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 134.



İnsan onuru kavramının Anayasa ile düzenlenmesi, kavramın etik bir değer üzerinde varlığı ve korunması şart olan bir hukuk kuralı olarak benimsendiğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesine göre ise *‘insan onuru, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını izah etmektedir. Bu öyle hassas bir noktadır ki bu değer kaybedildiğinde insanı insan olma özelliğini kaybetmektedir. İnsan onuru kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekmektedir’*<sup>69</sup>.

Devlet, bir insanı insan yapan en önemli özellik olan kişi onurunun dokunulmazlığı ilkesini gerçekleştirmek için kişilere Anayasa ile düzenlenmiş birtakım haklar ve ödevler vermiştir. Anayasamızda temel haklar ve ödevler, birinci bölümde yer alan genel hükümlerden sonra *‘Kişinin Hak ve Ödevleri’*, *‘Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler’* ve *‘Siyasal Haklar ve Ödevler’* şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kişinin temel haklara sahip olması, sorumsuzca istediği her şeyi yapabileceği anlamını taşımamaktadır. 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin serbestçe kullanılmasını sağlamak, kötü niyetle kullanılmasını önlemek amacı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırını yine Anayasa ile çizmiştir. Anayasa’nın 13. maddesine göre, *‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve kanunla sınırlandırılabilir’* denilmektedir<sup>70</sup>. O halde kişinin vücut dokunulmazlığına ağır bir müdahale teşkil eden ve onurunun zedelenmesine yol açabilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri de ancak Anayasa’nın 13. maddesi gereği düzenlenebilecektir.

Görüldüğü üzere Anayasa’nın 13. maddesi olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılacağını düzenleyen bir maddedir. Söz konusu madde, 2001 yılından yapılan değişiklik öncesi, 9 ayrı genel sınırlama sebebiyle<sup>71</sup> temel hak ve özgürlükleri sınırlıyordu. Bu durum, doktrinde çok fazla eleştiri alması sebebi ile genel sınırlama sebepleri Anayasa’dan çıkarılmıştır. 2001 yılında yapılan

---

<sup>69</sup> GÖREN, s. 445.

<sup>70</sup> DEMİR, s. 323.

<sup>71</sup>13. maddenin ilk metninde, temel hak ve hürriyetlerin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile sınırlandırılması mümkündü.

Anayasa değişikliğiyle<sup>72</sup> temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilereği hükme bağlanmıştır<sup>73</sup>.

Bu çerçeve, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Maddeye göre, ‘*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı*’ belirtilerek kişi dokunulmazlığının sınırı çizilmiştir. Ayrıca uygulanacak tedbir, işkence niteliğine dönüşmemesi ve insan onuru korunarak tedbirin uygulanması gerektiği Anayasa da belirtilmiştir. Bu sebeple CMK, kapsamında yapılacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK’da belirtilen şartlara uygun şekilde gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun bir delil olarak kullanılabilerecek aksi takdirde en başta insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi ihlal edildiği gibi elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Nitekim CMK 217/2’ye göre, ‘*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebilir*’’. Bu tedbire, hukuka aykırı şekilde başvurulduğunda kişilerin mağduriyeti doğacaktır. Bu mağduriyet, beden muayenesi ve örnek almanın CMK 141 vd. da öngörülen koruma tedbirleri nedeni ile tazminat hükümleri ile de giderilme imkânı olmadığından büyük mağduriyet doğuracaktır<sup>74</sup>.

Görüldüğü üzere ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmaya çalışırken hâkim veya mahkeme, temel hak ve özgürlükleri kısıtlar nitelikte olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirine karar verme ve uygulama esnasında CMK’ya uygun hareket etmeli, etkin bir ceza muhakemesi yapılması ile ilgilinin kişiliğinin ve onurunun korunması noktasında meydana gelen çatışmada orantılılık ilkesi çerçevesinde karar vermesi gerekmektedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi ile girift bir biçimdedir. Bu tedbirin uygulanması esnasında kişinin onurunun kırılabilereği, küçük düşürücü ve alçaltıcı muamelelere uğrayabilereği haller oldukça fazladır. Bu kapsamda her ne kadar tedbire ilişkin

<sup>72</sup> Anayasa m. 13 (Değişik Madde RGT: 17.10.2001 RG NO: 24556 Kanun No: 4709/2) ‘*Temel hak ve hürriyetler, özlereine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*’.

<sup>73</sup> SEZER, Tijen Dünder, ‘*1982 Anayasası’na Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları*’, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s. 376.

<sup>74</sup>ERTUĞRUL, Hüseyin, ‘*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü*’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 6, S. 55, Mart, 2011, s. 49.

sınırlamalar Anayasamızda yer alsın ve CMK ile ayrıntılı düzenleme yoluna gidilse de 765 sayılı mülga CMUK'ta yer alan düzenlemeler nedeni ile insan onuru zedelenmekteydi.

Genital muayene ile kişinin vücut dokunulmazlığına müdahale edilmekte ve kişinin onur duygusu hiçe sayılmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genital muayene suç olarak düzenlenmemiştir. TCK, genital muayenenin kişi onuruna verebileceği zararı gözeterek genital muayeneyi suç olarak 287. maddesinde "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlemiştir. Genital muayene suçu, genellikle kadınlara karşı işlenen bir suçtur. Genital muayene suçu ile korunan hukuki yarar, kişinin vücut ve cinsel dokunulmazlığını korumak ve özel hayatına saygı göstermektir<sup>75</sup>.

Genital muayenenin insan onurunu zedelediği yaygın olan ve üzerinde uzlaşılan bir durum olsa da bu suçun kanunda adliyeye karşı suçlar kısmında düzenlenmesi yerine kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi gerektiği, bu suçun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde başka görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre; genital muayene suçunun TCK'da düzenleniş şekli ve kanunun gerekçesi insan onurunu korumadığı ve bu suçun düzenlenmesi yerine müessir fiil suçu, özgürlüğün kısıtlanması suçu ve tehdit suçuna ilişkin yapılacak soruşturma ile genital muayene suçuna gerek kalmayacağı belirtilmiştir<sup>76</sup>.

Kanaatimizce; genital muayene suçunun TCK ile düzenlenmesi ile özellikle kadınların keyfi olarak bekâret ve kızlık zarı kontrolüne uğramalarının önüne geçecektir. Ayrıca bir soruşturmada birden fazla suçtan dolayı iddianame düzenlenmesi yerine işlenen suçun bu eylemlerin karşılığında kanunda tanımlanmış ayrı bir suç olarak yer almasının daha caydırıcı olacağı düşünülmektedir.

Kanunlarımız ile yapılan düzenlemeler ile ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçek arayışında insan onuru ilkesi korunmaya çalışılmaktadır. Açıklandığı üzere insan onuru kavramı, kişiden alınamayacak, dokunulmazlığı olan ve kişinin var olması ile başlayan bir haktır. Bu sebeple ülkemizde de ceza muhakemesi yapılırken uygulanan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, işkence ve insanlık dışı muameleye dönüşmemeli, delil elde etmek adına insan onuru çiğnenmemelidir.

<sup>75</sup> AYGÜN, Aydın, "Genital Muayene Suçu", TADD, Yıl:7, S. 26, Nisan, 2016, s. 378.

<sup>76</sup> ÜNVER, s. 78.

## C. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Özel hayat kavramı, Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile bireye tanınan ve bireyin içinde kendi kişiliğini ve manevi değerlerini geliştirdiği hukuken korunaklı alan olarak tanımlanabilir<sup>77</sup>. Bireyin özel hayatının günlük hayatta ne şekilde sınırının çizilebileceği net olarak belli olmasa da Anayasa, özel hayat kapsamında ‘aile hayatının gizliliği’, ‘konut dokunulmazlığı’ ve ‘haberleşme hürriyeti’ni özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmiştir.

Bir ülkede kişiye tanınan özel hayat kapsamının genişliği ile ülkede yer alan özgürlükler ve demokrasi doğru orantılıdır. Kişinin özel hayat kavramı ne kadar çok sınırlandırılırsa özgürlüklerden bahsetmek de bir o kadar güç hale gelecektir. Bu sebeple demokratik ülkelerde kişilere tanınan özel hayat kavramına oldukça önem verilmiş ve devlet bu hakkı koruma altına almıştır<sup>78</sup>.

Hürriyetçi rejimi benimseyen bir devlette özel hayata saygı hakkı, öncelikle bir insan hakkı ve türü bakımından ise negatif statü haklarından<sup>79</sup>. Jellinek’in klasikleşen ayırımına göre negatif statü hakları ise, kişinin devlet tarafından dahi aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanını oluşturan bir hak türüdür. Bu haklar, kişiyi devletten dahi koruduğu için bu haklara ‘koruyucu haklar’ da denilmektedir<sup>80</sup>.

Özel hayatın gizliliği ilkesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olması sebebi ile 1982 Anayasası’nın ikinci bölümde kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmiştir. Özel hayat kavramı kapsamında koruma altına alınan hakların sınırı da yine Anayasa ile çizilmiştir. Buna göre; ‘aile hayatının gizliliği’, ‘konut dokunulmazlığı’ ve ‘haberleşme hürriyeti’ ancak ‘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 hâkim kararı ile sınırlandırılabilir<sup>81</sup>’. Özel hayatın gizliliğini korumak için TCK’da düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası metinlerde ise İHEB m. 12 ve AIHS m. 8 ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesinde bu hakkın korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

<sup>77</sup> GÖK, Hasan, ‘*Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnası*’, TBB Dergisi, 2012(99), s. 154.

<sup>78</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 137.

<sup>79</sup> KIZILARSLAN, s. 60.

<sup>80</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 9. Baskı, 2016, s. 285.

Özel hayatın gizliliği ilkesi içinde birçok hakkı barındırdığı gibi aslında üzerinde uzlaşılan tanımlarda ifade edildiği üzere kişinin manevi bütünlüğünü geliştirmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple, AİHS'in uygulayıcısı niteliğinde olan AİHM de beden zorla muayenesi ve vücuttan örnek alınması, trafik kontrollerinde yapılan alkol testi, bireyin iradesine aykırı yapılan her türlü müdahaleleri AİHS m. 8'de yer alan "özel hayata müdahale" olarak değerlendirmiştir<sup>81</sup>.

AİHS'in "Özel hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrasında özel hayata müdahalenin sınırı ve koşullarına yer vermiştir. Bu koşullar incelendiğinde; Anayasa m. 20'de<sup>82</sup> belirtilen özel hayatın kısıtlanma sebeplerinin AİHS m. 8<sup>83</sup> ile benzer şekilde düzenlendiği görülmüştür<sup>84</sup>.

Özel hayatın gizliliği ilkesine başta Anayasa ve kanunlar olmak üzere yer verildiği ayrıca bu ilkenin uluslararası birçok belgede yer aldığını değerlendirdiğimizde; bu hakkın temel bir hak olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple bu hakka müdahale edildiği durumlarda kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir hak ihlal edilmiş olacaktır. Bu hakkın ihlal edildiği durumlar günümüz teknolojisinde geçmiş zamanlara nazaran daha da artmıştır. Kişilerin tek tıkla kişilerin özel hayat kapsamında yer alan tüm bilgilere, görüntülere ulaşabildiği teknoloji çağında devletin bu hakkı korumasının önemi büyüktür.

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri de kişinin özel hayat kavramının en önemli parçası olan bedene müdahale niteliği taşıdığından söz konusu tedbire karar verilirken çok hassas davranılmalı, orantılılık, zorunluluk gibi ilkeler gözetilmeli ve söz konusu hakka yalnızca CMK'da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde müdahale edilmelidir.

---

<sup>81</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN s. 140; KIZILARSLAN, s. 61.

<sup>82</sup> Anayasa m.20/2: 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 hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

<sup>83</sup> AİHS m. 8: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. 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.

<sup>84</sup> KIZILARSLAN, s. 63.

Anayasa’da sayılan hallerden biri şüphesiz ki kanunda belirtilen hallerdir. Bu sebeple bir ceza muhakemesi yapılırken delil elde etme amacıyla kişinin özel hayatına beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri uygulanmak suretiyle müdahale edilebilecektir. CMK’ya göre beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbirinin uygulanması için kişinin rızası aranmamaktadır. Kanun koyucu, kişinin şüpheli ya da sanığın rızası olsa dahi söz konusu tedbire başvurmak için hâkim veya mahkeme kararı şart koşarak kişinin özel hayatını koruma altına almıştır. Öte yandan kişinin rızası olmadan uygulanan tedbirin özel hayat kavramına ağır bir şekilde müdahalede bulunduğu açıktır. Bu sebeple ceza muhakemesinde tedbir uygulanırken ceza muhakemesini gerçekleştirmek adına şüphenin olmadığı durumlarda sırf delil elde etme olasılığına dayanarak tedbire başvurulmamalıdır. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere her ne kadar şüpheli ya da sanığın rızasının alınması zorunlu olmasa da kişilerin müdahale sürecine gönüllü olarak katılmaları sağlanmalı, müdahaleye ilişkin aydınlatılmış onam alınmalıdır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin özel hayat kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise vücuttan örnek alınırken, ilgili kişinin sağlığının hiçbir surette tehlikeye düşürülmemesidir. Bu esasa, CMK m.75’de de yer verilmiştir. Bu bakımdan şüpheli ya da sanıktan delil elde etmeye yönelik tedbir uygulanırken öncelikle cerrahi müdahaleye başvurulmamalı şayet başka surette delil elde etme imkânı var ise bu tedbir ikincil nitelikte olmalıdır<sup>85</sup>.

Görüldüğü üzere özel hayatın gizliliğine birinci dereceden müdahale niteliğinde olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri her ne kadar yasal dayanağını CMK’dan almış olsa da yapılacak müdahalelerde Anayasal bir hakka dokunulduğu göz önünde bulundurularak karar verilmeli ve üstün kamu yararının olmadığı hallerde özel hayata saygı gösterilmelidir.

#### **D. Adil Yargılanma İlkesi**

Adil yargılanma ilkesi, içinde pek çok hakkı bulunduran genel bir ilkedir. Anayasamız, adil yargılanmayı bir hak olarak 36. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre ‘*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma*

---

<sup>85</sup> ÖZBİLEN, Arif Barış, ‘*Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller*’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013’2, s. 115.

*hakkına sahiptir*’. Devlet, bu hakkı bireylere sağlamakla yükümlüdür. Bu ilke, ceza muhakemesi işlemlerinin bağımsız ve tarafsız ve kanunla kurulmuş bir mahkeme huzurunda, makul sürede, zorlama, yanıltma ve kandırma gibi irade serbestisini engelleyen yollara başvurmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla belirlenmiş esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesidir<sup>86</sup>. Başka bir anlatımla adil yargılanma ilkesi, şüpheli veya sanığın kendisine isnat edilmiş olan suçları bertaraf etmek amacıyla kendini savunacak imkânları ve hakkaniyetli bir yargılamayı isteme hakkına sahip olmasıdır. Şüpheli veya sanık, iddia makamına tanınan haklara sahip olmalı örneğin savunma tanıklarının dinletebilmeli ve iddia tanıklarının sorguya çekebilmelidir<sup>87</sup>.

Adil yargılanma ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için şüpheli ya da sanığın suçlu olduğu kuşkuya yer bırakmayacak şekilde somut delillerle ispatlanmadan masum olduğu kabul edilmeli ve yargılamanın bu ilke benimsenerek şüpheli/sanık haklarının kullanılmasının yolu açılmalıdır. Adil yargılanma ilkesi başta 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası metinlerde ve Anayasamızda ve dolayısı ile CMK ve TCK düzenlemelerinde yer almaktadır.

CMK da adil yargılanma ilkesinin uygulanabilmesi için birçok düzenleme yapmıştır. CMK m. 160/2’ye göre Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılama yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine delilleri toplanması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca CMK m. 170/5’e göre ise iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan deliller ve olaylar ileri sürülmektedir. CMK’da yer alan delil yasakları ve mecburi müdafii sistemi düzenlemeleri söz konusu ilkeyi gerçekleştirmeyi hedefleyen kanunlardır<sup>88</sup>. Bununla birlikte TCK m. 288’de bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanığı etkilemek amacıyla alenen sözlü ya da yazılı beyanlarda bulunan kişiler için adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu düzenlenerek dürüst işlem ilkesi cezai yaptırımlarla da korunmuştur.

<sup>86</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 137; DÖNMEZ, s. 57.

<sup>87</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 18.

<sup>88</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 130.

Adil yargılanma ilkesi çerçevesinde; her sanığın hukuka ve adalete uygun şekilde yargılanma hakkı bulunmaktadır. Dolayısı ile adil yargılanma hakkı, sadece ulusal değil uluslararası kaynaklarda da bulunan en önemli şüpheli/sanık haklarından biridir. Başta Anayasa m.36/1'e göre, herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. AİHS m.6/1'e göre ise, adil yargılanma, insan hakları ile şüpheli ve sanık ayrıca mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılamadır. Adil yargılanma hakkının sağlanması için davanın yasayla kurulan, bağımsız ve tarafsız, mahkeme önünde makul sürede ve açık duruşmada görülmesi gerekmektedir<sup>89</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde şüpheli/sanık, adil yargılanma hakkına sahip olduğu takdirde hukuka ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmış olacaktır. Bu bakımdan hâkim veya mahkeme adil yargılanma ilkesine uygun olarak bağımsız ve tarafsız olmalı, mahkemeler açık yapılmalı, şüpheli/sanığa savunma hakkı kapsamında müdafiden yararlanma hakkı tanınmalı, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller kullanılmamalı ve yargılama makul sürede sonuçlandırılmalıdır.

Anayasamızda ve AİHS'de yer alan adil yargılanma ilkesi, çalışma konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri uygulanırken de hayati önem taşıyan bir ilkedir. Bu kapsamda söz konusu tedbire maruz kalan kişiler bakımından iddia ve savunma arasındaki denge sağlanmaya çalışılmalıdır. Bu durumu gerçekleştirebilmek için öncelikle tedbire maruz bırakılan kişilere zorunlu müdafii atanarak söz konusu kişiler tedbir ile ilgili aydınlatılmalılardır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, ceza muhakemesinde delil elde etme amacı taşıdığından avukat yardımı ile aydınlatılan şüpheli/sanığın tedbirin uygulanmasının kendi lehine olacağını idrak edeceğinden tedbire rıza göstereceği düşünülmektedir.

Şüpheli veya sanığın tedbirin uygulanmasına rıza göstermediği hallerde ise bu kişileri zorlayarak ya da yanıltarak tedbirin uygulanması yoluna gidilmemelidir. Tedbire başka türlü delil elde etme imkânı olmayan hallerde ve kişinin sağlığını tehlikeye düşürmeden uygulanması zaruridir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemine rıza, bu işlemin hangi amaçla yapıldığının, tıbbi açıdan kişinin bedeninde hangi işlemlerin yapılacağı hususlarında istek, razı olma, onaylama anlamlarını taşımaktadır. CMK m.76'da mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için hâkim kararı

---

<sup>89</sup> CENTEL./ZAFER, s. 142.



alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde Yönetmelikte de mağdur bakımından rızanın varlığı halinde hâkim veya mahkeme kararı aranmasına gerek olmadığı belirtilmekle birlikte hem kanun hem Yönetmelik, diğer kişiler ve şüpheli/sanık bakımından rızanın varlığı halinde hâkim veya mahkeme kararını zorunlu tutmuştur<sup>90</sup>.

Şüpheli/sanık ve diğer kişilerin tedbire rıza göstermelerine rağmen hâkim veya mahkeme kararı aranması, hukuk devletinde yer alan katlanma yükümlülüğünden kaynaklanmakta ve adil yargılanma ilkesi de bunu gerektirmektedir. Katlanma yükümlülüğü, kişinin ceza muhakemesinde yapılacak işlemler bakımından mutlak surette uyulması gereken hal olarak tanımlanabilir. Katlanma yükümlülüğü, maddi gerçek arayışında kişinin keyfe keder ceza muhakemesi işlemlerine rıza göstermediği durumlarda ya da hukuk bilgisinin olmayışı nedeniyle aklanma ihtimalini düşünemediği hallerde ceza muhakemesinin yürütülmesine hizmet eder. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma bakımından da şüpheli veya sanık, katlanma yükümlülüğüne uymak zorunda olmakla birlikte tedbirin uygulanmasına aktif bir şekilde katılmak zorunluluğu yoktur. Şüpheli ya da sanık, katlanma yükümlülüğüne uyup pasif direnç gösterebilir bu gibi durumlarda Yönetmeliğin 18. maddesi gereği; kişilerin direnmesi halinde Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli önlemler alınacağı belirtilerek kişilerin sağlığının korunması sağlanmıştır<sup>91</sup>.

Diğer kişiler bakımından da aynı hususlar geçerlidir. CMK m.76'ya göre, "tanıklıktan çekinme sebepleri taşıyan kişiler, tedbirden kaçınabileceklerdir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi hususuna kanuni temsilcisi karar verecektir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir" denilmektedir. CMK' da yer alan bu hüküm, adil yargılanma ilkesinin kanunda somutlaşmış halidir. Kanun, karar verme yetisine sahip olmayan kişilere, doğrudan tedbiri uygulamak yerine kanuni temsilcisine bu hakkı vererek bir hukuk devletine yakışır şekilde adil yargılanma ilkesine uygun bir düzenleme yapmıştır.

---

<sup>90</sup> KIZILARSLAN, s. 200.

<sup>91</sup> ERSİN, Ali, "Ceza 'Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü'", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:16, Ağustos, 2011, s. 193 vd.

CMK'nın adil yargılanma ilkesinin korunması adına yaptığı izah ettiğimiz düzenlemeler yerinde olmakla birlikte, tedbire maruz kalanların rızalarının varlığının önemi kadar müdahalenin kişinin sağlığını tehlikeye sokup sokmadığı da büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan CMK m. 75/2'de şüpheli/sanığa iç beden muayenesi yapılabilmesi için sağlığına zarar verilmeme şartı koşulmuşken CMK m. 76/1'de diğer kişiler bakımından hem sağlığı tehlikeye düşürmemek hem de cerrahi müdahalede bulunmamak şartları aranmaktadır. CMK, ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı ile şüpheli ve sanığın sağlığını diğer kişilere oranla daha az korumuş ve cerrahi müdahaleye şüpheli ve sanık bakımından cevaz vermiştir<sup>92</sup>. Bu bakımdan CMK, her ne kadar diğer kişilerin haklarını şüpheli ve sanığa göre daha çok korumuş ve tedbirin uygulanmasını sıkı şartlara tabi tutsa da ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığa tedbir uygulanırken özellikle cerrahi müdahalede bulunulacağı durumlarda rıza aranmalı ve rızanın olmadığı durumlarda tedbire son çare olarak başvurulmalıdır. Ancak bu şekilde aydınlatılmış ve rızası alınmış olan şüpheli ve sanığın savunma hakkı korunacak, aldatma, yanıltma veya kandırma olmadan adil yargılanma ilkesine uygun yargılama yapılabilecektir.

### **E. Orantılılık İlkesi**

Orantılılık (ölçülülük-ikincillik) ilkesi, ceza muhakemesinde uyulması gereken en önemli hukuk devleti ilkelerinden biridir. İnsan hak ve özgürlüklerinin önemsendiği bir demokratik bir devlette özellikle koruma tedbirleri uygulanırken uyulması gereken ilkelerin başında orantılılık ilkesi gelmektedir. Bu ilkeye uyulması ile şüpheli veya sanığın hakları üstün kamu gücü karşısında ezilmeyecek ve yargılamada denge sağlanmış olacaktır<sup>93</sup>.

Orantılılık ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandıracağı hususu büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan ceza muhakemesi hukukunda bir koruma tedbiri niteliğinde olan beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın sınırları CMK ile belirlenmiştir. Nitekim CMK'da yer alan tedbirlerin orantılı olması Anayasal bir zorunluluktur. Bir suç soruşturmasında ve kovuşturmasında uygulanacak olan tedbir ile ulaşılabilecek olan amacın dengesinin bulunması gerekmektedir. Tedbir ile delil elde edilemeyecekse veya uygulanacak tedbirden

---

<sup>92</sup> MAHMUTOĞLU, s. 26.

<sup>93</sup> KIZILARSLAN, s. 200.

daha hafif bir tedbir ile amaca ulaşılabilecekse söz konusu ağır tedbire başvurulmamalıdır<sup>94</sup>.

Orantılılık ilkesine göre; ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında akla ve mantığa uygun bir ilişkinin bulunması zorunludur. Elde edilen amacın öncelikle hukuk düzeninin benimsemesi gerekir. Örneğin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı ile değil de DNA bankası oluşturmak ya da insan üzerinde deney yapmak amacı ile uygulanırsa orantılılık ilkesinden bahsedilemeyecektir. Orantılılık ilkesi çerçevesinde hedeflenen amaç kadar amaca ulaşmak için kullanılan aracın da önemi büyüktür. Soruşturulan suç kapsamında hedeflenen amaç ile elde edilmek istenen delil, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ile suç aydınlatılabilecekse vücuttan örnek almaya başvurulmamalıdır. Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine, başka türlü delil elde etmek imkânının olmadığı ve soruşturmanın başka türlü yürütülemeyeceği hallerde yani zorunlu durumlarda başvurulmalıdır<sup>95</sup>.

CMK'nın beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin orantılılık ilkesine yer verdiği en göze çarpan düzenleme CMK'nın 75/5. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz" denilerek hafif nitelikteki suçlarda kişinin en temel haklarından olan vücut dokunulmazlığı koruma altına alınmış ve orantılılık ilkesi benimsenmiştir.

CMK'nın tedbir kapsamında orantılılık ilkesinin önemine binaen ayrıca 76. maddeyi düzenlemiştir. Maddeye göre, üçüncü kişilere karşı tedbir uygulanacağı durumlarda kişilerin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi ve cerrahi müdahalede bulunulmaması da suç soruşturmasıyla doğrudan alakalı olmayan bireylerin Anayasal nitelikte bulunan başta vücut dokunulmazlığı hakkı gibi benzer nitelikteki haklarını korumaktır. Fakat kanun koyucu, masumiyet ilkesi gereği henüz suçu ispatlanmamış şüpheli ve sanık bakımından da şayet kişilerin sağlığı riske girecek ise cerrahi müdahalede bulunmamalıdır.

Orantılılık ilkesi, araç ile amaç arasındaki bir nevi orantıdır. Bu sebeple delil elde etmek için şüpheli veya sanığın sağlığının riske gireceği durumlarda ceza

---

<sup>94</sup> CENTEL/ZAFER, s. 315.

<sup>95</sup> GÖREN, s. 398 vd.

muhakemesinin her ne kadar işlemesi zorlaşsa da orantılılık ilkesi gözetilmeli ve diğer kişiler gibi şüpheli ve sanığa da cerrahi müdahalede bulunulmamalıdır.

## VI. TEDBİRİN ULUSLARARASI VE MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELENMESİ

### A. Uluslararası Hukuk Bakımından İncelenmesi

İnsan hak ve özgürlükleri, tarihi süreçte insanın var oluş anından itibaren gelişme gösteren bir seyir izlemiştir. İnsanların bireysel olarak geç alma evresinden devletin ceza yargılamasına doğru yol alan zamanda Eski Mısır, Yunan ve Roma gibi birçok uygarlık insan hak ve özgürlüklerinin gelişimine katkıda bulunmuştur. Fakat günümüz anlamında insan hakları doktrinin doğuşu 17. ve 18. Yüzyıllar içinde gelişmiştir<sup>96</sup>.

İnsan hakları doktrinde, insanın yalnızca insan olmasından kaynaklanan birtakım haklara sahip olduğu kabul edilmektedir. İnsan yaradılışı ile birlikte kimsenin ona bahşetmediği yaşama hakkı, vücut donulmazlığına saygı hakkı gibi haklara sahip olarak doğmaktadır. İşte beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de söz konusu haklara müdahale niteliği taşıdığından aslında tedbirin genel hatlarıyla sınırı uluslararası sözleşmeler ve belgelerde yer alan hakların varlığı ve korunması ilkeleriyle çizildiğini söyleyebiliriz.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın temel haklara müdahale sınırının çizilmesi haricinde söz konusu tedbirin ceza muhakemesinde bir delil elde etme yöntemi ve fail veya mağduru ispat etmesine yönelik gelişimi ise adli tıbbın gelişimiyle paralellik göstermiştir. Bu bakımdan, tıp bilimine ait çalışmaların sistemli olarak M.Ö. 300 yıllarında Mısır'da İmhotep ile başladığı ve insanın var oluşundan itibaren de tıp biliminin de var olduğu bilinmektedir. Yine M.Ö. 1800 yıllarda Babil Sümerya'da bulunan tarihi kalıntılarda hekimler cinayet olaylarıyla aynı resimde yer almışlardır. Roma Hukukunda ise ‘‘Justinianus Kanunları’’(M.S.520-560)’da ‘‘Tabipler sadece şahit değildirler. Şahit oldukları oranda hüküm de verirler’’ denilmektedir<sup>97</sup>. Görüldüğü üzere, çok eski zamanlarda dahi, ceza yargılamalarında hekim ile işbirliği ve hekimin bilirkişi tayin edilmesi kavramı yer almaktadır.

<sup>96</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 83-84.

<sup>97</sup> KIZILARSLAN, s. 23.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirin uluslararası hukukta delil elde etme vasıtası olarak kullanılmasına ilişkin süreç, esasında uluslararası hukukta ceza muhakemesinin geçirdiği aşamalarla günümüzdeki halini almıştır. Uluslararası hukukta ise ceza muhakemesi, insanlık tarihi ile birlikte üç aşamadan oluşmuştur. Bunlar: İtham sistemi, tahkik sistemi ve vicdani delil sistemidir.

İlk aşama, 15.y.y.'a kadar uygulanan itham sistemidir<sup>98</sup>. Bu sistemde, mağdurun suçlaması ile hâkimin yargılamayı başlattığı ve taraflardan biri lehine sonuçlandığı ilkel bir ceza davası görülmektedir. Bu davanın temel üç özelliği bulunmaktadır. Bunlar; yüze karşılık, sözlülük ve halka açıklıktır. İtham sisteminde yapılan yargılamada dönemin inanç sistemi ve önyargılarına dayanan bir usul izlenmektedir. Suçlunun suçunu ikrar etmediği durumlarda ise söz konusu usulden vazgeçilip tanrıların takdir ettiği dağlama, kaynar su dökme, çarımha germe gibi işkence usulleri ile yargılamaya devam olunurdu. Özetle, itham sistemi, ilkel zamanları temsil etmekte olduğundan hukuk tarihinde ilk sırada yer alan sistemdir. Uygarlıklarda özgürlüklerin var olmaya başlaması ile sistem terk edilmiştir<sup>99</sup>.

İkinci aşama, 15.y.y.'da Kilise Hukuku ile Roma Hukukunun birleştirilmesiyle oluşan '*Carolina Kanunu*' ile itham sistemi yerine tahkik sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Tahkik sisteminin itham sisteminden ayıran en önemli fark hâkimin yalnızca mağdurdan değil iki taraftan da topladığı delillere göre iddia ve savunma olmadan yargılamayı gerçekleştirmesidir. Bu sistemde de delil elde etmek için işkenceye başvurulmuştur. Bu sistem, Almanya ve Avusturya'da 18. ve 19. Yüzyıllara kadar uygulanmıştır. Aynı tarihlerde Fransa'da başlayan ihtilal sonucu söz konusu sistemlerden vazgeçilerek maddi gerçeğin araştırılmasını benimseyen vicdani delil sistemine geçilmiştir. Fransa'da başlayan bu yeni sistem, birçok Avrupa ülkesinde kabul görmüş ve uygulanmaya başlamıştır<sup>100</sup>.

Tarihsel süreçte ceza muhakemesinde esas alınan yargılama sistemi gereği delil elde etmek amacıyla koruma tedbirlerinin gelişimi başlamış ve temel hak ve özgürlükler ve bunların ne şekilde kısıtlanacağı uluslararası hukukta birçok önemli bildiri ve sözleşme yayınlanması ve uygulamaya konulmasına sebep olmuştur.

<sup>98</sup> KIZILARSLAN, s. 24.

<sup>99</sup> AYDIN, Devrim, '*Ceza Muhakemesi Sistemleri*', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:11, Sayı:31, Ağustos, 2016, s. 205.

<sup>100</sup> KIZILARSLAN, s. 25; AYDIN, s. 210.

İnsan hak ve özgürlüklerinin varlığı ile ne şekilde sınırlandırılması gerektiğine ilişkin birçok bildiri ve sözleşme düzenlenmiştir. Örnek olarak şunlar gösterilebilir: 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Antlaşma, 1975 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 1987 tarihli İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>101</sup>.

Bu bildirilerin en önemlilerinden biri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi(Beyanname), 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı imzalayan devletler tarafından Antlaşmada belirtilen insan haklarının korunması, insanının yalnızca ulusal değil uluslararası alanda bir hukuk öznesi olması, insanların eşit ve özgür olması amaçlarının tanınması için kabul edilmiştir. Ülkemiz, 06.04.1949 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirisini kabul etmiştir<sup>102</sup>. Bildiriye karşı oy veren hiçbir ülke bulunmamakla birlikte Sovyetler Birliği, Beyaz Rusya, Ukrayna, Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya(Bildiriye gerçekçi bulmadıkları için), Güney Afrika(Sosyal ve ekonomik hakların bildiride yer almasını onaylamadığı için), Suudi Arabistan (Bildiride yer alan ilkelerin islam ve şeriatla uyuşmadığı için) olmak üzere 8 ülke çekimser oy kullanmıştır<sup>103</sup>.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, bir önsöz ve otuz maddeden oluşan bir metindir. Bildiride insanın sahip olması gereken eşitlik kavramı, temel hak ve özgürlükler, bir insanın işkence görmeden insanca yaşamasını gerektiren kurallar ve bunların ne şekilde sınırlandırılacağını belirtilen hükümlere yer verilmiştir. Bildiri, tüm ulusların, uluslararası hukuk kurallarına göre mevzuatlarında uymalarını tavsiye ettiği kurallar bütünüdür.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin otuz madde halinde ve kişisel, siyasal ekonomik, sosyal ve kültürel kısacası insanı ilgilendiren hemen hemen her konuyu düzenlemesinin sebebi ise Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda insan hak ve hürriyetlerinin yalnızca anılmış olması yatmaktadır. Birleşmiş Milletler Antlaşması, ulusların vatandaşlarına tanıması gereken hakları sadece anmış, bu hakları açıklayan

<sup>101</sup>CENTEL/ZAFER, s. 142.

<sup>102</sup>ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 87-88.

<sup>103</sup>AYBAY, Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan\\_haklari\\_evrensel\\_bildirisi.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf), Erişim Tarihi: 30.04.2018; AKI, Erol, Hukukun Temel Kavramları, 9. Baskı, İzmir, 2010, s. 238 vd.

bir metin haline getirmemiştir. Bunun üzerine İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile insanlık tarihinde çığır açan bir bildiri yayınlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, her ne kadar hukuki açıdan bağlayıcı bir bildiri olmayıp bildiriye imzalayan devletlere hiçbir hukuki yükümlülük getirmese de ideolojik olarak insan hakları bakımından yüksek idealler getirmesi açısından önemi büyüktür<sup>104</sup>.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, uluslararası hukuk alanında üzerinde uzlaşılan bir metin olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda ülkeler, Anayasalarını ve kanunlarını bildiride yayınlanan ilkeler çerçevesinde düzenlemeye çalışmışlardır. Halen bildiride yayınlanan hakların temini bir başka deyişle ideolojik hakların tanınması amacıyla mevzuatlar güncellenmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, niteliği itibariyle kabul edilen bir bildiri olup bildiriye kabul eden devletlere birtakım hukuki yükümlülükler getirmemektedir. Burada önemle vurgulanması gereken nokta ise bildirinin her ne kadar hukuki bağlayıcılığı olmasa da ulusüstü insan hakları hukukunda yer alan insan haklarının bütünselliği ilkesi gereği bildiriye çekimser oy kullanan bir ülke tarafından da ölçü norm olarak kullanılabilir<sup>105</sup>.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesinde; yaşamak, hürriyet ve kişi emniyetinin her ferdin hakkı olduğu hususu düzenlenmiştir. 5. maddesinde; hiç kimseye işkence, zalimane, gayriinsanî, haysiyet kırıcı cezaların verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bildirinin 29. maddesinde ise herkesin haklarının ve hürriyetlerinin kullanılmasında, sadece başkalarının haklarının ve hürriyetlerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi gerektiğine ayrıca bu hakların yalnızca ahlakın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek maksadıyla kanunla sınırlandırılabilir<sup>105</sup> düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere İHEB, gerçekleştirilmesi gereken mümkün ve gerekli temel hak ve özgürlükleri düzenlemesi bakımından konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbirinde gözetilmesi gereken başta yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, özel hayata saygı hakkı gibi hakları koruma altına almış, tedbir uygulanırken yapılan muayene veya örnek alma işleminin bir işkence haline dönüşmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tıpkı Anayasamızda yer alan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin*

<sup>104</sup> KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 62.

<sup>105</sup> ŞENTUNA Mustafa Tarık, Tutuklama ve Adli Kontrol, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 32.

*vücut bütünlüğüne dokunulamaz*'' hükmünde olduğu gibi İHEB ile tanınan hakların ancak kanunla sınırlandırılabilceğini belirterek tedbirin uygulanmasının kanunda belirtilen şartlar dâhilinde meşru sayılabileceği şeklinde yorumlamamıza imkân tanımıştır.

İnsan hakları bakımından oldukça önemli başka bir sözleşme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. İnsan hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin diğer sözleşmelere nazaran bünyesinde yer alan denetim organı nedeniyle içlerinde en işlevsel olanı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. AİHS, insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokrasi gibi ortak değerler ortaya koymuş ve üye devletlerin söz konusu ortak değerlere sahip olması ve bu değerleri koruması amaçlarıyla hazırlanmış bir sözleşmedir. AİHS, söz konusu ortak amaçların gerçekleştirilebilmesi için de bir denetim mekanizması oluşturmuştur<sup>106</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti, ikinci dünya savaşının ardından Avrupa'da tekrardan savaş yaşanmaması ve insan haklarının ortadan kaldırıldığı totaliter sistemlerin yeniden ortaya çıkmaması amacıyla tesis edilmek istenen barış ortamı ve temel hak ve özgürlüklere verilen önem gereği Avrupa Konseyi'nin kurucu üye devletlerinden biri olmuştur. Belirttiğimiz üzere İHEB'te hukuki yönden bağlayıcı niteliği olmayan ortak ideolojileri bir sözleşme ile bağlayıcı hale getirmek amacıyla 4 Kasım 1950 yılında Roma'da imzalanmış ve 1954 yılında yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz, AİHM'e bireysel başvuru hakkını 1987'de, AİHM'in yargı yetkisini ise 1989'da kabul etmiştir<sup>107</sup>.

AİHS, '*Avrupa düzeninin Anayasası*'' olarak tanımlanmaktadır. AİHS'e üye olan devletler, AİHS'de yer alan hakları sadece kendi vatandaşlarına değil herkese tanımakla yükümlüdürler. Belirttiğimiz üzere ülkemizde de AİHM'in yargı yetkisi tanınmıştır. Ülkemizde yapılan yargılamalarda AİHM kararları esas alınarak değerlendirilmekte ve buna göre yargılama yapılmaktadır<sup>108</sup>.

Türkiye, AİHM'in yargı yetkisini Anayasa'nın 90. maddesi ile hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, '*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile*

<sup>106</sup> ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 323.

<sup>107</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 58-59; AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin Vural/BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 289.

<sup>108</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin, '*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*'' , Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl.7, Sayı:25, Şubat, 2016, s. 13-14.



*Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz*'. Ayrıca 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan Anayasa değişikliklerinde bu fıkraya eklene cümle ile *'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*' denilmektedir. Anayasa ile güvence altına alınan bu hükümler değerlendirildiğinde ulusal mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin karar verirken AİHM içtihatlarını emsal almakla yükümlü oldukları aşikârdır. Nitekim Türkiye'nin insan haklarına verdiği önem açısından itibar kaybı yaşamaması ve tazminata mahkûm edilmemesi amacıyla ulusal mahkemeler söz konusu AİHM içtihatlarına göre karar almaktadırlar.

AİHM içtihatlarının etkisini konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma bakımından değerlendirdiğimizde; söz konusu işlem koruma tedbiri olma özelliği ile temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımaktadır. Bu kapsamda CMK'da yer alan düzenlemelerin AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları kapsamında birbirinden farklı pek çok temel hak ve özgürlüğü etkilediği görülmüştür. Bu hakların en başında işkence yasağı, adil yargılanma hakkı, özel hayatın korunması hakkına ilişkin düzenlemeler gelmektedir.

AİHS'in 3. maddesi işkence yasağını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, *'Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işleme tabi tutulamaz*'. İşkence, TDK'da ise, *'Bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet*' olarak tanımlanmaktadır<sup>109</sup>.

İşkence'nin tanımlandığı sözleşmelerde yer alan tanımlara baktığımızda ise, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde göre, *'Sözleşme amaçlarına göre, 'İşkence' terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan veya yaptırımın tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.*

<sup>109</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), Erişim Tarihi: 01.05.2018.

Beşinci Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresinde ise işkence terimi şu şekilde tanımlanmıştır: ‘’ İşkence, kendisi veya üçüncü kişi hakkında bilgi almak, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacıyla uygulanan ve kişiye hem bedensel hem de ruhsal anlamda ciddi şekilde acı ve ıstırap veren, kasti bir şekilde, resmi bir kişinin emriyle veya bizzat kendinin uyguladığı her türlü muameledir’’<sup>110</sup>.

Doktrinde işkenceden söz edebilmek için birtakım unsurların var olması gerektiği kabul edilmektedir:

1-) Failin resmi sığfata haiz bir kişi olması veya bu sıfatını ve otoritesini kullanarak üçüncü bir kişiyi kullanmak suretiyle hareket ediyor olması,

2-) Gerçekleştirilen hareketlerin kuvvetli bedensel veya ruhsal acıya sebep olması,

3-) Bedeni veya ruhsal yönden acı çektirmeye yönelik hareketlerin suçun ikrarı, delilleri elde etme, cezalandırma gibi amaçlara yönelik olması<sup>111</sup>.

Görüldüğü üzere işkence, başta AİHS olmak üzere uluslararası birçok sözleşme ve bildiriye yer alan ve bireylerin sahip olduğu mutlak bir hakkı ifade etmektedir. İşkence her ne kadar geniş anlamda kullanıldığında yalnızca bir kimseye acı, ızdırap vermek anlamlarını taşısa da hukuki bakımdan dar anlamda yorumlanarak bir kamu görevlisi veya onun yönlendirmesi ile hareket eden bir kişinin ceza muhakemesine yönelik olarak başta suçun itiraf edilmesi veya muhakeme yapılmadan suçun bedelinin acı ve ızdırap çektirerek ödetilmesi anlamına gelmektedir.

İşkence yasağı, uluslararası bir hukuk normu niteliği kazanmış bir kavramdır. Devletler, işkenceye ilişkin bir sözleşmeye üye olmasalar dahi işkence yasağına ilişkin genel kabul görmüş ilkeye uymakla yükümlüdürler. AİHS’de bu doğrultuda 3. maddesinde işkence yasağını mutlak(sert çekirdekli) bir hak olarak düzenlemiştir. Bu hakka insanın doğuştan sahip olduğu kabul edilmekte ve hiç kimsenin bu hakkı almasına müsaade edilmemektedir. Bu sebeple bir devletin içinde bulunduğu olağanüstü haller dahi işkence yasağının ihlalini haklı göstermemekte ve devleti ve faili işkence yasağına uymamaya ilişkin sorumluluktan kurtarmamaktadır<sup>112</sup>. Devlet,

<sup>110</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s. 130.

<sup>111</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, s. 129.

<sup>112</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK, .s. 134; DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 53.

ceza muhakemesinde delil elde etme amacıyla dahi olsa kişinin onur ve haysiyetinin korunmasına hizmet eden işkence yasağına uymalı ve söz konusu yasağı korunması ve ihlal edilmemesi gereken değerler arasında bulundurulmalıdır<sup>113</sup>.

Uluslararası hukukta yer alan en önemli ve bağlayıcı sözleşme niteliğinde olan AİHS, 3. maddesinde işkence yasağına ilişkin bir düzenleme yapmış olmasına rağmen belirttiğimiz üzere maddeyi detaylı olarak açıklamamıştır. Bu sebeple işkence yasağının kapsamı, hangi durumlarda ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin ayrıntılar, AİHM içtihatlarına göre belirlenecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri uygulanırken işlenen işkence suçuna ilişkin AİHM'e götürülmüş ve içtihat niteliği kazanmış olan birçok karar bulunmaktadır<sup>114</sup>. Bu kararları inceleyerek AİHS'de belirtilen işkence kavramını, şartlarını ve işkence sınırının ne şekilde aşılmış sayılacağına ilişkin bilgilere ulaşmak mümkün olacaktır.

AİHM'de görülen Salmanoğlu Polattaş/Türkiye Davası'nda, başvuru Nazime Ceren Salmanoğlu ve Fatma Deniz Polattaş, terör örgütü üyesi oldukları şüphesiyle İskenderun Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele ekipleri tarafından gözaltına alınmışlardır. Bu doğrultuda yapılan sağlık kontrolünde bekâret testine maruz bırakılmışlardır. Başvuranlar, gözaltındayken cinsel saldırıya uğradıklarını iddia etmemelerine rağmen bekâret testine maruz bırakılmaları, hakaret, cinsel taciz ve darp iddiaları nedeniyle AİHS'in 3. ve 6. maddeleri uyarınca şikâyetçi olmuşlardır<sup>115</sup>.

AİHM, başvuruyu incelerken öncelikle isnat edilen suçların gerçekleştiğine yönelik makul bir şüphe yaratacak delilleri incelemektedir. AİHM, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin gözaltındaki kimselerin tıbbi muayenelerine ilişkin İstanbul Protokolü bilinen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Bir Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için el klavuzunda belirtilen ilkelere göre bir değerlendirme yapmıştır. Bu ilkelere göre; AİHM, tüm sağlık uzmanlarının muayene ve tedavi ettikleri kişiler meslek kurallarına uygun ve özenli davranmak zorunda olduklarını ifade etmektedir. Bununla birlikte muayene ve tedavilerini polis memurlarından uzakta korunaklı bir

<sup>113</sup>ŞENTÜRK, Candide, "Ceza Muhakemesinde İfade ve Sorgu", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:19, Ağustos 2012, s. 173-174.

<sup>114</sup>DURSUN, Gizem, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 2984.

<sup>115</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4940#> Erişim Tarihi:01.05.2018.

bölümde yapmaları ve fiziksel bulgular ile kötü muamele arasındaki ilişkinin görüşünü ayrıntılı olarak belirtilmesi gerektiğini açıklamaktadır. AİHM, hekimler tarafından yapılan muayenenin taşınması gerektiği şartlar kadar ülkede uygulanan yasal mevzuat ve başvuruların rızaların olup olmadığı hususlarını incelemektedir. Somut olayda başvuruların bekâret kontrolleri henüz yeni gözaltına alındıklarında yapılmıştır. Başvuranlar, cinsel saldırıya uğradıklarına ilişkin bir iddiada bulunmamışlar ve cinsel muayeneye ilişkin rıza göstermemişlerdir. AİHM, başvuruların maruz bırakıldığı muayenelerin ulusal bakımlarla herhangi bir tıbbi ve yasal zorunluluk olmaksızın yapılmış olması, başvuruların tedbirin uygulanmasına rıza göstermemiş olmaları sebebiyle başvuranlarda post travmatik şiddete bağlı bozukluk ve depresyon yaratması sebepleriyle AİHM'in 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmış ve Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir<sup>116</sup>.

AİHM içtihatlarını CMK'da yer alan hükümler çerçevesinde değerlendirdiğimizde; Salmanoğlu/Polattaş/Türkiye Davasında, CMK m. 75'e göre, ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı ile şüpheli veya sanığın rızası olmasa dahi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri uygulanabilmektedir. Fakat somut olayda, sanığa karşı tedbirin uygulanmasını gerektiren bir suç işlenmemiştir. AİHM'in belirttiği üzere ulusal makamlarla herhangi bir yasal zorunluluk hali bulunmadan tedbirin uygulanması hukuka aykırıdır. Koruma tedbirleri uygulanırken araç amaç orantısı aranmalıdır. Söz konusu olayda tedbirin uygulanmasını haklı gösterecek bir sebep yer almamaktadır. AİHM'in önemle üzerinde durduğu bir başka konu ise şüpheli veya sanığın herhangi bir iddiası olmadan bekâret kontrolüne maruz bırakılmasına ilişkindir. Bu bakımdan CMUK'ta yer almayan genital muayene suçu, CMK m. 287 ile düzenlenerek yerel mevzuatımız AİHM içtihatları ile uyumlu hale gelmiştir.

Beden muayenesi ve örnek alma tedbirinin işkenceye dönüştüğü bir diğer önemli karar ise, Jalloh/Almanya kararıdır. Olayda başvuru Abu Bakah Jalloh, Almanya'da ağzında uyuşturucu madde saklarken yakalanmıştır. Başvuran, yakalanması üzerine uyuşturucu maddeyi yutmuştur. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 81/a gereği, savcı delil elde etmek amacıyla başvuranın rızası olmamasına rağmen zorla midesine sonda takılarak kusturucu madde verilmiştir. Başvurana yapılan müdahalenin akabinde başvuran, midesi ile ilgili sağlık sorunları

<sup>116</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4940#> Erişim Tarihi:01.05.2018

yaşamıştır Bunun üzerine başvuran, kendisine zorla ilaç verilmesini ve hukuka aykırı olarak delil elde edilmesini ve elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması sebebiyle AİHS'in 3, 6, ve 8 maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, ceza muhakemesinde suçun aydınlatılması amacıyla gerçekleştirilen tıbbi muayenelerin uygulanabileceğini belirtmiştir. Fakat uygulanan tıbbi müdahalenin ağırlığı ile kişinin sağlığında yarattığı risk bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiğini şayet yapılan tıbbi müdahale kişinin sağlığını riske atacak ve işkence boyutuna ulaşacak nitelikte ise başka imkânlarla delil elde edilmesi gerektiğini açıklamıştır<sup>117</sup>.

Somut olayda Alman Yerel Mahkemesi, başvuranın sağlığının bozulma riskin değerlendirmemiştir. Ayrıca başvuranın aydınlatılmış onamı alınmadan rızası halefinde ağır bir tıbbi işlem gerçekleştirilerek başvuranın sağlığı tehlikeye atmıştır. AİHM, başvuranın müdahale sonucu midesinde meydana gelen ağrıları AİHS m. 3 kapsamında insanlık dışı ve alçaltıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

AİHM'in 3. maddesi olan işkence yasağı kapsamında CMK'yı değerlendirdiğimizde; AİHM'in içtihatlarına paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. CMK m.75'te şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin yapılabilmesi için sağlığını tehlikeye düşürmemek şartı konularak AİHS ile uyum sağlanmıştır. Bununla birlikte uygulamada CMK m. 76'da diğer kişiler bakımından beden muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesi için hem sağlığını tehlikeye düşürmeme hem de cerrahi bir müdahalede bulunmama şartları birlikte madde kapsamına alınmıştır. Uygulamada şüpheli veya sanığa tedbirin uygulanmak zorunda kalındığı hallerde cerrahi müdahalede bulunulması şartının bulunmaması nedeniyle birtakım ihlallerin doğabileceği değerlendirilmektedir. Bu sebeple uygulamada tedbirin uygulanmasından evvel kişilerin rızalarının alınmasının AİHM'de alınabilecek olası bir mahkûmiyet kararını önlemek bakımından uygun olacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri uygulanırken AİHS kapsamında müdahale niteliği taşıyan bir diğer hak ise adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı, hukuk devletinde yer alması gereken ve içinde birçok hakkı ihtiva eden en önemli

---

<sup>117</sup> ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 219; DURSUN, s. 2985.

haklar arasındadır. Adil yargılanma hakkı ile şüpheli veya sanık, masum olduğunu ispatlayabilecek ve hakkaniyet yerini bulacaktır.

Adil yargılanma hakkı, öncelikle bireylere suçu ispatlanana kadar masum sayılma, haklarında yapılan suçlamaları öğrenme, kanunla kurulmuş bağımsız bir mahkemede aleni bir şekilde ve makul sürede yargılanma, yargılama esnasında savunma yapabilmek için bir avukattan yararlanma, savunma hazırlamak için gerekli zaman ve imkân sağlanması, bireyin yabancı olması halinde tercümandan ücretsiz yararlanma, duruşmada bulunma, susma hakkı, iddia ve savunma tanıklarının sorguya çekmek ve çektirme ayrıca iddia tanıkları ile aynı koşullar altında dinlenmek haklarını kapsamaktadır.

Adil yargılanma hakkı, AİHS’de ve diğer uluslararası ve ulusal belgelerde tanımlanmamakla birlikte AİHS’de birtakım alt haklar sayılmış bazı alt haklar ise AİHM içtihatlarının yorumu yoluyla maddeye dâhil edilmiştir. Bu haklardan yola çıkarak adil yargılanma hakkı esasında kişilerin açtıkları veya yargılandıkları davadaki sonucun değil izlenen yolun adaletli olmasını güvence altına almaktadır. Böylece usulde izlenen adil yol, verilen kararların meşruiyetini sağlayacaktır<sup>118</sup>.

Anayasamızda adil yargılanma hakkı, önceden beri var olmakla birlikte kavramsal olarak Anayasa’ya 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun ile Anayasa’nın 36. maddesine eklenmiştir.

Anayasa m. 38 ile de adil yargılanma hakkı ile ilgili yasallık ilkesi, masumiyet karinesi, “nemo tenetur se ipsum prodere/accusare”(Hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz) gibi birtakım güvencelere yer verilmiştir<sup>119</sup>. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan alt haklardan olan yasallık ilkesi, “Nemo tenetur” yani hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kullanılamaz ilkeleri özellikle önem arz etmektedir

<sup>118</sup>TAŞDELEN, Okan, ‘‘Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi’’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, 1(7), s. 988.

<sup>119</sup>ŞENTÜRK/BAYZİT, s. 132-133.

Nemo tenetur ilkesinin masumiyet karinesinden kaynaklandığı ve bu ilke gereği şüpheli veya sanığın kendisinin suçsuz olduğunu ispatlama zorunluluğu olmadığı belirtilmektedir. Masumiyet karinesine göre, kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan kişi masumdur. Suça ilişkin iddiayı ispatlamakla yükümlü olan mercii ise savcılık makamıdır<sup>120</sup>. Bu görüş çerçevesinde kişinin kendisi ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, Anayasa ve AİHS tarafından koruma altına alınmış bir güvencedir. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri bakımından kişinin kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkını koruma altına almak amacı ile CMK m. 76'da "Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden ve örnek alınmasından kaçınılabılır" hükmü düzenlenerek adil bir yargılanmanın gerekleri sağlanmıştır.

Diğer kişiler bakımından Anayasa ve CMK ile güvence altına alınan "kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı", şüpheli veya sanık bakımından CMK'da yer alan bir düzenleme ile korunmamıştır. Bu sebeple şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama hakkı, şüpheli veya sanığın rızası hâlinde yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin delil elde etmek amacı ile uygulanmasını engelleyemeyecektir<sup>121</sup>.

Kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkı ile ilgili AİHM'in vermiş olduğu Tirado Ortiz ve Lozano Martin/İspanya Kararında; başvuranlar, rızaları hâlinde alkol testi yaptırmaları sonucu mahkûm edilmeleri sebebi ile AİHM'e şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlar, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her bireyin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. AİHM, kendini suçlamama hakkını, sanık konumunda yer alan bireyin sessiz kalma isteğine saygı duyulması olarak tanımlamıştır. Bir suçun aydınlatılması amacıyla sanıktan alınacak nefes, kan, idrar örnekleri, DNA testi ve vücut dokusunun sanığın rızasından bağımsız olarak ceza yargılamasında kullanılabileceğini açıklamıştır. Bu sebeplerle AİHM, AİHS'in 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır<sup>122</sup>. O halde ceza muhakemesinde delil elde etme amacıyla şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması işlemleri susma hakkı kapsamında

<sup>120</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 253; DURSUN, s. 2988.

<sup>121</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 518; SARSIKOĞLU, s. 697.

<sup>122</sup> CENGİZ, Serkan/DEMİRAG, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/ MCBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 1. Baskı, Kasım, 2008, Ankara, s. 136.

değerlendirilmeyecek ve ceza muhakemesini aydınlatmak amacı ile tedbirin uygulanması AİHS m. 6'ya aykırılık oluşturmayacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin müdahale oluşturduğu diğer bir önemli hak ise AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkıdır. AİHM, özel hayat kavramının tanımlanamayacak derecede geniş kapsamlı olması nedeniyle içtihatlar vasıtasıyla kavramı tanımlama yoluna gitmiştir. AİHM'e göre özel hayat, her bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü oluşturabildiği ve koruyabildiği ayrıca dış dünyayla iletişimini de sürdürebildiği mahremiyet alanından daha geniş bir kavramı ifade etmektedir<sup>123</sup>. Burada esasında anlatılmak istenen özel hayat hakkının kişinin yalnızca mahremiyet alanıyla ilgili olmadığıdır. Kişi, dış dünyayla iletişim halinde iken de maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirecek bir alana saygı gösterme hakkına sahip olmalıdır.

AİHS m. 8'i incelediğimizde; esasen dört temel hakkı içinde barındırdığı görülmektedir. Bunlar: özel hayata, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı haklarıdır. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ise özel hayata saygı hakkını ihlal eden bir işlemdir. AİHM, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün korunması hakkını özel hayat hakkı ile ilgili olduğunu kararlarında belirtmiştir. Nitekim AİHM, şüpheli veya sanığın rızası alınmadan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine maruz kaldığı durumları özel hayat hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>124</sup>.

Bu kapsamda AİHM'e yapılan Y.F./Türkiye Başvurusunda; başvuran ve eşi yasadışı terör örgütüne yardım ve yataklık ettikleri iddiası ile gözaltına alınmışlardır. Başvuran, eşinin cinsel saldırıya uğradığına ilişkin herhangi bir şikâyeti olmamasına rağmen zorla jinekolojik muayeneden geçirilmesi nedeni ile şikâyetçi olmuştur. Başvuranın iddia ettiği üzere savcı, başvuranın eşinin cinsel saldırıya uğradığına ilişkin şikâyeti kayıtlara geçirmemiştir. Bu sebeple başvuran, özel hayatın korunması hakkındaki Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğu gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, davada hükümetin tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen hallerin mevcudiyetini ispatlayamadığından ayrıca

<sup>123</sup> ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strazburg, 2012, s. 12.

<sup>124</sup> DERİCİLER, Özge Yücel, 'AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması', VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, s. 374, (<http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/dericiler.pdf>, Erişim Tarihi: 03.05.2018).



savcı tarafından da söz konusu hususların ihlal edildiğine ilişkin bir talimat verilmediğinden AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, somut olayda yapılan müdahalenin ‘yasal bir amaca hizmet ettiği’ ve ‘demokratik bir toplumda gerekli olduğu’nun hükümetçe ispatlanamadığı kararına varmıştır<sup>125</sup>.

X./Hollanda Başvurusunda ise AİHM, suç işlediğinden şüphelenen kişilere karşı hükümetin birtakım önlemlere başvurmasını makul bulmuştur. Başka bir deyişle bizim hukukumuzda ceza yargılamasını aydınlatılabilmek amacıyla uygulanan koruma tedbirleri kanuna uygun yapıldığı takdirde AİHS’e aykırılık teşkil etmeyecektir. AİHM, bu kapsamda tutuklama tedbirini dahi yasaklamazken zorunlu kan testi uygulamasının toplumun yol güvenliğinin sağlanması amacıyla uygulanabileceğini söz konusu başvuruda açıklamıştır<sup>126</sup>.

İncelediğimiz AİHM kararları doğrultusunda AİHM, bir suç soruşturması kapsamında gözaltına alınan şüphelilerin muayene edilmesini cinsel istismar ve kötü muamele karşısında bir güvence olarak görmektedir. AİHM, öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın başka bir deyişle tıbbi müdahalelerin ‘kanunlarla uyumlu’ olup olmadığını değerlendirmektedir. AİHM’in konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin AİHS'in 8. maddesini ihlal edip etmediği noktasında önem verdiği husus ise gözaltında bulunan şüphelinin cinsel saldırıya uğradığına ilişkin bir iddiasının olup olmadığına ilişkindir. Zira AİHM, cinsel saldırıya uğradıklarına ilişkin hiçbir şikâyeti olmayan başvuru sahiplerinin zorla jinekolojik muayene maruz bırakılmalarını AİHM m. 8’in ihlali olarak değerlendirmiştir. Son olarak ise söz konusu tedbire karar vermeye yetkili kimse tarafından usule uygun karar alınıp alınmadığı hususu, AİHM’in Sözleşmenin ihlaline ilişkin yaptığı incelemelerde dikkate aldığı diğer önemli bir detaydır. O halde özetleyecek olursak; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri; kanuna uygun şekilde, yetkili mercii kararı ile amaç araç orantısı gözetilerek ve demokratik bir toplumda gerekli meşru bir amaç ile gerçekleştirildiği takdirde, AİHS m. 8’in ihlaline yol açmayacaktır.

<sup>125</sup> Y.F./Türkiye, BN:24209/94, T.22.07.2003, p.33, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61247>, Erişim Tarihi: 04.05.2018; DURSUN, s. 2991; TEVFİK, Gülsoy/KÖK, Nezih, ‘*Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*’, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 5, <http://hukukdergi.ergincan.edu.tr/tibbi-mudahale-yoluyla-delil-elde-etme-yrd-doc-dr-m-tevfik-gulsoy-prof-dr-ahmet-nezih-kok/>, Erişim Tarihi: 04.05.2018.

<sup>126</sup> CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/MCBRİDE/TEZCAN, s. 80-81; DURSUN, s. 2991.

## B. Mukayeseli Hukuk Bakımından İncelenmesi

Mukayeseli hukukta beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. Hukuk sistemlerini temelde iki ana başlık altında tasnif ettiğimizde ‘Kara Avrupası Hukuku’ ve ‘Anglo Sakson Hukuk Sistemi’ olarak sayabiliriz. Bu sistemlerin özellikleri doğrultusunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine yaklaşımları da değişmektedir<sup>127</sup>.

Anglo Sakson Hukuk Sistemi, temelini İngiltere tarihinden alan İngiliz hukuk sistemini benimsemiş, geleneksel özelliklerine sadık kalarak örf ve adet hukukunu asıl kaynakları arasına almış bir sistemi ifade etmektedir. Anglo Sakson Hukuk sisteminde geleneklere sadık kalınmasının yanında mahkeme tarafından oluşturulan içtihadi bir düzen ve kanunlar çerçevesinde adalet tecelli etmektedir. Bu hukuk sisteminin içtihadi nitelikte oluşu her somut olayın ayrıntılı bir şekilde tartışılarak muhakeme edilmesi ve tarihsel birikime dayanan hukuk sistemine göre karara varılması ile işlemektedir. Anglo Sakson Hukuk Sistemi, başta İngiltere olmak üzere ABD, Kanada, Güney Afrika ve Avustralya’da uygulanmaktadır<sup>128</sup>.

Kara Avrupası Hukuk Sistemi ise ülkemizin dâhil olduğu hukuk sistemi olup kökeni Roma Hukukuna dayandırılmaktadır. Bu hukuk sisteminin ana kaynaklarının Doğu Roma İmparatoru Justinianus tarafından oluşturulan Corpus Juris Civilis isimli hukuk külliyyatını esas alan bilimsel çalışmaların olduğu ileri sürülmektedir. Kıta Avrupası, Corpus Juris Civilis’den yararlanarak hukuk alanında önemli gelişmeler kaydetmiş ve soyut ve genel nitelikli kurallardan kanunlara doğru gelişen bir yol izlemiştir<sup>129</sup>. Kara Avrupası Hukuk Sisteminde kanunlar ve normlar bir araya getirilmiştir. Yazılı olması esastır. Anglo Sakson Hukuk Sisteminden farklı olarak içtihadi nitelikte olmayıp, kamu ve özel hukuk ayrımı ve adli ve idari yargı gibi yargı ayrılıkları bulunmaktadır. Bu sistemi, başta ülkemiz olmak üzere İngiltere haricinde olan Avrupa ülkeleri ve diğer birçok ülke benimsemiştir<sup>130</sup>.

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku, Kara Avrupası hukuk sisteminin en temel özelliklerinden biri olan kanunlara dayalı bir sistemi benimsemiştir. Bu özelliği gereği tedbir, Alman Ceza Muhakemesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

<sup>127</sup> KIZILARSLAN, s. 35.

<sup>128</sup> GÜVEYİ, Nazmiye, ‘Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 1, s. 100; KIZILARSLAN, s. 35.

<sup>129</sup> GÜVEYİ, Nazmiye, s. 104.

<sup>130</sup> KIZILARSLAN, s. 35.

Alman CMK, tedbiri ‘‘Genel Kurallar’’ basklıklı birinci kitabın, ‘ ‘Bilirkişi ve Keşif’’ basklıklı 7. bolumunde duzenlemiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’na g#re, her mahkeme yanında savcılık makamı bulunmakta ve bizim sistemimizde yer aldığı Şekilde soruşturma aşamasında asıl yetki savcıdadır. Kovuşturma aşamasında ise koruma tedbirleri kural olarak hâkim kararı ile uygulanabilecek gecikmesinde sakınca bulunan haller gibi istisnai hallerde ise savcı ve lüzum olursa savcı dedektifleri, söz konusu tedbirin uygulanmasında yer alabilecektir<sup>131</sup>. Görüldüğü üzere, CMK’nın esinlendiği Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da bizim kanunumuzda olduğu gibi tedbir, hem bilirkişi ve keşif hem de koruma tedbiri niteliğin haizdir.

CMK, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nu örnek alınarak yapılan bir kanundur. CMK’nın gerekçesinde; CMK tasarısının, ‘ ‘Alman sistemine yakın ve fakat ona göre daha güvenceli bir usulü kabul ettiği’’ belirtilmektedir<sup>132</sup>. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda beden muayenesi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81/a ile 81/g maddeleri arasında duzenlenmiştir<sup>133</sup>.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81/a hükmü, beden muayenesi ile kan örneği veya sair vücut hücreleri örneği alınmasına ilişkin duzenlemeler getirmektedir<sup>134</sup>. Bu fıkra hükmüne göre, kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemek Şartıyla rızası halefind ehekim tarafından beden muayenesi yapılabileceği ve vücutundan kan örneği alınabileceği duzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre tedbir yalnızca delil elde etme amacıyla ceza yargılamasının aydınlatılabilmesi için uygulanabilecektir. 2. fıkra ise, tedbire karar verme yetkisi, hâkime ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık ve savcılık dedektiflerine tanınmıştır. 3. fıkra hükmünde ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen verilerin yalnızca ceza muhakemesinde kullanılabileceğini duzenlemiştir. Bu fıkraya göre, elde edilen verilerin kullanılmasına gerek olmadığı duruma geçildiğinde veriler derhal yok edilecektir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81/c hükmü ise, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasını duzenlemiştir. Bu

<sup>131</sup> KIZILARSLAN, s. 40.

<sup>132</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4527#>, Erişim Tarihi: 04.05.2018.

<sup>133</sup> KIZILARSLAN, s. 36.

<sup>134</sup> İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Karşılaştırılmal Ceza Hukuk Yasaları, 10. Baskı, İstanbul, 2016, s. 320; DOĞAN, Zehra Başer, ‘ ‘Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Saığın Vücutundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar’’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:2, Temmuz 2017, (<https://jurix.com.tr/article/9663>, Erişim Tarihi: 24.06.2018).

hükümün ilk fıkrasında diğer kişiler, şüpheli veya sanığa göre ceza muhakemesi ile doğrudan bağlantılı olmamaları nedeniyle daha çok koruma altına alınmıştır. Diğer kişilerin beden muayenesi rızalarının olmadığı hallerde yalnızca belirli bir izin olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır. 2. fıkrada soy bağının tespitine ilişkin hükümler düzenlenmiştir<sup>135</sup>.

Alman kanun koyucu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81c/6. maddesinde ise şüpheli dışında tanık olarak dinlenecek kişilerin beden muayenesinin uygulanmasına rıza göstermedikleri durumlarda söz konusu tanıkların belirli şartlar altında zorlanabileceği ve bunun için hâkimin özel olarak karar vermesi gerektiğini açıkça düzenlemiştir<sup>136</sup>.

CMK, her ne kadar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan esinlense de CMK'da tedbir konusunda birtakım farklı düzenlemeler mevcuttur. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, beden muayenesini iç ve dış beden muayenesi şeklinde tasnif etmemiştir. Bunun yerine beden muayenesini basit muayene ve vücuda müdahale şeklinde ikiye ayırarak düzenleme yoluna gitmiştir. Basit muayene, yaşayan bir insanın vücudunun veya vücudu içinde bulunan yabancı maddelerin tespit edilmesi işlemidir. Bu işlemin bir hekim tarafından yapılma zorunluluğu yoktur. Basit muayene de kişinin genel olarak vücudunda yer alan laserasyon, ekimoz gibi morlukların tespiti veya saç sakalın kesilmesi işlemleri yapılmaktadır. Başka bir anlatımla basit muayene, kişinin bedeninin genel özelliklerini veya bedeninde yer alan her bir parçayı, vücudun doğal boşluklarında yer alan yabancı maddeleri, kişinin psikolojik durumunu, akli melekelerinin yerinde olup olmadığını bedene hiçbir müdahale gerçekleştirilmeden tespit etme işlemidir<sup>137</sup>.

Vücuda müdahale ise, yaşayan insan vücudundan biyolojik örnekler alınması, vücuda bir madde verilmesi veyahut ameliyat yoluyla vücudun iç kısmına müdahale edilmesine denilmektedir. Vücuda müdahale işlemi, yalnızca hekim tarafından yapılmak zorundadır. Burada basit muayene ile vücuda müdahale ayrımında esas alınan ölçü vücuda acı vermesi ya da tıbbi aletlerin kullanılması olmayıp esas kriter

<sup>135</sup>GÜLSOY, Tevfik/KÖK, Nezh, “*Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 1-21, <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/tibbi-mudahale-yoluyla-delil-elde-etme-yrd-doc-dr-m-tevfik-gulsoy-prof-dr-ahmet-nezh-kok/>, Erişim Tarihi: 05.05.2018; KIZILARSLAN, s. 40.

<sup>136</sup>DOĞAN, Zehra Başer, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:2, Temmuz 2017, (<https://jurix.com.tr/article/9663>, Erişim Tarihi: 24.06.2018).

<sup>137</sup>KIZILARSLAN, s. 151.

kişinin sağlığını tehlikeye düşürüp düşürmediğidir<sup>138</sup>. Vücuda müdahalenin söz konusu olduğunda kişinin bedeninde kısmi de olsa yaralanmaya neden olabilecek müdahaleler gerçekleştirilmektedir<sup>139</sup>.

CMK ise, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan beden muayenesi ve hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücuda yapılan diğer müdahaleler kavramları yerine iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramlarını tercih etmiştir. O halde Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda yer alan beden muayenesinin( basit muayene) CMK'daki karşılığı dış beden muayenesi, vücuda yapılan müdahalenin ise iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması diyebiliriz.

Öğretide, CMK'nın iç beden muayenesi, dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin tasnifinin doğru olmadığı öne sürülmüştür. Bu görüşe göre; söz konusu kavramlar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer aldığı gibi düzenlenmelidir. Örneğin vücuda müdahale niteliğini taşımayan tüm işlemleri dış beden muayenesi, vücuda müdahaleyi gerektiren muayene ve örnek alma işlemleri ise iç beden muayenesi olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce de CMK, özellikle vücuttan örnek alma tedbiri kapsamında yer alan en basit işlemlerde dahi hâkim kararını zorunlu kılması sebebiyle yargılama gecikmekte ve delil kaybı riski gündeme gelebilmektedir. Örneğin; kişinin ağzından alınacak bir sıvı ile DNA incelemesi yapılmak istendiğinde vücuttan örnek almaya ilişkin şartlara uyulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu işlem, her ne kadar vücuttan alınan biyolojik bir salgı olsa da şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürmemekte veya onur kırıcı, alçaltıcı bir nitelikte değildir. Bu işlemin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olduğu gibi basit muayene olarak değerlendirilmesi ile ceza yargılaması daha iyi işleyecektir. Bu sebeple, CMK'nın yeniden düzenlenerek Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tedbirle ilgili tanımlamalara göre beden muayenesi ve örnek almanın kapsamı belirlenmelidir<sup>140</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise, şüpheli veya sanığın elbiselerinin çıkarılarak arama yapılması işlemini, onur kırıcı ve alçaltıcı nitelikte bulmuştur. Bu sebeple Mahkeme, her ne kadar ceza yargılamasının gerçekleşebilmesi amacıyla birtakım koruma tedbirlerinin uygulanmasına izin verse de uygulanan tedbirin

<sup>138</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2003, s. 289-290.

<sup>139</sup> KIZILARSLAN, s. 152.

<sup>140</sup> KIZILARSLAN, s. 151.

ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde yapılmasını şart koşmuştur. Mahkemeye göre, çıplak arama, yalnızca kamusal yararların ciddi şekilde tehlike altında olduğu durumlarda şüpheli veya sanığın bedeninde bir şey sakladığına ilişkin somut dayanak noktaları var ise yapılabilecektir. Mahkeme, bu şartların gerçekleşmediği hallerde yapılan arama işlemi hukuka aykırı nitelikte değerlendirmektedir<sup>141</sup>.

Anglo Sakson hukuk sisteminin öncüsü olan İngiltere, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından Kara Avrupası Hukuk Sisteminden farklı bir mevzuata sahiptir. CMK'nın hükümet tarafından hazırlanan tasarısında; İngiltere'de ilgilinin rızası olmadıkça vücuttan örnek alma işlemi yapılamayacağı fakat hâkimin söz konusu durumu sanık aleyhine yorumlayabileceği belirtilmiştir<sup>142</sup>. İngiliz adli sisteminde yapılan ceza yargılaması sürecinde bilimin kullanılması için kişinin sağlığının ön planda tutularak yargılamanın dikkatli yapılması gerektiği öne sürülmüştür<sup>143</sup>. Ayrıca İngiliz otoriteleri, gerçeğe ulaşmak amacı ile DNA analizini diğer kanıtlardan daha etkin bulmaktadırlar<sup>144</sup>.

İngiliz Hukuk Sisteminde Kara Avrupası Hukuk Sisteminden farklı olarak hem yasama organının gerçekleştirdiği hukuk hem de içtihatlar hukuku esas alınarak mahkemeler tarafından oluşturulan hukuk sistemi yer almaktadır. Başka bir anlatımla bu sistemde hukuk kaynaklarını parlamento ve mahkemeler oluşturmaktadır. Parlamento ise Avam Kamarası ve Lorlar Kamarasından oluşmaktadır. Bununla birlikte Parlamento tarafından hazırlanan bir kanun tasarısı ancak Kraliyet tarafından onaylandığı zaman kanun niteliği kazanabilmektedir<sup>145</sup>.

İngiliz Hukukunda soruşturma aşamasında yer alan en önemli aktör polistir. Savcılık makamı ise polisle birlikte görev yapmaktadır. Bununla birlikte polis, soruşturma aşamasında savcıdan talimat almamakta soruşturmayı tamamı ile kendi yürütmektedir. Polis, suç soruşturmasını başlatabilmek amacı ile delilleri kendisi araştırıp bulmakta ve davayı açıp açmamaya re'sen karar vermektedir. Bu sebeple İngiliz hukukunda, konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanması da polis kararı ile olmaktadır. Polis, 1984 yılına kadar, Anglo

<sup>141</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 285-286.

<sup>142</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=3354#>, Erişim Tarihi: 05.05.2018.

<sup>143</sup> ROBERT, Paul, "Science, Experts and Criminal Justice", The Handbook of The Criminal Justice Process, Edited by McConville, Mike/Wilson Geoffrey Oxford University Press, 2002, New York, s. 254.

<sup>144</sup> ROBERT, s. 259.

<sup>145</sup> GÜVEYİ, Ümit, "Türk Hukukunda ve İngiliz Hukukunda Yakalamaya Dair Kısa Bir Karşılaştırma", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Aralık, 2015, s. 23 vd.

Sakson Hukuk Sisteminin yıllardır geliştirdiği içtihatlarla dayanılarak yapılan ‘Judges Rules-Yargıçlar Yasası’na göre sanık aleyhine delilleri toplamakta iken 1984 yılında yürürlüğe giren ‘Polis ve Cezai Kanıt Yasası’ ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerini ne şekilde yapacağı hükme bağlanmıştır. Bu kanunlar çerçevesinde; İngiltere’de vücuttan parça alınması için ilgilinin rızasının varlığı şarttır. İngiltere Hukuku, vücuttan parça alma bakımından rıza kavramına oldukça önem vermekle birlikte sağlığı tehlikeye düşürmeyecek vücuttan örnek alma işlemleri için hâkim kararı aramamakta ve pek çok suç türünde şüphelilere müdahale niteliği taşımayan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerini uygulamaktadır. Böylece İngiltere, DNA Veri bankası oluşturarak birçok suçun aydınlatılmasını sağlamaktadır<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> KIZILARSLAN, s. 46-47.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEDBİRİN ŞARTLARI, BENZER NİTELİKTEKİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI, DENETİMİ

#### I. TEDBİRİN ŞARTLARI

##### A. Şüpheli ve Sanık Bakımından

##### 1. Şüphe Bakımından

Bir suç soruşturmasına başlanabilmesi için savcılık makamının kanunlarda belirtilen bir suçun işlendiği hususunda şüphe duyması gerekmektedir. Şüphe kavramı, ceza yargılamasına başlanması için gerekli olduğu gibi ceza yargılamasının her aşamasında gerekli olan ve sorgulanan bir kavramdır. Şüphe kavramına daha çok iddianamenin düzenlenmesi aşamasında koruma tedbirleri uygulanacağı zaman başvurulmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, keşif ve bilirkişi özelliklerine sahip olmakla birlikte ağırlıklı olarak bir koruma tedbiridir. O halde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kararı verilirken aranan şüphe derecesi son derece önem taşımaktadır<sup>147</sup>.

Şüphe, ansiklopedik tanımıyla insan zihninin karar verme aşamasında duraksaması, birçok düşünce arasında kararsızlık yaşamasıdır. Ceza muhakemesi hukuku bakımından ise şüphe, soruşturma aşamasının başında savcının birtakım delillere dayanan ve olası bir tahminden ibaret olan değerlendirmesi, soruşturmanın ilerleyen evrelerinde ve kovuşturmada ise delillerin artması ile birlikte sanığın aleyhine veya lehine oluşan kanıdır. Bu durumda şüphe olmadan hiçbir muhakeme işleminin yapılması, koruma tedbirlerinin uygulanması ve ceza yargılamasının tamamlanması mümkün değildir. Yetkili makamlar, suç şüphesi üzerine elde ettikleri deliller üzerinden bir muhakeme yaparak maddi gerçeğe ulaşabilmektedirler<sup>148</sup>.

Ceza Muhakemesinde şüphe dereceleri basit ve yoğun şüphe olarak ikiye ayrılmıştır. Yoğun şüphe ise kendi içinde yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak derecelendirilmiştir. Şüphe dereceleri, delil ve emarelerin kuvvetli ya da zayıf

<sup>147</sup>ŞAHİN, İlyas, ‘Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, Y. 2014, s. 100.

<sup>148</sup>ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 438.



olmasına göre belirlenmektedir. Delillerin kuvvetinin az, basit ve yetersiz olduğu durumlarda basit şüpheden, deliller sayıca az değilse ve daha yeterli ve kuvvetli ise yoğun şüpheden söz edilmektedir. Yoğun şüphenin bulunduğu durumlarda ise kuvvetli şüphe, yeterli şüpheden daha yoğun bir şüphe derecesini ifade etmektedir. Örneğin; CMK 170/2'ye göre, iddianamenin düzenlenmesi için yeterli şüphe aranmaktayken, tutuklama, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için kuvvetli şüphe aranmaktadır<sup>149</sup>.

Şüphe, izah edildiği üzere ceza yargılamasının her aşamasında bulunması gereken bir özellik olup CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerinin en önemli özelliklerinden biridir. Bir koruma tedbirinde aranacak şüphe derecesi belirlenirken o tedbirin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin yoğunluğu esas alınmalıdır<sup>150</sup>. Uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amaç ve şüpheli/sanığın temel haklarının ihlal derecesi gözetilerek seçilmelidir. Şayet somut olayda şüphe derecesi, uygulanacak tedbirin aradığı yoğunlukta değilse özgürlükleri daha az kısıtlayan başka koruma tedbirleri ile muhakeme sağlıklı bir şekilde yürütülmeye çalışılmalıdır.

Tedbir, kişinin Anayasal haklarından olan maddi ve manevi varlığını devam ettirme ve geliştirme hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkı gibi son derece önemli hakları ihlal etmektedir. Bu sebeple CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için bir suçun işlendiğine ilişkin şüphe aranmaktadır. Fakat CMK'nın aradığı şüphenin yoğunluğu belirtilmemiştir.

CMK'ya göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, yalnızca bir suç soruşturması veya kovuşturmasını aydınlatmak amacıyla şüpheli/sanık üzerinde uygulanabilecektir. Bu amacı taşımayan veri bankası oluşturmak, insan üzerinde bilimsel deneyler yapmak ya da toplumsal birtakım kaygılarla bekâret kontrolleri yapılması, CMK'nın uygulama alanına girmemektedir<sup>151</sup>.

CMK'nın tedbirin uygulanması bakımından bir suçun işlendiği konusunda şüphenin varlığını aradığı net bir şekilde belirtilmiştir. Peki, şüphenin olması gereken bir yoğunluğu var mıdır ya da yalnızca basit şüphe ile tedbire karar verilebilecek midir? Bu konuda birçok yazarın farklı görüşü bulunmaktadır. Öncelikle CMK'nın

---

<sup>149</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 439.

<sup>150</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 251.

<sup>151</sup> KIZILARSLAN, s. 224.

esinlendiği Alman Hukukunda muayene türüne göre ve örnek almanın şüpheli veya sanığın sağlığını riske sokma derecesine göre şüphe derecesi belirlenmiştir.

CMK'nın mehz aldığı Alman hukukunda, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması izni, belirli bir şüphe yoğunluğuyla doğrudan ilgili görülmemiş fakat tedbirin uygulanmasının orantılılık ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kan örneği alınabilmesi için soruşturma açmak için aranan şüphe, vücuttan alınan diğer ağır nitelikteki biyolojik materyaller için ise tutuklama nedeni oluşturacak şüphe derecesi aranmıştır<sup>152</sup>.

Doktrinde belirtilen bir görüşe göre; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirinin uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın söz konusu suçu işlediğine ilişkin somut tutanak noktalarına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>153</sup>.

Bu görüşe paralel başka bir görüş ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine, soruşturma evresini başlatmayı haklı görece ölçüde suç şüphesi var ise başvurulmalı, suç şüphesi bulunmadan müdahale sonucu şüphe ortaya çıkacak ise tedbire başvurulmamalıdır. Bu görüşe göre, CMK m. 160'1'de, Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiğinden şüphe etmesi durumunda işin gerçeğini araştırmaya başlaması ile birlikte yani basit şüphenin varlığı halinde tedbirin uygulanmasına karar verebilecektir<sup>154</sup>. Zira tedbir, başlamış bir suç soruşturmasında delil elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple bir suç soruşturmasına başlamak amacı ile tedbire hükmedilmemesi gerekmektedir<sup>155</sup>.

Tedbirin uygulanmasında kuvvetli şüphe aranması gerektiği yönünde olan görüşe göre ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliği taşıması sebebi ile CMK'nın 74. maddesinde düzenlenen gözlem altına alma koruma tedbiri gibi şüpheli veya sanığın suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphe olduğu durumlarda tedbirin uygulanmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> KIZILARSLAN, s. 224.

<sup>153</sup> ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s.140; KIZILARSLAN s. 521.

<sup>154</sup> CENTEL/ZAFER, s. 276.

<sup>155</sup> ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s.140; ÖZTÜRK, KAZ ANCI/GÜLEÇ, s. 213.

<sup>156</sup> YILDIRIMKAL, Yener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Danışman: ÖZBEK, Veli Özer), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül

Kanaatimizce; tedbire CMK m.160/1'de aranan başlangıç şüphesi başka bir deyişle basit şüphe ile başlanması isabetlidir. Tedbir her ne kadar kişinin Anayasal haklarından olan maddi ve manevi varlığını devam ettirme ve geliştirme hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkı gibi son derece önemli hakları ihlal etse de ve bu sebeple en ağır şüphe derecesi olan kuvvetli şüphenin aranması gerektiği yönünde bir düşünce hâsıl olsa da bu düşünce, ceza muhakemesinin işlemesine engel olacak niteliktedir.

Bir suç soruşturmasında yalnızca kuvvetli şüphenin olduğu durumlarda yani dosyanın geldiği aşamaya kadar elde edilen bilgilerin şüpheli/sanığın suçu işlediği konusunda büyük bir ihtimal görüldüğü hallerde tedbire karar verilirse, birçok masum şüpheli veya sanığın aklanma hakkı ortadan kalkacak ve ceza yargılaması sağlıklı bir şekilde işleyemeyecektir. Bu sebeple hâkim veya mahkeme, her somut olayın özelliğine göre sarraf terazisinde hareket ederek bir muhakeme yapmalı ve tedbirin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermelidir. Örneğin tedbire maruz kalacak şüphelinin sağlık durumu tedbirin uygulanması ile riske girecekse ya da elde edilmesi muhtemel olan delil, şüpheliye verilecek zarara oranla muhakemenin işleyişine bir etkisi olmayacak ise tedbire başvurulmamalıdır.

CMK, tedbire hükmedilebilmesi için aranması gereken şüphe derecesini açıkça kanun metninde belirtmelidir. Şüphe derecesinin kanun ile belirtilmemiş olması, kanunu uygulayanlar bakımından zorluk oluşturduğu gibi tedbire maruz bırakılan kişiler bakımından da hak ihlallerinin doğmasına elverişlidir. Bu sebeple gerek şüpheli ve sanık bakımından gerekse diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin her biri için ayrı ayrı şüphe dereceleri kanun ile düzenlenmesi yerinde olacaktır.

## **2. Tedbire Karar Verecek Makam Bakımından**

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümler, CMK'nın 75. 76. ve 77. maddeleri ile Yönetmelikte düzenlenmiştir. CMK'nın 75. maddesine göre; şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ve vücutundan örnek alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunana hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. CMK'da belirtilen söz konusu

hâkim, soruşturma evresinde yer alan sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise suça ilişkin yargılamayı yapan hâkim veya suçun niteliği göre mahkemedir<sup>157</sup>.

İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği fakat söz konusu kararın yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulması ve onaylanması zorunluluğu getirilmiştir. Aksi halde elde edilen deliller hukuka aykırı nitelik taşıyacak ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerin kaybolması ya da şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halini ifade eder. Gecikmesinde sakınca bulunması gereken hal kavramı, ceza muhakemesi hukukunda kuralların istisnasını oluşturan bir kavram olup koruma tedbirlerinde savcıya bu hak, delillerin kaybolmasını önlemek ve ceza muhakemesinin işlemlerini sağlamak için tanınmış hukuka uygun bir kavramdır<sup>158</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde CMK, soruşturma aşamasında yalnızca Cumhuriyet savcısına tedbirin uygulanmasına karar verme yetkisi vermiştir. Doktrinde soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kavramının niteliği gereği bu yetkinin sonradan hâkim veya mahkemeye onaylatılması koşulu ile kolluğa da verilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Kolluğa yetki verilmemesi sonucu muhakemeye ilişkin delillerin kaybolacağı, muhakemenin yapılamayacağı belirtilmiştir<sup>159</sup>.

Kanaatimizce, ceza yargılamamasının işleyebilmesi için yalnızca kuralların istisnası niteliğinde bulunan hallerde ve soruşturma aşamasında şüphelinin kaçma, delilleri karartma olasılığı bulunduğu anda Cumhuriyet savcısına tedbire karar verme yetkisi verilmiş olup kolluğun bu yetkiyi bizzat kullanması yerinde olmayacaktır. Kolluk, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısından tedbirin uygulanmasını derhal talep edebilir ve böylece delillerin kaybolmasının önüne geçilebilir. Aksi halde, kolluğa tedbirin uygulanma kararının verilmesi durumunda

---

<sup>157</sup>ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 522.

<sup>158</sup>SARSIKOĞLU, s. 708.

<sup>159</sup>CENDEL/ZAFER, s. 278.

kişinin vücut dokunulmazlığı hakkının ihlali ve maddi ve manevi duygularının zedelenmesi sıklıkla meydana gelebilecek, şüpheli ve sanık hakları ihlal edilecektir.

CMK’da iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma kararının kim tarafından verileceğini açıklanmıştır. Fakat dış beden muayenesi konusunda kimin karar vereceği hususu tartışmalıdır. CMK’da dış beden muayenesine yer verilmemişken Yönetmelik, dış beden muayenesinin şüpheli ve sanık üzerinde Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabileceğini düzenlemiştir.

Görüldüğü üzere; Yönetmelik metninde açık bir şekilde tedbiri talep edebilecek kişiler gösterilmiş fakat tedbire kimin karar verebileceği net bir şekilde açıklanmamıştır. Yönetmelik metni, şayet tedbir kararını Cumhuriyet savcısı, emrindeki adli kolluk veya hâkim ve mahkemenin verebileceği kast ediliyorsa, Yönetmelik, CMK ile uyuşmamaktadır. CMK, dış beden muayenesinden bahis etmediğine göre, iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin kıyasla dış beden muayenesi hakkında da uygulanabileceği doktrinde yer alan görüşlerdendir<sup>160</sup>. Bu görüşle zıt başka bir görüşe göre ise, dış beden muayenesi tedbirinin uygulanabilmesi için karar gerekmediği, Yönetmelikte belirtilen kişilerin talebi ile gerçekleştirilebileceği yönündedir<sup>161</sup>. Bu sebeple CMK’nın dış beden muayenesini kimin talep edebileceği ve kim tarafından karar verebileceği hususlarını düzenlemesi gerekmektedir. Dış beden muayenesi, iç beden muayenesi kadar bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil etmese de koruma tedbiri özelliği ağır bastığı için kanunla bu hususların aydınlatılması gerekmektedir. Aksi bir hal, Anayasada yer alan vücut dokunulmazlığı hakkına yalnızca kanunda gösterilen hallerde müdahale edilebileceğine ilişkin düzenlemeye aykırılık teşkil edecektir.

CMK’ya göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını talep etme yetkisi mağdur, Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemeye verilmiştir. Kanun metninde yazılmamış olsa da şüpheli veya sanığın da bu tedbiri talep etme hakkı olmalıdır. Şüpheli veya sanık kanunda belirtilen şartların uygun olması halinde masum olduğunun ispatlamak amacı ile tedbirin uygulanmasının talep edebilmelidir. Zira şüpheli veya sanığın talep etmesine rağmen söz konusu tedbirin uygulanmaması bireylerin kendi lehine delil sunma hakkının engellenmesi sonucunu doğuracaktır.

---

<sup>160</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 451.

<sup>161</sup> CENTEL/ZAFER, s. 278.

Tedbire karar veren makam bakımından tartışmalı olan diğer bir husus da, şüpheli veya sanığın tedbirin uygulanmasına rıza gösterdiği hallerde tedbir için hâkim veya mahkeme kararın gerekli olup olmadığı noktasındadır. Öncelikle CMK, şüpheli veya sanığın rızası haline ilişkin bir istisnaya yer vermemiştir. Yönetmeliğin 18. maddesinde ise yalnızca mağdurun rızası halinde karar alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Doktrinde yer alan yaygın görüşe göre, şüpheli veya sanığın rıza göstermiş olması muhakemede karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır<sup>162</sup>. Aksi görüşe göre ise, şüphelinin aydınlatılmış rızası varsa beden muayenesinin yapılabileceği yönündedir<sup>163</sup>. Kanaatimizce, Şüpheli veya sanığın rızası söz konusu olsa bile hâkim kararı aranması gerektiği görüşü isabetlidir. Çünkü hâkim kararı olmaksızın yalnızca şüpheli veya sanığın beyanı ile temel hak ve özgürlüklere müdahale etmek birçok hal ihlalinin doğmasının yolunu açacaktır. Rızanın varlığının kabulü ile tedbirin uygulanması, şüpheli veya sanıktan rıza alındığı öne sürülüp tedbire haksız yere ve orantısız bir şekilde başvurmaya müsaittir. Bu sebeple tedbirin amaca uygun olarak uygulanması için hâkim veya mahkeme kararı zorunlu olmalıdır.

### **3. Tedbiri Uygulayacak Kişi Bakımından**

CMK'nın 75/3. maddesine göre, iç beden muayenesi ve vücuttan kan veya biyolojik örnek alınması işlemi ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK'nın 01.06.2005 tarihli, 5353 sayılı Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde ise şüpheli veya sanığa yapılacak müdahalelerin ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

Ceza Kanunlarında değişiklik yapan kanunların değiştirdikleri kanunu bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından daha ileri bir noktaya taşınması gerekirken söz konusu değişiklik sonrası şüpheli veya sanığa yapılacak muayene veya müdahaleler yalnızca hekim ve hekim gözetiminde uygulanması şartından çıkmıştır. Sağlık meslek mensubu olan kişilerin şüpheli veya sanığa karşı tedbiri uygulamalarına olanak verilmiştir. Maddenin değişikliğe uğramadan önceki

<sup>162</sup>CENTEL/ZAFER, s. 278; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 522.

<sup>163</sup>KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 864.

halinin vücut dokunulmazlığı hakkı bakımından çok daha isabetli bir düzenleme olduğu açıktır.

Yönetmeliğin 4 ve 5. maddelerinde, şüpheli veya sanığın iç ve dış beden muayenesinin ancak bir tabip tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6. maddesi ise vücuttan örnek alma işleminin ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde bir sağlık meslek mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemiştir. Yönetmelik ile CMK, bu noktada ayrışmaktadır. Her ne kadar Yönetmelikler kanunlara aykırı hükümler içermese de Yönetmelik, şüpheli ya da sanığa tedbirin uygulanması hakkını hekim olmadan direk sağlık meslek mensubu bir kişiye vermeyerek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini CMK'ya nazaran daha çok koruma altına almıştır.

Yönetmeliğin iç ve dış beden muayenesini yalnızca tabibin yapabileceğini düzenlerken vücuttan örnek alma işlemi için tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık meslek mensubu bir kişiye yetki tanınması düşündürücüdür. Vücuttan örnek alınması, özellikle dış beden muayenesine göre hâkim kararının zorunlu olduğu ve niteliği gereği şüpheli veya sanık sağlığını daha çok riske sokan bir işlemdir.

Kanun ve Yönetmelikte geçen tabip başka adıyla hekim, tıp doktorudur. Şüpheli veya sanığın hem beden muayenesi hem de vücuttan örnek alma işleri yalnızca hekim tarafından yapılmalıdır. Çünkü tıbbi açıdan beden muayenesinin içine vücuttan örnek alma işlemi de girmektedir. Bu işlemleri ayrı ayrı değerlendirmek adli tıbbi değerlendirme açısından mümkün değildir.

Tedbiri, yalnızca tabibin uygulaması gerektiği gibi tabibin mesleki uygulamaları sırasında tıbbi etik kurallarına da uyması gerekmektedir. Tabip tarafından yapılan beden muayenesi işlemi, öykü alma ve fizik muayene ile ön teşhis ya da teşhisler konulmakta sonrasında ise laboratuvar ve radyolojik tetkiklerle sonucu kesin teşhis konulabilmektedir<sup>164</sup>.

Tabip tarafından yapılan muayenenin son derece uzmanlık gerektiren ve tıp bilgisi dâhilinde yapılabildiği aşikârdır. Hal böyle iken Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanan sağlık mensubu diğer kişiler olan; eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerce tedbirin uygulanması şüpheli veya sanığın sağlığı açısından son derece tehlikelidir. Tedbirin uygulanmasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple

<sup>164</sup>İNANICI, Mehmet Akif, 'Ulusal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması'', Fasikül Hukuk Dergisi, Haziran, 2010, Sayı:7, s. 28.

beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemi, yalnızca tabip ve tabip gözetiminde sağlık meslek mensubu bir kişi tarafından yapılmalı, müdahale tıpta uzmanlık gerektiren bir işlem ise müdahaleyi mutlaka uzman hekim yapmalıdır<sup>165</sup>.

#### **4. Tedbire Maruz Kalan Kişinin Sağlığı Bakımından**

Ceza muhakemesinde yer alan koruma tedbirlerinin en önemli özelliklerinden biri orantılılıktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirinin de orantılılık ilkesi çerçevesinde uygulanabilmesi için esas aldığı önemli nokta, kişinin sağlığının korunmasıdır. Tedbirin uygulanması sonucu elde edilebilecek delil ile kişide yaratacağı sağlık riski arasında orantı olmalı şayet kişinin sağlığı zarar göreceksa hiçbir şekilde tedbire başvurulmamalıdır. Keza Anayasa da vücut bütünlüğünü ve yaşama hakkını koruyucu düzenlemeler getirerek bireylerin maddi ve manevi varlıklarını korumaya verdiği önemi göstermiştir Bu sebeplerle, tedbirin tabip veya sağlık meslek mensubu diğer bir kişi tarafından uygulanabilmesi için CMK'ya göre kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Yönetmelik de CMK ile paralel şekilde tedbirin uygulanabilmesi için kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir şekilde zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiğini düzenlemiştir.

Tedbirin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verip vermeyeceğini tabip veya sağlık meslek mensubu bir kişi belirleyecektir. Bu görüşe göre, hâkim veya savcı, bilirkişi niteliğine haiz olan tabibin belirlediği sonuç ile bağlıdır. Şüpheli veya sanığın sağlık durumu elverişsizse tedbirin uygulanması ileri bir tarihe bırakılabilir<sup>166</sup>. Bilirkişinin bağlayıcılığı noktasında ayrılan başka bir görüşe göre ise, C. Savcısı ve hâkimin müdahalenin uygulanması ile kişinin sağlığının zarar görüp görmeyeceğini belirlemesi olanaksızdır. Bu durumda hâkim veya mahkeme, şüpheli veya sanığın sağlığının tehlikeye düşebileceğinden endişe ettiğinde bilirkişiyeye başvurulmalıdır. Fakat bilirkişinin görüşü bağlayıcı nitelikte değildir<sup>167</sup>.

Öğretide hâkimin bilirkişinin görüşü ile bağlı olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunsa da CMK m.63'te hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olmayan, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulabileceği belirtilmiştir.

<sup>165</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 140; KIZILARSLAN, s. 524.

<sup>166</sup> YURTCAN, s. 310.

<sup>167</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 523.



Hâkim veya mahkemeye bilirkişiye başvurma hakkı verilmiştir. Fakat bu hak, bir zorunluluk değildir. Bilirkişinin görevi, hâkimin uzmanlık alanı dışında inceleme konusu olan delilleri bulmak ve değerlendirmektir. Bilirkişiye başvurma konusunda genel kural bu şekilde olsa da, hâkim, ceza muhakemesinin işleyebilmesi için tıbbi bir işlem yapılmasına ihtiyaç duymuşsa muhakkak bilirkişiye başvurulmalıdır. Hâkim, tıp lisansı gerektiren bir işlemin yapılmasında tabip yerine işlem yapamaz<sup>168</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.05.2014 T. 2014/3-1 E. 2014/256 K. sayılı kararında, kasten yaralama suçuna ilişkin yapılan yargılamada, adli tıp uzmanı tarafından verilen raporda yüzde sabit iz oluştuğuna ilişkin herhangi bir tespite yer verilmemesine rağmen adli tıp kurumundan rapor alınmaması sebebi ile karar bozulmuştur. Yargıtay'a göre; ceza muhakemesinde bazı durumlarda bilirkişiye başvurmak bir zorunluluk gösterebilmektedir<sup>169</sup>.

Kanaatimizce, C. Savcısı, Hâkim veya Mahkemenin şüpheli veya sanığın sağlığının tehlikeye düşeceği durumları tespit etmesi mümkün değildir. Kişinin sağlığına zarar vermeme kavramı, karar merciin bilirkişiye başvurmadan takdir edebileceği bir uzmanlık alanı değildir. Her ne kadar CMK gereği hâkim veya mahkemenin tedbirin uygulanması konusunda uzmanlık ve mesleki tecrübe gerektiren bilgilere sahip tabibin bir başka deyişle bilirkişinin görüşüne başvurması zorunlu olmasa da beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, istisnai niteliktedir. Bu tedbirin uygulanacağı hallerde mutlaka tıbbi bilirkişiye başvurulmalıdır.

<sup>168</sup>ÖZKARA, Erdem, Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp, 2. Baskı, Şubat, 2017, Ankara, s. 36.

<sup>169</sup> '...Ceza muhakemesinde bir sorunun çözümünün uzmanlığı ya da özel ya da teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğine bilirkişi görevlendirmekle yetkili olan Cumhuriyet savcısı veya hâkim karar verecek, bilirkişi kendiliğinden bir rol üstlenemeyecektir. Esasen incelenen davanın bilirkişisi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının kendisi olup, kural olarak bilgisi, kültürü ve müktesebatı ile önüne gelen bir konuyu çözmek yeteneğine sahiptir. İhtisasa ilgisi bulunmayan hallerde bilirkişinin mütalaasına başvurulmasında kanuni bir zorunluluk bulunmamaktadır. CMK'nın 63. maddesinde de bilirkişinin oy ve görüşüne karar verilebileceği belirtilmek suretiyle bilirkişiye başvurmak zorunlu kılınmamıştır. Bununla birlikte maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinen ceza muhakemesinde bazı durumlarda işin niteliği gereği bilirkişiye başvurulması zorunluluk arz edebilmektedir. Kanun koyucunun uzmanlığa, özel veya teknik bir bilgiye ihtiyaç bulunduğunu baştan kabul ettiği, örneğin; CMK'nın 73. maddesi uyarınca sahte para ve değerler üzerinde inceleme yapılması, 74. maddesi uyarınca şüpheli veya sanığın akıl sağlığının incelenmesi, 75 ve 76. maddeleri uyarınca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, 78. maddesi uyarınca moleküler ve genetik incelemeler yapılması, 86 ve 87. maddeleri uyarınca ölünün adli muayenesi ve otopsi, 89. maddesi uyarınca zehirlenme şüphesi üzerine yapılacak işlemlerde bilirkişi incelemesi yapılması zorunludur. Kanun koyucu, bu durumlarda bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunluluğunu kendisi belirlemiş ve böylece bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olan merciin, sorunun çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldırmıştır...' YCGK, 13.05.2014, 2014/3-1 E. 2014/256 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018).

CMK'da kişinin sağlığına zarar vermeme kavramına kişinin bir miktar acı çekmesi, sıkılması, rahatsızlık duyması dâhil değildir. Bununla birlikte yapılan işlem, uzun süre etkisini devam ettiriyorsa ve kişinin ruh sağlığını bozacak nitelikteyse tedbire başvurulmamalıdır<sup>170</sup>. Muayene ve örnek alma, bir koruma tedbiri özelliği taşıması sebebi ile bir miktar zorlamayı içermektedir. Burada kamu gücü kullanılmasının sınırı kişinin en temel hakkı olan yaşama hakkına müdahale edilmemesidir. Kişinin yaşama hakkı, her türlü kamu menfaatinden üstündür<sup>171</sup>.

CMK, tedbire maruz kalan şüpheli veya sanığın sağlığına zarar vermeme koşuluna yer vermiştir. Fakat şüpheli veya sanığın rızasının olmadığı hallerde zorla yapılan muayeneye ilişkin kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. CMK'da zorla muayenenin düzenlenmemiş olması uygulamada birtakım sorunlar doğmasına yol açabilecek niteliktedir. Adli tıp doktorları, kişinin zorla muayene edilmesinin tıbbi etik kurallarına uymadığını ayrıca kişinin rızası halefinde yapılan muayenenin birtakım komplikasyonlara yol açarak kişinin sağlığını tehlikeye düşürebileceğini savunmuşlardır. Öğretide yer alan bazı hukukçulara göre ise, zorla muayene, kişinin kendisi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesine aykırıdır<sup>172</sup>.

AİHM, ceza yargılamasının işlemesi için koruma tedbirlerinin uygulanmasını yasaklamamakta fakat tedbirin uygulanma aşamasında tedbirden elde edilen sonuç ile şüpheli veya sanığın sağlığının tehlikeye düşme riskinin hesaplanması gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, hâkim veya mahkeme, öncelikle kişinin sağlığından endişe ettiği durumlarda her ne kadar bilirkişiye başvurma zorunluluğu olmasa da bilirkişi niteliğine haiz hekimlerin tıbbi değerlendirmesini esas alarak tedbir kararı vermelidirler. Ayrıca hâkim veya mahkeme söz konusu kararı, beden ve ruhun ayırlamayacağını gözetip uygulanan işlem, kişinin onurunu kıracak ve alçaltacak nitelikte ise tedbiri uygulamamalı başka yolla delil elde etme yollarına başvurmalıdır.

## 5. Şüpheli veya Sanığın Üzerine Atılı Suç Bakımından

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbiri, Anayasal nitelikte koruma altına alınan vücut dokunulmazlığı hakkına müdahale niteliğindedir. Kanun

<sup>170</sup> KONRAT, Merve, 'Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi', Adli Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:4, Aralık, 2011, s. 46.

<sup>171</sup> KIZILARSLAN, s. 234.

<sup>172</sup> KONRAT, Merve, s. 47.

koyucu, orantılılık ilkesini gözeterek cezası hafif suçlar bakımından tedbire başvurulmasının önüne geçmek amacıyla CMK'nın 75/5. fıkrasını düzenlemiştir. Buna göre, üst sınırı iki yıldan fazla olan suçlar bakımından şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacak ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacaktır. Nitekim Yargıtay da üst sınırı iki yıl ve daha üzeri olan suçlarda kan örneği alınmamasını bozma nedeni yapmıştır. Yargıtay'a göre, ceza üst sınırına iki yıl da dâhildir<sup>173</sup>.

CMK, dış beden muayenesini düzenlemediğinden dış beden muayenesi hakkında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durumda şüpheli veya sanığın yargılandığı suç için kaç yıl hapis cezası verileceğine bakılmadan dış beden muayenesi uygulanabilecektir<sup>174</sup>.

Öğretide, iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından(iki yıl dâhil) şüpheli veya sanığın talep etmesi halinde iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin yapılması gerektiği öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, Yönetmelik m.18/3 gereği, şüpheli, sanık veya diğer kişiler kendileri başvurarak rıza göstermeleri halinde tedbir uygulanabilecektir. Aksi bir durumda ise, sanığın savunma hakkı kapsamında kendi lehine delil sunma hakkı ortadan kaldırılacaktır<sup>175</sup>.

Kanaatimizce, CMK ile kastedilen şüpheli veya sanık bakımından iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda söz konusu tedbire başvurmanın mümkün olmadığıdır. Kanun metninden şüpheli veya sanığın talep etmesi ve rıza göstermesi halinde iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlar bakımından tedbire başvurulamayacağı anlamını çıkarmak hatalı bir değerlendirme olacaktır. Keza Yönetmelik, CMK'nın ne anlama geldiğini ve uygulamasını açıklar nitelikte olup

---

<sup>173</sup> ‘...Dosya kapsamına göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ‘‘Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak’’ başlıklı 191/1 maddesinde yer alan, ‘‘Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır’’. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ‘‘Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması’’ başlıklı 75/5. maddesinde yer alan ‘‘Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz’’ şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında; şüphelilerin üzerine atılı eylemin üst sınırının iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suç olmayıp, iki yıla kadar hapis cezası gerektirmesi karşısında, şüphelilerin kan örneklerinin alınabileceği cihetle, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Kanun yararına bozma talebine dayanan ihbar yazısında ileri sürülen düşünce yerinde olduğundan Kaynarca Asliye Ceza Mahkemesi'nin 09.05.2012 tarihli ve 2012/12 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanun yararına BOZULMASINA...’ Y. 10. CD, 07.01.2013, 2012/20312 E., 2013/63 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5315#>, Erişim Tarihi: 14.05.2018).

<sup>174</sup> İPEKÇİOĞLU, s. 34.

<sup>175</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 256.

şüpheli veya sanığın rıza gösterdiği hallerde işlenen suçun ceza sınırına bakılmaksızın tedbirin uygulanabileceğini düzenlenmiştir. CMK'nın amacı ceza muhakemesini hukuka uygun delillerle en kısa sürede sonuçlandırmak olduğuna göre aksi bir değerlendirme CMK'nın ruhu ile ters düşecektir.

Görüldüğü üzere tedbir, üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda bireylerin rızası ve talep etmesi ile tedbir uygulanabilecektir. Şayet bireylerin talep ve rızası söz konusu değilse tedbire başvurulamayacak ve böylece bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakları korunmuş olacaktır. Üst sınırı iki yıldan az olan suçlarla ilgili konulan yasak, tedbirin uygulanması ile aydınlatılabilecek olan suçlarda muhakemenin işlemesinin önüne geçen bir engel olarak görülmesinin önünü de yine CMK m. 75/7 kesmiştir. Şöyle ki, söz konusu maddeye göre, özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

CMK'da 5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle özel kanunlarda bulunan alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin TCK m179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından Karayolları Trafik Kanunu'na göre alkol muayenesi ve kan örneği alınacaktır<sup>176</sup>. 5353 sayılı kanun ile yapılan değişikliğin amacı, trafik güvenliğin sağlanabilmesidir. Değişikli sonrası kolluk, kan alınmasını gerektirebilen alkol denetimini 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'na göre yapacaktır<sup>177</sup>.

## **B. Diğer Kişiler Bakımından**

### **1. Şüphe Bakımından**

Ceza muhakemesinde, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine başvurulmasının amacı, muhakeme sujeleri olan şüpheli veya sanığın bedeninin muayenesi ve vücudundan örnek alınması sonucu elde edilecek deliller ile maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Suçun aydınlatılabilmesi için yalnızca şüpheli veya sanığa karşı tedbirin uygulanması suçun ortaya çıkarılması için yeterli olmamaktadır. İşte bu sebeple CMK, diğer kişilerin bakımından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine başvurabileceklerini düzenlemiştir.

CMK m.76, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenlemektedir. Keza Yönetmeliğin 7. maddesi diğer kişilerin beden muayenesi, 8.

<sup>176</sup> ÖZBEK,/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 452 vd, YURTCAN, s. 311.

<sup>177</sup> DONAY, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 138.

maddesi ise diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasını düzenlemiştir. Kanun ve Yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde; diğer kişiler kavramı ile ilgili mağdur, soy bağı araştırılacak çocuk, tanıklıktan çekinme sebepleri bulunan kişiler bakımından hükümlere yer verildiği görülmektedir.

CMK, diğer kişiler başlıklı maddesinde yalnızca mağdur ve soy bağı tespit edilecek çocuğu düzenlemiştir. Bununla birlikte Yönetmeliğin düzenlemelerine baktığımızda diğer kişiler kavramından şüpheli veya sanık dışında kalan herkes anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, CMK'nın diğer kişiler kavramından kimleri kast ettiği kanun metninden net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Tedbir, her ne kadar kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil etse de kişilerin aklanma hakkı bakımından son derece önemli bir düzenlemedir. Bu sebeple CMK'da diğer kişilerin kapsamı net bir şekilde düzenlenmelidir<sup>178</sup>.

Diğer kişiler bakımından da tıpkı şüpheli veya sanıkta olduğu gibi şüphe kavramının önemi büyüktür. Mağdur dışında diğer kişilerin ceza yargılaması ile doğrudan bir bağlantısı olmaması nedeniyle bu kişilerden elde edilecek delillerin ceza muhakemesini aydınlatacağına ilişkin bir şüphenin var olması sonucu ancak tedbire başvurulabilecektir. CMK, tedbirin uygulanması bakımından şüphe derecesini şüpheli veya sanık bakımından belirtmediği gibi diğer kişiler bakımından da belirtmemiştir. Bu bakımdan diğer kişiler ile ilgili bir suçun soruşturulması için aranan başlangıç şüphesi ile tedbire başvurulabileceği kanaatindeyiz.

## **2. Tedbire Karar verecek Makam Bakımından**

Bir suça ilişkin yapılan soruşturma veya kovuşturmada; diğer kişilerden elde edilecek deliller ile ceza muhakemesinin aydınlatılabileceği şüphesi var ise diğer kişilere karşı beden muayenesi yapıp üzerlerinden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir. Örneğin cinsel istismara uğramış mağdurun anüs bölgesi muayene edilerek bu bölgede oluşan yırtıklar tespit edilebilir veyahut mağdurun bedeninde tespit edilen cinsel salgı ile şüpheliden alınan meni örnekleri mukayese edilerek gerçek suçluya ulaşılabilir. CMK, diğer kişiler kapsamında yalnızca mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuktan söz etmiştir. CMK m.76'ya göre, diğer kişilerin beden muayenesine ve vücutlarından örnek alınmasına,

---

<sup>178</sup> DURSUN, s. 2975; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 1.Baskı, Ankara, 2014, s. 21.

soruşturma aşamasında C. Savcısının istemiyle ya da re'sen sulh ceza hâkimi karar vermektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, diğer kişiler bakımından da geçerlidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı tarafından da diğer kişiler bakımından tedbir kararı verilebilecektir. Söz konusu karar yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Onaylanmayan kararlar muhakemede delil olarak kullanılmaz. Kovuşturma aşamasında ise C. Savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından tedbir kararı verilmektedir<sup>179</sup>.

CMK'nın 5353 sayılı kanun ile değiştirilmesi sonucu gecikmesinde sakınca buluna hal terimi CMK'ya eklenmiştir. CMK, değişiklik öncesi tedbirin uygulanmasında meydana gelen sorunlar nedeniyle eleştirilmekteydi. Öğretide, C. Savcısının hemen işlem yapılmadığı takdirde delillerin kaybolma ihtimali olan durumlarda başka bir deyişle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbire başvurarak ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürümesini sağlamakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte C. Savcısına tanınan bu hak, olağan bir uygulamaya dönüşmemeli ve ceza yargılamasıyla doğrudan ilişkisi olmayan kişiler bakımından vücut dokunulmazlığı hakkı korunmalıdır. Olağan süreçte tedbir kararı, yalnızca hâkim veya mahkeme tarafından verilmelidir<sup>180</sup>.

Karar verecek makam bakımından Yönetmeliği incelediğimizde, CMK ile benzer düzenlemelerin mevcut olduğu görülmüştür. Yönetmelik yalnızca diğer kişiler kavramını mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuk ile sınırlandırmamış, şüpheli ve sanık dışında kalan herkesi diğer kişiler kavramına dâhil etmiştir. Ayrıca Yönetmelik, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını, çocuğun soy bağının araştırılmasını ve kadının muayenesini ayrı maddelerde düzenlemiştir.

CMK'nın diğer kişiler kapsamına aldığı mağdur bakımından, rızanın varlığı halinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine başvurmak için karar alınmasına gerek yoktur. Burada önemli olan mağdurun rızasının hukuka uygun bir şekilde alınıp alınmadığıdır. Mağdurun rızası alınırken mağdura rızada bulunmak zorunda olmadığını, hür iradesi ile karar verebileceği konusunda bilgi verilmesi gerekmektedir. Ayrıca mağdur rıza göstermeden önce bedeninin hangi kısımlarının

<sup>179</sup>ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 526.

<sup>180</sup>BAYZİT Tuğba, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Danışman: ÖZBEK, Veli Özer), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, İzmir, s. 97.

ne şekilde muayene edileceği veya vücudundan ne tür bir örnek alınacağı, bu işlemlerin yaratabileceği olası acının ve sağlık riskinin mağdura açıklanması zaruridir. Aksi bir durumda hukuka uygun geçerli bir rızadan söz edilemeyecektir<sup>181</sup>.

CMK m.76/2, yalnızca mağdurun rızasının varlığı halinde karar almaya gerek olmadığını düzenlemiştir. O halde, mağdur dışında kalan diğer kişiler bakımından rızanın olması, karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Mağdur dışında kalan diğer kişiler, kendi arzularıyla resmi makamlardan talep etseler dahi CMK m. 76/1'3 göre tedbir kararı almaları gerekmektedir<sup>182</sup>. Keza Yönetmelik m.18/3'te diğer kişilerin kendileri başvurarak rıza göstermeleri halinde karar alınması zorunluluğunu açıklamıştır.

Diğer kişiler kavramı kapsamında, çocuğun soy bağının araştırılması için CMK 76/1'e göre karar alınması gerekmektedir. Bu amaçla yapılan muayene ve örnek alma işlemlerine ilgilinin rızası olsa dahi hâkim veya savcı kararı bulunması zaruridir<sup>183</sup>.

CMK m.76/4. fıkrasına göre, tanıklıktan çekinme sebeplerini taşıyan kişiler muayeneden ve örnek almadan kaçınabileceklerdir. Tanık delili, ceza muhakemesinde en çok başvurulan delillerden biridir.

Tanıkların birtakım ödevlere sahip oldukları gibi birtakım haklara da sahiptirler. Bu hakların en başında ise tanıklıktan çekinme hakkı gelmektedir. Tanıklara, dinlenmelerinden önce söz konusu hakka sahip oldukları bildirilmelidir<sup>184</sup>. Bir diğer görüşe göre ise tanıklık bir görev niteliğinde olup tanıklıktan çekinebilecek haller bu durumun istisnasıdır<sup>185</sup>. CMK, bu kapsamda tanıklıktan çekinebilecek olan kişileri 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinden de kaçınabileceklerdir. Bu kişiler, tedbirin uygulanmasını istemedikleri halde bedenleri muayene edilip vücutlarından örnek alınırsa söz konusu deliller yasak deliller kapsamında olacak ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> MAHMUTOĞLU, s. 19.

<sup>182</sup> CENTEL/ZAFER, s. 282; DURSUN, s. 2977.

<sup>183</sup> MAHMUTOĞLU, s. 20; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 227.

<sup>184</sup> TOROSLU/FEVZİOĞLU, s. 185.

<sup>185</sup> YENİSEY, Feridun, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Delil", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, Ağustos, 2007, s. 20.

<sup>186</sup> AKBULUT, Berrin, "Delil Değerlendirme Yasakları", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:13, Aralık, 2010, s. 12.

Öğretide CMK'nın tanıklıktan çekinme hakkı olanlara söz konusu istisnayı tanımamasının sebebi kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesidir<sup>187</sup>. Anayasa m.38/5'te *'hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda bir delil göstermeye zorlanamaz'* hükmünü düzenlemiştir. CMK'da düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen delillerle kişi kendi veya yakınları aleyhine ceza muhakemesine delil sunmuş olacaktır. Bu sebeple tanıklar için Anayasal düzeyde koruma altına alınmış hakka sahip olanlar yani tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar, beden muayenesi ve vücuttan örnek almadan da kaçınabileceklerdir.

CMK'nın esin kaynağı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, tanıklıktan çekinme hakkı olanlara tanınan tedbirin uygulanmasından kaçınmaya ilişkin istisnanın gerekçesi, tanığın kendisini veya yakınının suçlu konumuna düşürme ihtimali gösterilmiştir. Bu hüküm ile tanığın vicdani açıdan zor duruma düşmesi engellenmeye çalışılmıştır<sup>188</sup>.

CMK m.76/4 ve Yönetmeliğin 10. maddeleri benzer niteliktedir. Buna göre, çocuk veya akıl hastası olan kişilerin tedbirin uygulanmasından çekinip çekinmeyeceğine kanuni temsilcileri karar vermektedir. Şayet çocuk veya akıl hastası olan kişi, tanıklığın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip ise görüşü de alınmalıdır. Kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olduğu hallerde ise söz konusu kişilerin çekinmesi hakkındaki karar hâkime aittir. Kanuni temsilcinin rızası ile çocuk veya akıl hastasından elde edilen deliller, muhakemenin ilerleyen aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin rızası olmadan kullanılamaz.

CMK, çocuk ve temyiz kudretine sahip olmayan kişileri korumak amacıyla veli ya da vasilerinin kararını araması yerinde bir düzenleme olmuştur. Ayrıca CMK, söz konusu kişiler ile yasal temsilcilerinin de menfaatlerinin çakışabileceği ihtimalini de gözeterik kısıtlıların görüş ve fikirlerine başvurmuştur. Böylece söz konusu kişilerin kısıtlı olmaları sebebi ile yaşanabilecek olası mağduriyetler asgari düzeye indirilmiştir<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 455.

<sup>188</sup> KIZILARSLAN, s. 270 vd.

<sup>189</sup> KIZILARSLAN, s. 267.



### 3. Tedbiri Uygulayacak Kişi Bakımından

CMK, şüpheli veya sanık dışında kalan herkes bir başka adıyla diğer kişiler bakımından tedbiri kimin uygulayacağını düzenlememiştir. Bu sebeple CMK m.75 ile kıyas edilerek diğer kişilere karşı tabip veya sağlık mesleği mensubu kişilerin tedbiri uygulayabileceği söylenebilir<sup>190</sup>. Yönetmelik m.7'de mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 8'de ise diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğine ilişkin hükme yer vermiştir.

Şüpheli veya sanık bakımından tedbiri uygulayacak kişiler, CMK ile düzenlenirken diğer kişilere ilişkin düzenlemelerin Yönetmeliğe bırakılması yerinde olmamıştır. Diğer kişilerin muhakeme ile doğrudan ilgileri bulunmaması sebebi ile katlanma yükümlülükleri de yoktur. Tedbirin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yaptığı ağır müdahale değerlendirildiğinde diğer kişilerle ilgili düzenlemenin CMK'da yapılması uygun olacaktır.

Yönetmelik incelendiğinde; diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesi yalnızca hekim tarafından yapılabiliyorken; vücuttan örnek alma işleminin hekim ve hekim gözetiminde sağlık meslek mensubu kişilerce yapılması, iç ve dış beden muayenesinin vücuttan örnek alma koruma tedbirinden daha önemli olduğu düşüncesini akla getirmektedir. Bununla birlikte her iki işlem de diğer kişilerin bedenleri üzerinde sağlık açısından büyük riskler doğuracak niteliklere haizdir. Bu sebeple kanun koyucunun rastgelen bir düzenleme yaptığı düşünülmektedir. Keza tıbbi müdahaleler hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla ancak yapılabilmektedir.

### 4. Tedbire Maruz Kalan Kişinin Sağlığı Bakımından

CMK, şüpheli ve sanığın sağlığı bakımından yalnızca "kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması" şartını düzenlemişken diğer kişiler için "sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak" şartını koşturmuştur. O halde, CMK m.75'e göre, şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürmeyen

---

<sup>190</sup> İNCİ, Zekiye Özen, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması', [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_621.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm), Erişim tarihi:18.04.2018.

cerrahi müdahaleler yapılabilecektir. Diğer kişiler açısından ise her ne koşulda olursa olsun hiçbir şekilde cerrahi müdahale söz konusu olmayacaktır.

CMK, 5353 sayılı Kanun ile değişmeden önce diğer kişiler de tıpkı şüpheli ve sanık gibi yalnızca sağlıklarının tehlikeye düşürülmediği hallerde cerrahi müdahaleye maruz kalabiliyorlardı. 5353 sayılı Kanun sonrasında yapılan değişiklikle diğer kişilerin sağlığı, şüpheli veya sanığa oranla daha fazla koruma altına alınmıştır. Yine Yönetmelik de CMK ile benzer şekilde 7. ve 8. maddelerinde diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması bakımından cerrahi müdahalede bulunmayı kati bir şekilde yasaklamıştır.

Kanaatimizce; CMK'nın vücuttan örnek alınması işlemine ilişkin şüpheli ve sanığa oranla diğer kişiler bakımından daha koruyucu hükümler getirmesi yerinde bir düzenlemedir. Cerrahi müdahalede bulunmamaya ilişkin yasağın şüpheli veya sanık hakkında da uygulanması durumunda ceza muhakemesi işlemeyecektir. CMK, şüpheli veya sanığın cerrahi bir müdahalede bulunularak vücutundan örnek alınacağı haller söz konusu olduğunda, kişilerin sağlığını tehlikeye sokmama şartını getirerek şüpheli ve sanığın haklarını korumuştur. Ayrıca şüpheli ve sanığın ceza muhakemesinde gerçekleştirilen işlemlere katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat suç soruşturması ile doğrudan ilgisi bulunmayan kişilere cerrahi müdahalede bulunulması orantılılık ilkesine aykırı bir durumun oluşmasına yol açabilecek niteliktedir. Bununla birlikte kanun koyucu, cerrahi müdahale teriminin kapsamını ve hangi hallerde uygulanabileceğinin sınırını net bir şekilde Yönetmelik ile belirtmelidir. Aksi takdirde cerrahi müdahaleye maruz kalan şüpheli/sanığın en temel hakları haksız ve mesnetsiz yere ihlal edilmiş olacaktır.

## **II. TEDBİRİN BENZER NİTELİKTEKİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

### **A. Arama ile Karşılaştırılması**

Beden muayenesi ve üst araması birbirine yakın olan koruma tedbirlerindedir. Özellikle dış beden muayenesi ve arama benzerlik göstermekte ise de amaçları ve uygulama şekilleri ile birbirlerinden ayrılmaktadırlar. İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ise aramadan tamamı ile farklı tıbbi müdahale gerektiren işlemlerdir.

Dış beden muayenesi, Yönetmelik m. 3'te ‘‘Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi’’ biçiminde tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle dış beden muayenesi, tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılmak suretiyle şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücudunun elle ve gözle incelenerek delil elde etmeyi amaçlayan bir işlemi ifade etmektedir. Dış beden muayenesi, temel bir hakka müdahale niteliği taşıması sebebi ile üst aramasına benzemekle birlikte üst aramasından farklı bir işlemdir<sup>191</sup>.

Arama ise hâkim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından yakalama, saklanan bir şeyin ortaya çıkarılması veya delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanık veya üçüncü bir kişinin konut, iş yeri ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma faaliyetidir<sup>192</sup>. Başka bir tanıma göre arama, ‘‘milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması, suçun önlenmesi, suç şüphesi altında bulunan kişilerin, delillerin elde edilmesi amacıyla konut, ev, işyeri veya diğer kapalı yerlerde ve kişilerin üzerinde yapılan araştırmadır’’<sup>193</sup>.

Arama, tıpkı beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi gibi kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden bir koruma tedbiridir. Aramanın konusunu konut, taşınabilir mal ve kişi oluşturabilir<sup>194</sup>. Arama işlemi, koruma tedbiri olması sebebi ile tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi, ceza muhakemesinin yapılmasını, yapılan muhakeme sonucunda verilen kararların kâğıt üzerinde kalmamasını amaçlamaktadır. Ayrıca tıpkı beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri gibi kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip bulunan yetkililer tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başvuru, geçici olarak uygulanan ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi zorunlu kılan çarelerdir<sup>195</sup>.

Arama işlemi, CMK'nın 116 ile 122. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aramanın gerekçesinde, özel hayatın dokunulmazlığını ihlal etmesi sebebi ile suç işlediği konusunda makul şüphe taşıma, suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme,

<sup>191</sup> AKBULUT, Berrin, ‘‘Dış Beden Muayenesi’’, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s. 84.

<sup>192</sup> ÖZBEK, Veli Özer/BACAKSIZ, Pınar, ‘‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Eylül, 2006, s. 145.

<sup>193</sup> AYDIN, Murat, ‘‘Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:8, Aralık, 2008, s. 107.

<sup>194</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 495; ÖZTÜRK,/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 114.

<sup>195</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 437; AYDIN, s. 109.

gizleme veya deęiřtirme fillerinden birini gerçekleřtirdięi dūřunūlen kiřilerin ūstlerinde, konutlarında, sōz konusu kiřilere ait eřyalarda yapılan arařtırma iřlemi olduęu belirtilmiřtir. Bu kiřiler ve onlara ait yerlerde arama koruma tedbirini uygulanabilmesi için bu konuda makul bir řūphe ve makul řūpheyi destekleyecek durumların bulunması gereklidir<sup>196</sup>.

Arama iřlemi, bizzat kiři ūzerinde de uygulanabilmektedir. Bu noktada dıř beden muayenesi ile ūst araması birbirleri ile karıřtırılabilmektedir. Ūst araması, ‘kiřinin ūzerindeki elbise içinde veya altında, kiřinin vūcudunun ūzerinde ve doęal vūcut bořluklarında tıbbi araçlar kullanılmadan gōzle ve elle yapılan delil arařtırmasıdır’<sup>197</sup>. Ūst aramasında gizli olan bir delilin ortaya çıkarılması amaçlanır. Dıř beden muayenesinde ise amaç ūst aramasında olduęu gibi gizli bir řeyi ortaya çıkarmak deęildir. Beden muayenesi ve vūcuttan ūrnek alınması tedbirinde yalnızca kiřinin vūcudu ūzerinde yapılan tıbbi muayene ile delil elde etme amaçlanır. Ūst araması ile dıř beden muayenesinin en ūnemli farklı bu noktada doęmaktadır. Ūst aramasında kolluk, tıbbi açıdan muayene nitelięinde bir arařtırma iřlemi deęil suçu aydınlatmak için gizli olan bir řeyi bulmak için mūdahale etmektedir. Ūst araması, beden muayenesi nitelięine būrūndūęünde arama yerine beden muayenesi tedbirinin řartlarına uyulması zarureti doęmaktadır.

01.06.2005 tarihli, 25832 sayılı Adli ve Ūnleme Aramaları Yōnetmelięi’nin 28. maddesinde ūst araması dūzenlenmiřtir. Buna gōre ūst araması, kiřinin ūzerinde yer alan kıyafetlerinde veya kıyafetlerin içinde olan bařka bir eřyanın aranması iřlemidir. Ūst araması, kural olarak kıyafetler çıkarılmadan gerçekleřtirilir. Fakat kiřinin kanunlara gōre izin verilmeyecek bir řeyi tařıdıęına iliřkin makul bir řūphenin oluřması ve aramanın bařka tūrlū gerçekleřmesi olanaklı deęilse ūst araması kiřinin kıyafetlerinin çıkarılması suretiyle gerçekleřtirilmektedir. Ūst araması da beden muayenesi gibi kiřinin vūcut dokunulmazlıęına aęır bir mūdahale nitelięi tařımaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, kiřinin kıyafetleri çıkarılarak arama yapılmasının zorunlu olduęu durumlarda ūnce bedeninin ūst kısmındaki kıyafetleri ıkarttırıp arama yapmaktadır Ūst kısım ile ilgili arama bitip kiři ūst kıyafetlerini giydikten sonra alt kısma iliřkin aramaya bařlanmaktadır. Kanun koyucu, kiřinin utanma ve onurunun zedelenmesi olasılıęını gōz ūnūnde bulundurarak kiřilerin onurunu bu řekilde yerinde bir dūzenleme ile koruma altına almıřtır.

<sup>196</sup> şAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi şerhi, 1. Baskı, Aralık, 2005, s. 330.

<sup>197</sup> AKBULUT, s. 93.

Üst aramasında da kişinin çıplak haldeyken vücut boşlukları araştırılmaktadır. Fakat yapılan araştırma işlemi, kişinin saklı olan bir şeyi bulmaya yöneliktir. Örneğin makul şüpheli kimsenin ağzına sakladığı uyuşturucunun bulunması, üst araması kapsamındadır. Fakat kişinin çıplak halde muayenesi sonucu kollarında yer alan lezyonların tespiti ise dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilecektir.

Görüldüğü üzere arama ile beden muayenesi arasında amaç bakımından birtakım farklılıklar mevcuttur. Arama, yakalama, suç delillerini ele geçirme ve müsadere amacı ile yapılabilmekte iken beden muayenesinin amacı, tıbbi yöntemlerle yapılan muayene ve müdahale sonucu soruşturma veya kovuşturmaya konu olan olayla ilgili delil elde etmektir. Nitekim CMK m.75'te "Bir suça ilişkin delil elde etmek için" ibaresine yer verilmesi bu amacı açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca üst aramasını kolluk güçleri yapabilirken dış beden muayenesi ancak tabip veya tabip gözetiminde sağlık meslek mensubu bir kişi tarafından yapılabilecektir.

Doktrinde dış beden muayenesinin aramaya ilişkin hükümlere tabi olduğu görüşü savunulmaktadır. Bu görüşe göre, dış beden muayenesi CMK'da düzenlenmemiş olması nedeni ile dolaylı olarak arama hükümlerine tabidir<sup>198</sup>. Bu görüşe karşıt başka bir görüşe göre ise, dış beden muayenesinin arama hükümlerine tabi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Şayet dış beden muayenesi, arama şartlarına göre yapılırsa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile dış beden muayenesini gerçekleştirmek mümkün olacaktır. Oysaki dış beden muayenesi, tıbbi bilgi gerektiren ve ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecek bir işlemdir<sup>199</sup>.

Doktrinde yazarlar tarafından görüş ayrılıkları bulunmasının nedeni, dış beden muayenesinin CMK'da düzenlenmemiş olmasıdır. Dış beden muayenesinin CMK ile düzenlenmemiş olması, koruma tedbirlerinin en temel özelliklerinden olan kanunilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Bu sebeple dış beden muayenesinin Yönetmelikte yer alan düzenlemesi ile yetinilmemeli ve CMK'da dış beden muayenesi detaylı olarak düzenlemelidir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, "temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir". Anayasa düzenlemesinin de belirttiği

<sup>198</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 520.

<sup>199</sup> ÖZTÜRK, KAZANCI/GÜLEÇ, s. 208.

şekilde dış beden muayenesi, her ne kadar CMK'da düzenlenmemiş olsa da aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulamaz. CMK, dış beden muayenesini aramaya ilişkin hükümlere tabi kılmak isteseydi Yönetmelikte dış beden muayenesini düzenlememesi gerekirdi. Bu sebeple dış beden muayenesinde vücudun çıplak halde tıbbi yöntemlerle incelemesi yapılarak delil elde etmek amaçlanırken üst aramasında tıbbi yöntemler kullanılmadan gizli olan bir şeyin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Her iki tedbir birbirinden farklı olup dış beden muayenesinin CMK'da ayrıca düzenlenmesi öğretide yer alan görüş ayrılıklarına son verecektir<sup>200</sup>.

Üst araması dışında kanun ile düzenlenmeyen fakat idarenin düzenleyici bir işlemi olan tüzükle düzenlenen çıplak arama da beden muayenesi ile bağlantılıdır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 46. maddesinde çıplak arama düzenlenmiştir. Buna göre çıplak arama, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlünün üzerinde kuruma sokulması veya bulundurulması yasak olan madde veya eşyanın bulunduğu dair makul emarelerin bulunması ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi halinde çıplak olarak yapılan arama işlemidir.

Türk Hukukunda çıplak arama, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenmemiştir. Bunun yerine bu kanunun uygulamasını gösteren 10218 sayılı Ceza İnfaz ve Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 46 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'da temel haklara müdahale sadece kanun ile yapılabilmekte iken tüzük ile çıplak arama yapılabilmesi yerinde olmamıştır. Tüzük ile hedeflenen amaç, ceza infaz kurumlarının iç güvenliğinin sağlanabilmesi ve bu kurumdaki asayişin korunmasıdır. Koruma tedbiri niteliğinde olan beden muayenesi gereği yapılan çıplak arama ile ceza infaz kurumunun asayişinin sağlanması için gerçekleştirilen çıplak aramanın müdahalede bulunduğu kişilerin sıfatları farklıdır. Beden muayenesi tedbirinde şüpheli veya sanık yer alırken, Tüzük gereği yapılan çıplak arama hükümlü üzerinde gerçekleşmektedir. Her ne kadar iki düzenlemenin hukuki nitelikleri ve yöneldikleri kişiler farklı olsa da uygulanan işlem aynıdır. Kişinin çıplak halde beden boşluklarına bakılmaktadır. Bu sebeple Tüzük'te yer alan düzenleme, arama niteliğinden çıkarak beden muayenesi özelliklerine sahiptir. Bu sebeple Tüzük'e göre, idarenin en üst amirinin kararı ile beden muayenesi işlemi

---

<sup>200</sup> AKBULUT, s. 90.

yapılması hukuka aykırıdır. Tüzükte yer alan düzenleme, CMK'da yer alan şartları ortadan kaldırıp, temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliğine bürünmüştür<sup>201</sup>.

Tüzüğe göre, çıplak arama kapsamında olan anüs ve cinsel bölgelerin incelenmesi işlemi, iç beden muayenesidir. İç beden muayenesi ise CMK'ya göre hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulmak koşulu ile Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilecek bir karardır. Oysa ki Tüzük'te iç beden muayenesine dahi idarenin en üst amiri olan müdür, karar verebilmektedir. Kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış vücut dokunulmazlığı hakkı, hükümlü de olsa hâkim kararı olmadan kısıtlanması Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Bu sebeple hükümlülere yönelik gerçekleştirilen çıplak aramanın Tüzük ile değil Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile düzenlenmeli ve CMK'da yer alan sıkı şekil şartları hükümlüler bakımından da aranmalıdır<sup>202</sup>.

## **B. Moleküler Genetik İnceleme ile Karşılaştırılması**

CMK, teknoloji ve tıp biliminin her geçen gün gelişmesi sonucu ortaya çıkan bilimsel gelişmeleri takip ederek düzenlenmiş bir kanundur. Ceza muhakemesinin sonuçlanmasında elde edilen delillerin doğruluğu büyük önem taşımaktadır. CMK'da kesinliği diğer delillere nazaran çok daha yüksek olan bilimsel delillerin yer alması gerekmektedir. İşte bu sebeple CMK, moleküler genetik incelemeler adlı delil elde etme işlemi ile yeni ve kesine yakın sonuç veren bir delil elde etme yöntemini Kanun metnine eklemiştir<sup>203</sup>. Moleküler genetik inceleme tedbirine başvurulması sonucu, birçok suç aydınlatılmakta ve toplum vicdanı rahatlamaktadır. Öyle ki Yargıtay, moleküler genetik inceleme yapılarak aydınlatılabilecek suçlarda, söz konusu tedbirin uygulanmamasını bozma nedeni yapmaktadır<sup>204</sup>.

Moleküler genetik inceleme, bir organizmaya ait tüm genetik bilgileri içeren gen teriminin incelenmesi ile yapılan bir işlemdir. Genin analizi ile bir kişiye ait tüm

<sup>201</sup> İNCİ, Z. Özen, 'Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme', Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:120, Ağustos 2016, s. 53-54.

<sup>202</sup> AKBULUT, s. 95.

<sup>203</sup> ÖZTÜRK, KAZANCI/GÜLEÇ, s. 232.

<sup>204</sup> Y. 6. CD, 28.05.2008, 2008/810 E. 2008/11766 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2422#>, Erişim Tarihi: 15.05.2018); benzer nitelikteki karar için bkz. Y. 13. CD, 13.05.2014, 2013/14512 E. 2014/17458 K  
(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018).

genetik özellikler belirlenebilmektedir. Gen analizi başlıca dört alanda yapılmaktadır. Bunlar, fenotip, kromozom, biyokimya ve DNA alanlarıdır. Ceza muhakemesinin başvurduğu gen türü DNA olup diğer türler tıp biliminin inceleme alanına girmektedir. DNA, Deoksiribonükleik asitin İngilizce kısaltmasıdır. Ceza muhakemesinde başvuru moleküler genetik inceleme tedbiri çerçevesinde kişiden alınacak kan, kıl, cinsel salgı, balgam gibi biyolojik materyallerde bulunan DNA analiz edilerek mağdur veya faile ulaşmak mümkün olacaktır<sup>205</sup>.

Moleküler genetik inceleme, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri ile elde edilen biyolojik materyallerin incelemesini yaparak delil elde edilmesini sağlayan bir koruma tedbiridir. Başka bir ifadeyle, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin yapılmasının tek amacı moleküler genetik inceleme sonucu elde edilecek olan delillerdir<sup>206</sup>. Bu tedbir, ceza muhakemesinin aydınlatılması için kuvvetli olan delilleri ortaya çıkarmakla birlikte kişilerin genetik özelliklerine ilişkin bilgileri çözümlenmesi nedeni ile temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindedir.

Moleküler genetik incelemede sonuç alabilmek için beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri ile usule uygun olarak elde edilmiş verilere ihtiyaç bulunmaktadır. Moleküler genetik inceleme yapılırken beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen verilerle olay yerinden elde edilen veriler karşılaştırılarak sonuca ulaşılmaktadır. O halde, moleküler genetik incelemede iz materyal analizi ve vücut materyalinin analizi olmak üzere iki işlem yapılmaktadır. Moleküler genetik inceleme tedbirinin önemine binaen doktrinde; DNA bankasının kurulması ile çok daha verimli sonuç alınabileceği ileri sürülmüştür<sup>207</sup>. Ülkemizde ‘‘DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Tasarısı’’ hazırlanmıştır. Ancak tasarıda alınan örneklerin hangi laboratuvarlarda değerlendirileceği, muhafazası, güvenliği, hangi kurumlar tarafından yapılacağı konularında çalışmalar devam ettiğinden tasarı yasalaşmamıştır<sup>208</sup>.

Kanaatimizce; günümüz teknolojisinin en güzel imkânlarından biri olan DNA incelemesinin kurulacak bir DNA Veri Bankası ile arşivlenmesi oldukça önem

<sup>205</sup> ÖZBEK, Veli Özer, ‘‘DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan, 2007, s. 47.

<sup>206</sup> ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 85.

<sup>207</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 458.

<sup>208</sup> ARISOY, Yücel/ÜSTÜN, Çağatay/ERESEN, Çiğdem/ÖZBEK, Veli Özer, ‘‘Adli Moleküler Genetik İncelemelerin Yasal ve Etik Yönü’’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, Mart, 2008, s. 39.



taşımaktadır. Her ne kadar DNA Veri Bankası ile kişisel verilerin korunamayacağı ihtimali akıllara gelse de toplum yararı bakımından söz konusu bankanın kurulması gerekmektedir. Bununla birlikte DNA Bankasının kurulmasıyla ilgili kanununda yapılacak düzenlemeler ile kişisel verileri koruyucu maddeler getirilerek suç ve suçluyu önleme de katbekat ileri gidileceği düşünülmektedir. Keza başta Amerika ve birçok Avrupa ülkesinde yapılan ceza yargılamalarında DNA Veri Bankalarından yararlanılmaktadır. O halde, DNA Veri Bankası'nın ülkemizde yer almaması ceza muhakemesi bakımından eksiklidir.

Moleküler genetik incelemeler başlığı altında yapılan DNA analizi, ilk kez 1985 yılında İngiltere'de Leicester Üniversitesi Genetik Bölümü öğretim üyesi Alec Jeffreys tarafından bulunmuştur. Jeffreys, DNA analizi ile parmak izine gerek kalmadan kişinin herhangi bir hücresinden alınacak DNA ile kişilerin kimlik bilgilerinin ayırt edilebilecek yöntemi keşfetmiştir. Böylece ceza muhakemesi bakımından somut bir olayda parmak izine rastlanılmadığı durumlarda da mağdur ve faile ulaşmak mümkün kılınmıştır<sup>209</sup>.

Moleküler genetik inceleme tanımı, CMK'da yer almamaktadır. Yönetmeliğin 3. maddesinde ise moleküler genetik inceleme, *''Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve katılım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerin moleküler düzeyde araştırılmasına''* denilmektedir. Başka bir anlatımla moleküler genetik inceleme, canlı organizmalarda yer alan materyallerin birbirinden ayrımını moleküler düzeyde inceleyerek tespit eden bir işlemdir. Moleküler genetik incelemede DNA incelenerek kişileri birbirinden ayıran kimlik bilgileri tespit edilebilmektedir. DNA'nın kişilerde benzer çıkma olasılığı beş milyarda bir olduğu belirtilmektedir<sup>210</sup>. O halde, moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen delillerin kuvvetinin kesine yakın olduğu söylenebilir.

Moleküler genetik incelemeler, başta tıp bilimi olmak üzere hastalıkların tanı, teşhis ve tedavisinde, tarımda bitkilerin genlerinin moleküler düzeyde incelenmesi sonucu bitki çeşitliliklerinin geliştirilmesi ve ürünlerin artışı, organik tarımın sağlanmasında, farmakoloji biliminde ilaç üretiminde, hayvanların ırk ve ıslah

<sup>209</sup> ALTAŞ, Ebru, *''Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı''*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan 2007, s.78; ARISOY/ÜSTÜN/ERESEN/ÖZBEK, s. 31.

<sup>210</sup> BATUR, Necat, *''Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme''*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi'', 2016(126), s. 71.

çalışmalarında ve ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı ile ve daha birçok alanda söz konusu bilim dalından yararlanılmaktadır<sup>211</sup>.

Ceza muhakemesi bakımından yapılan moleküler genetik incelemede aslında kişilerin DNA analizleri yapılmaktadır. DNA, tıpkı parmak izi gibi her kişide farklıdır. Yalnızca tek yumurta ikizlerinin DNA'sı aynıdır. DNA, kişinin vücudunda yer alan tüm hücrelerde bulunmakta olup kişilerin kimliklerinin tespitinde kullanılabilir keskin bir çözümdür. Ceza yargılamasında, kişilerin vücutlarından alınan kıl, tüy, sperm gibi örnekler ve olay yerinde bıraktıkları sigara izmaritinden, bardağa bulaşmış biyolojik materyallerden DNA örneğine ulaşılarak fail tespit edilebilmektedir<sup>212</sup>.

Moleküler genetik inceleme, CMUK'un 66. maddesinde tıpkı beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri gibi son derece yetersiz bir düzenleme ile yer almaktaydı. Moleküler genetik incelemenin özellikle insan öldürme, yaralama, cinsel istismar ve cinsel saldırı gibi suçların aydınlatılmasında önemine binaen CMK'nın 78 ile 80. maddeleri arasında detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin 12 ila 14. maddeleri arasında moleküler genetik incelemeye yer verilmiştir. Böylece şüpheli, sanık veya diğer kişiler üzerinden alınan biyolojik materyaller mukayese edilerek gerçek suçlulara ulaşabilmenin yolu açılmıştır.

Moleküler genetik incelemenin konusu genel anlamda tüm canlılarda bulunan biyolojik materyallerdir. Ceza muhakemesi bakımından ise yalnızca insan vücudunda yer alan biyolojik materyaller ve insan vücudundan cansız bir nesneye bulaşmış olan biyolojik materyallerdir. İşte bu bağlamda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma girift olan koruma yöntemleridir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri ile alınan biyolojik materyaller moleküler genetik incelemenin konusunu oluşturmaktadır<sup>213</sup>.

Öğretide, moleküler genetik incelemenin hukuki niteliği ele alındığında; beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen verileri incelemesi nedeniyle söz konusu tedbirin bir uzantısı olduğu dolayısı ile bir koruma tedbiri olduğu belirtilmektedir. Başka bir açıdan ise, moleküler genetik inceleme, yalnızca muayene ve örnek alma işlemi sonucu elde edilen verileri değil iz

<sup>211</sup> GÜNGÖR, Devrim/BAKŞI, Okan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:3, Eylül, 2009, s. 67.

<sup>212</sup> ÖZTÜRK,/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 233.

<sup>213</sup> BATUR, s.74.

materyalleri de inceleme konusu yaptığından keşif ve bilirkişi niteliklerini taşımaktadır<sup>214</sup>. Moleküler genetik incelemeler, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi hem koruma tedbiri özelliğine sahip olup hem de keşif ve bilirkişi niteliği taşımaktadır.

Moleküler genetik inceleme, koruma tedbirlerinin kanunilik, orantılılık gibi ilkelerine uygun yapılmak zorunda olması ve temel hak ve özgürlüğü sınırlaması nedeniyle koruma tedbirlerinin özelliklerini taşımaktadır. Bununla birlikte koruma tedbirlerinin birtakım özellikleri moleküler genetik incelemede bulunmamaktadır. Örneğin moleküler genetik incelemenin iz materyaller üzerinde yapılması halinde zorlamadan söz edilmez. Fakat beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri sonucu elde edilen biyolojik salgılar üzerinde yapılan bir mukayese işleminde moleküler genetik incelemenin de zorlama içerdiği söylenebilir. Görüldüğü üzere beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri ile moleküler genetik incelemeler birbiri ile çok yakın olan ve birbirini tamamlayarak delil elde etmeye yarayan yöntemlerdir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri başta olmak üzere koruma tedbirlerine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başvurulmaktadır. Oysa ki moleküler genetik incelemede gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunmamaktadır. Elde edilen biyolojik materyaller üzerinde iki yıl boyunca inceleme yapılabilmektedir. Bu noktada tedbir, koruma tedbirlerinden ayrılmaktadır<sup>215</sup>.

Ceza muhakemesinde yer alan her koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Örneğin, tutuklama koruma tedbiri kişinin temel hak ve özgürlüklerini daha çok kısıtlarken adli kontrolde tutuklamaya nazaran daha az kısıtlama söz konusudur. Moleküler genetik inceleme de az da olsa temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına neden olmaktadır. Bununla birlikte koruma tedbirine genellikle soruşturma aşamasında henüz olay tam anlamıyla çözümlenmeden başvurulmak zorunda kalındığından gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı haklı bir gerekçe olarak hukuk sistemimize girmiştir. Gecikmezlik halinin oluşması için de derhal müdahale edilmediği durumlarda delil kaybının yaşanacağı ihtimali bulunmalıdır<sup>216</sup>. Belirttiğimiz üzere, moleküler genetik inceleme için elde edilen

---

<sup>214</sup> ALTAŞ, s. 81.

<sup>215</sup> ALTAŞ, s. 82.

<sup>216</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 838.

veriler iki yıl boyunca inceleme konusu yapılabildiğinden gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, söz konusu tedbir için geçerli bir kavram değildir.

CMK'da moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için aranan şüphe derecesi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirinde olduğu gibi kanunda düzenlenmemiştir. Tedbir, diğer kişiler bakımından da uygulanabildiğinden başlangıç şüphesi ile tedbire karar verilebileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte moleküler genetik incelemeye karar verme yetkisi, yalnızca hâkime verilmiştir. Yargıtay kararlarında da bu karar verme yetkisinin hâkime verildiği açıkça ifade edilmektedir<sup>217</sup>. Kanun koyucunun C. Savcısına yetki vermemesinin sebebi söz konusu tedbirde gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Moleküler inceleme yapılmasına karar veren hâkim, kararında hangi bilirkişinin görev yapacağını belirtmekle yükümlüdür. Ayrıca hâkim, bilirkişiyi görevlendirirken soruşturma ve kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden ayrı bir teşkilat veya birime mensup olan kişileri seçmek zorundadır.

Kanaatimizce kanun koyucu, bilirkişi atanırken birtakım şartlar getirerek yapılacak bilirkişi incelemesinin objektif kurallara uygun olarak gerçekleştirilmeyi hedeflemiştir. Bilirkişinin soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makamla bir ilişkisi olduğu durumlarda objektif davranmama olasılığı tamamı ile ortadan kaldırılmak istenmiştir. Karada bilirkişinin isminin yazılması zorunluluğu da bu amaçtan kaynaklanmaktadır.

CMK'da hangi kurumların bilirkişi görevi üstleneceği belirtilmemiştir. Yönetmelikte ise, Üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu belirtilmiştir. Bu düzenlemenin CMK'da yer almasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

<sup>217</sup> '...Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 76. maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir düzenlemesiyle aynı Kanun'un 79/1 maddesindeki 78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir, hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hâkim kararı ile mümkün olduğunun gözetilmemesi...'

Y. 6. CD, 11.04.2011, 2009/18701 E. 2011/5063 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2422#>, Erişim Tarihi: 15.05.2018).

Moleküler genetik incelemeyi yapan kişiler, incelemeyi yaparken son derece özenli davranmakla yükümlüdürler. Tedbir, kişilerin kimliği niteliğindeki gen haritasını deşifre ettiğinden incelenen bulgu tedbire maruz kalan kişilerin adı, soyadı, adresi ve doğum bilgileri gizli tutularak bilirkişiye teslim edilmektedir. Bilirkişi de söz konusu bilgileri hukuka uygun yöntemlerle incelemek zorundadırlar. Ayrıca bilirkişi, söz konusu bilgilerin yetkisiz üçüncü kişilerin eline geçmesini önlemek için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Tedbir, soy bağının tespiti, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen veriler ile olay yerinden alınan iz materyallerin mukayese edilebilmesi amacıyla yapılmaktadır. Moleküler genetik inceleme, başka bir amaçla yapılamaz. Ayrıca tedbir uygulanırken gerçekten amaca hizmet edecekse kişilerin kimliği niteliğinde olan DNA'ları analiz edilmelidir. Aksi takdirde kişiye özgü nitelikte olan bilgiler boş yere çözümlenmiş olacak ve kişisel verilerin gizliliği ilkesi ihlal edilecektir.

CMK'da moleküler genetik incelemenin hangi suçlar bakımından yapılacağı ve suçların ceza sınırı belirtilmemiştir. Ancak moleküler genetik incelemenin yapılabilmesi için öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulması zorunludur. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulabilmek içinse üst sınırı iki ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçların işlenmiş olması gerekmektedir. Bu durumda moleküler genetik inceleme de iki yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından yapılamayacaktır<sup>218</sup>.

CMK, moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen bilgilerin gizliliği başlığı altında kişisel veriler koruma altına alınmıştır. CMK m. 80'e göre, CMK, m. 75, 76 ve 77. madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğundan başka bir amaçla kullanılmayacağı ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilmesi gerektiği ve bu işlemin tutanak altına alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.

---

<sup>218</sup> ALTAŞ, s. 92.

CMK, 5353 Sayılı Kanun ile değişmeden önce, moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen kişisel veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilmekteydi. Kanun değişikliği öncesi, CMK, verilen hükmün ne yönde olduğuna bakmaksızın kesinleşmesi halinde yok edilmesini şart koşmuştu. Yapılan değişiklik sonrasında ise CMK, her türlü hükmün kesinleşmesi sonucu kişisel verilerin yok edilmesine izin vermemiştir. Yalnızca beraat ve ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleştiği durumlarda söz konusu bilgilerin silinmesine izin vermiştir. Mahkûmiyet halinde kişisel veriler yok edilemeyecektir. CMK’da mahkûmiyet halinde yok edilmeyen kişisel verilerin ne şekilde muhafaza edileceği düzenlenmemesi büyük bir eksiklidir<sup>219</sup>.

Yönetmeliği incelediğimizde ise, 14. madde de kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleştiğinde yok edileceği fakat olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. O halde, Yönetmelik metninden iz materyaller bakımından sadece mahkûmiyet kararları kesinleştiğinde değil diğer karar türleri bakımından da iz materyallerin saklanabileceği manası doğduğu düşünölmektedir.

CMK’da genetik incelemenin konusu olan beden muayenesi ve vücuttan alınan örnekler ve olay yerinden alınan diğer delillerin hangi karar çeşidi sonucuna göre silineceği veyahut arşivlenip arşivlenmeyeceğine ilişkin detaylı bir düzenleme getirmelidir. Çünkü CMK ile Yönetmeliğin moleküler genetik incelemede verilerin imhası konusunda aynı hükümleri içermedikleri görölmüştür. CMK, olay yerinden elde edilen delillere ilişkin herhangi bir hüküm getirmezken Yönetmeliğin 14. maddesinde, olay yerinden elde edilen diğer deliller yani iz materyallere ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. CMK m. 80’de iz materyalleri saklı tutmaması uygulamada sorunlar teşkil edecektir. Bu sebeple CMK, olay yerinden elde edilen delillerin yok edilmesi ile beden muayenesinden elde edilen delillerin yok edilmesinin aynı sonuçları doğurmayacağını gözetmelidir. Olay yerinden elde edilen iz materyallerin imha edilmesi sonucu söz konusu delillere bir daha ulaşmak mümkün olmamaktadır. CMK’nın iz materyallerin arşivi hususunu detaylı olarak düzenlemesinin yerinde olacağı düşünölmektedir.

---

<sup>219</sup> şAHİN, s. 251 vd.

Tedbir sonucu verilen kararlara itiraz edilip edilmeyeceği CMK'da düzenlenmemiştir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma koruma tedbirinde ise, hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği CMK'da açıkça düzenlenmiştir. O halde moleküler genetik inceleme bakımından, CMK m.267'de belirtilen "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilecektir"<sup>220</sup>.

### **C. Fizik Kimliğin Tespiti İle Karşılaştırılması**

Fizik Kimliğin tespiti, ceza muhakemesinde yapılan maddi gerçek arayışında şüpheli veya sanığın kimliğinin tespit edilebilmesi amacıyla fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınması işlemlerine denilmektedir.

Fizik kimliğinin tespiti ile canlı veya ölü bir kişinin diğer kişilerden ayrımını sağlayan bir işlem gerçekleştirilmektedir. Böylece ceza muhakemesinde mağdur ve faile ulaşılabilen veya olay yerinden elde edilen biyolojik bulguların incelemesi yapılarak hangi kişiye ait olduğu belirlenebilmektedir. Soruşturma aşamasında iddianamenin düzenlenebilmesi için öncelikle şüphelinin kimliği saptanması gerekmektedir. Bu sebeple fizik kimliğin tespitinin ceza yargılamasındaki önemi büyüktür. Fizik kimliğin tespiti kapsamında yapılan incelemelerde; fiziki tespit, gözle tespit, fotoğraf ile tespit, bireysel tanımlayıcı izler yardımı ile tespit(Parmak izi, avuç izi, diş izi, kulak izi, göz ve iris tanımlama vb. ile tespit), vücut sıvı ve dokuları yardımı yöntemleri kullanılmaktadır<sup>221</sup>.

Fizik kimliğin tespiti, olay yerinden alınan örneklerin incelenerek kimliğin tespitine yönelik bir işlem olup, kimliğin bir bakıma fişlenmesi anlamını taşımaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri ile fizik kimliğin tespitinin amacı paralellik taşımakla birlikte bu tedbir kapsamında yapılan vücudun muayenesinde yalnızca şüpheli, sanık ve diğer kişilerin vücudundan alınan örneklerin incelenmesi yapılmaktadır<sup>222</sup>.

Fizik kimliğinin tespiti tedbirine başvurulmasının amacı, ceza muhakemesinde gerçek mağdur veya faili bulmaktır. Ceza muhakemesinde suç

<sup>220</sup> ALTAŞ, s. 99.

<sup>221</sup> GÜNEŞ, İsmail, 'Eşkâl Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan 2007, s. 181.

<sup>222</sup> İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, (Armağan), s. 1168.

işlediği yönünde şüpheli duyulan kişinin hatalı tespit edilmesi halinde muhakeme yanlış kişiye yönlendirilmiş olacak ve belki de masum olan bir kişinin haksız yere cezalandırılması yoluna gidilecektir. Garçon'un da ifade ettiği üzere ‘*ben bir suçsuzu cezaevinde görmektense on suçluyu dışarıda görmeyi tercih ederim*’ diyerek ceza muhakemesinde her ne şekilde olursa olsun delil elde etme amacının uygun olmadığını dile getirmiştir. Bu noktada gerçek suçlulara ulaşabilmek amacıyla fizik kimliğin tespiti yoluna gidildiği görülmektedir<sup>223</sup>. Yargıtay da ilgili kararında fizik kimliğin tespitinin yapılması amacıyla sanık ve mağdurun öncelikle yüzleştirilmesi gerektiğini ve bu durumun mümkün olmaması halinde ise sanığın teşhise elverişli yeni çekilmiş fotoğraflarının temin edilerek teşhisin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiş ve söz konusu işlemin yapılmamasını bozma nedeni yapmıştır<sup>224</sup>.

Fizik kimliğin tespitinde inceleme yalnızca şüpheli veya sanık üzerinde yapılmaktayken beden muayenesi ve örnek alma işleminde şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından da inceleme yapmak mümkündür.

Fizik Kimliğin Tespiti, CMK'nın 81. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, fizik kimliğin tespiti için şüpheli veya sanığın üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan yargılanıyor olması gerekmektedir. Kanun koyucu, beden muayenesi ve vücutta örnek alma ve moleküler genetik inceleme tedbirlerinde olduğu gibi ceza üst sınırına ilişkin bir şart koyarak hafif suçlarda tedbire orantısız bir şekilde başvurulmasının önüne geçmiştir.

Şüpheli ve sanığın ceza üst sınırı iki yıl veya daha fazla olan bir suçtan yargılandığı hallerde ise, Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti için fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulabilecektir. Görüldüğü üzere fizik kimliğin tespitine savcı karar vermekte, hâkim kararı aranmamaktadır. Oysa ki beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemi için hâkim kararı zorunludur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemi

<sup>223</sup> ÖMEROĞLU, Ömer, ‘*Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Fizik Kimlik Tespiti*’, TBB Dergisi, 2014(115), s. 64.

<sup>224</sup> Y. 15. CD, 22.05.2014, 2012/17219 E. 2014/10245 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=2422#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018). Benzer kararlar için bkz. Y. 6. CD, 09.06.2011, 2009/29744 E. 2011/8193 K.

(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018), Y. 6. CD, 15.06.2009, 2006/12523 E., 2009/10285 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018), Y. 6. CD, 22.12.2008, 2006/129 E. 2008/124448 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-1543#>, Erişim Tarihi: 16.05.2018).



yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da verilebilmekte ise de Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkime onaylatmak zorundadır. Aksi takdirde elde edilen veriler, hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.

Fizik kimliğin tespitine ilişkin CMK m. 80'de yer alan düzenleme, 5353 sayılı kanun ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır. Değişiklikten önce, tedbire Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından karar verilebilmekteydi. Maddenin şimdiki halinde ise, yalnızca Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise adli kolluk da tedbirin uygulanması emri verebilecektir.

Öğretide, fizik kimliğinin tespiti işleminin soruşturma evresinde başvuru olan bir kolluk işlemi olduğu belirtilmiş ve 5353 sayılı Kanun değişikliği sonrası, kovuşturma aşamasında da tedbirin uygulanmasının Cumhuriyet savcısının yetkisine bırakılmasının uygun olmadığı öne sürülmüştür<sup>225</sup>. Kanaatimizce de ceza muhakemesinde yapılacak bir suç soruşturmasında öncelikle şüpheli veya şüphelilerin kimliğinin tespiti zaruridir. Kimlik tespit edilmeden kovuşturma aşamasına geçilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple işlemin soruşturma aşamasına ilişkin bir işlem olma özelliği ağır basmaktadır. Ayrıca kovuşturma aşamasında yapılan işlemlere Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi uygun değildir. CMK'da fizik kimliğin tespitine ilişkin düzenlemenin soruşturma ve kovuşturma aşamaları göz önüne alınarak tedbire karar verecek makam bakımından yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Fizik Kimliğin tespiti ayrıca Yönetmelik m.15'de de düzenlenmiştir. CMK m. 81'de belirtilen üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçlarda şüpheli veya sanığın fizik kimliğini tespit etmeye yarayan fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi ve bedeninde yer almış olup da teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınacağı hususu Yönetmelikte de ifade edilmiştir. Ayrıca Yönetmelikte CMK'da yer almayan hususlara da yer verilmiştir. Şöyle ki; Yönetmeliğe göre; fizik kimliğin tespitini tedbirin uygulanmasında konusunda özel eğitim almış kolluk ve mensubu yapmak zorundadır. Uzman kolluk, tedbiri uygularken ilk olarak elin iç yüzeyindeki derinin özel ve kıvrımlı şekilleri

---

<sup>225</sup> ŞAHİN, s. 254.

olan parmak ve avuç izleri, fotoğrafı ve eşkâl bilgilerini kullanmalıdır. Ayrıca fizik kimliğin tespitinde kişinin ağızındaki dişlerin incelenmesini diş hekimi yapacaktır.

CMK’da yalnızca Cumhuriyet savcısına verilen fizik kimliğin tespitine karar verme hakkı, Yönetmelikte yer alan düzenleme ile kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkemeye tanınmıştır. Kanaatimizce Yönetmeliğin düzenlemesi uygulamada daha elverişli olacaktır. Kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkeme görevli olduğuna göre bu yetkiyi Cumhuriyet savcısından istemesi uygun değildir. CMK ile Yönetmelik bir arada değerlendirildiğinde; kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ile hâkim veya mahkemenin fizik kimliğin tespitine karar verme konusunda yetkili olduğu söylenebilir. CMK ile Yönetmelik hükümleri arasında doğan farklılık nedeni ile fizik kimliğin tespitine soruşturma ve kovuşturma aşamalarında hangi makamın karar vereceği ayrıntılı olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

CMK’ya göre, fizik kimliğin tespiti sonucu elde edilen veriler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleştiğinde ise Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilip, tutanağa geçirilmektedir. O halde mahkûmiyet halinde elde edilen veriler yok edilmeyecektir. Keza Yönetmeliğin “Verilerin Korunması” başlıklı 17. maddesine göre de; mahkûmiyet kararı verilmesi halinde söz konusu verilerin arşivleneceği düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan koruma tedbirlerinden yalnızca fizik kimliğin tespitinde elde edilen verilerin ne şekilde arşivleneceği düzenlenmiştir. Öğretide yer alan bir görüşe göre, kimlik tespiti sonucu elde edilen verilerin başka bir ifadeyle önleyici kolluk hizmeti dışında fizik kimliğin tespiti ile elde edilen verilerin arşivlenmesi suçluların belirlenerek muhakemenin sonuçlandırılması bakımından ileri bir adımdır<sup>226</sup>. Bu görüşe zıt başka bir görüşe göre ise, fizik kimliğin tespiti ile elde edilen verilerin mahkûmiyet halinde ne şekilde arşivlenmesinin gerektiği CMK’da açıkça belirtilmemiştir. Ayrıca başka bir kanunda da verilerin arşivlenmesi konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple Yönetmeliğin bu hükmünün yasal dayanağının olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, CMK’nın 82. maddesine göre Kanunun 75 ve 81. maddelerinde belirtilen

---

<sup>226</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN s. 527.

işlemlerin ne şekilde yapılacağına ilişkin usuller yönetmelikle düzenlenmiştir. Oysa ki arşivleme, esasa ilişkin bir işlem olup CMK m. 82'ye aykırıdır<sup>227</sup>.

Kanaatimizce, CMK'da yalnızca mahkûmiyet kararlarına ilişkin kimlik tespitini sağlayan verilerin arşivlenmesi ceza muhakemesinin aydınlatılması hususunda çok önemli bir gelişmedir. Fakat kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliği gösteren ve adeta fişlenmelerini sağlayan söz konusu verilere ilişkin düzenlemenin Yönetmelik ile değil CMK'da açık ve ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınması gerekmektedir.

Fizik kimliğin tespitinde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların hâkime onaylatılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının verdiği fizik kimliğin tespiti kararlarına karşı yalnızca asıl hükümle birlikte istinaf kanun yoluna gidilebilecektir. Kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkemenin verdiği fizik kimliğin tespiti kararlarında ise itiraz kanun yolu açıktır.

### **III. TEDBİRİN DENETİMİ**

#### **A. Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Muayene ve Örnek Alma**

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşarak suçun aydınlatılmasıdır. Bu gerçek arayışında tıp biliminin ve teknolojinin gelişimi ile birlikte en önemli delil elde etme araçlarından biri de beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri olmuştur. Bu delil, hukuka uygun şekilde elde edilmelidir. CMK ve Yönetmelik, tedbirin hangi usullerle hukuka uygun şekilde uygulanabileceğini ve bu suretle delil elde edilebileceğini hükme bağlamıştır. Zira modern hukuk anlayışına göre delil elde etmekten daha önemli olan husus, insan onur ve haysiyetinin korunmasıdır. Bu nedenle hukuka aykırı olarak yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, başta Anayasa ve CMK olmak üzere AİHS'in de ihlali anlamına gelecek ve hukuka aykırı olarak elde edilen deliller ceza yargılamasında kullanılmayacaktır<sup>228</sup>.

Ceza yargılamasında olmazsa olmaz nitelikte araçlardan olan deliller, hukuk davalarından farklı olarak ceza davalarında yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir. Delilsiz bir ceza yargılaması düşünülmemeyeceği gibi yargılamada kullanılan delilin de yasak delillerden olması halinde hâkimin veya mahkemenin

<sup>227</sup> ŞAHİN, s. 256.

<sup>228</sup> GEZER, Özge Sırma, "Hukuka Aykırı Delillerin Türk Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, Ocak, 2017, s. 190.

vereceği karar, hakkaniyet ve adalet kavramlarıyla ilişkili olmayacaktır. Bununla birlikte ceza yargılamasında kullanılan deliller bakımından delil serbestisi ilkesi geçerli olsa da kişilerin zarar görmemeleri adına her ne pahasına olursa olsun delil elde etme anlayışından hukuka uygun delil elde etme anlayışına geçilmiş ve delil yasakları kavramı doğmuştur<sup>229</sup>.

Delil serbestisi/delillerin serbest değerlendirilme ilkesi, CMK m.271/1'de '*hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir*' maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte bilimsel delillerin muhakemede kullanılmaya başlanması ile birlikte delil serbestisi ilkesi kısıtlanmaya başlamıştır<sup>230</sup>. Çünkü hâkimin bilimsel açıdan kesine yakın sonuç veren vücuttan alınan DNA örneği üzerinde yapılan moleküler inceleme sonucunda elde edilen delili, vicdani kanaatine göre reddetmesi bilimle çatışması anlamını taşıyacak ve hâkim veya mahkeme, gerekçeli kararında bu hususu açıklayamayacaktır.

Delil serbestisi ilkesi, her şeyin delil olarak muhakemede kullanılabilmesi anlamını taşımakla birlikte sınırsız değildir. Hâkim, her ne kadar vicdani kanaatine göre bir değerlendirme yapacak olsa da CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasında delillerin reddi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; deliller, kanuna aykırı elde edilmiş ise, muhakemede kullanılan delilin olaya etkisi yoksa ve delil sadece yargılamayı uzatmak amacı ile kullanılıyorsa reddedilecektir. Bir delilin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için gerçekçi, akılcı, karara etkisi bulunan nitelikte ve hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde yer alan delil serbestisi ilkesiyle hâkimin vicdani kanaatine göre hakkaniyetli bir karar vermesini sağlamakla birlikte delillerin elde edilme usulleri kanun ile düzenlenerek bu ilkenin sınırları çizilmiş ve keyfiliğin önüne geçilmiştir<sup>231</sup>.

Delil yasakları ise ceza muhakemesinde delillerin elde edilmesi veya değerlendirilmesine getirilen söz konusu sınırlamaları ifade etmektedir. Delil yasaklarını delil elde etme ve delil değerlendirme yasakları olarak ikiye ayırmak mümkündür. Deliller ise beyan, belge ve belirti delili olarak üç başlık altında

<sup>229</sup> GEZER, s. 190.

<sup>230</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 384.

<sup>231</sup> KOCA Mahmut, '*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 2006, s. 213.

toplanabilir<sup>232</sup>. İşte beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, söz konusu üç delil türü içinden belirti delili olup, hukuka aykırı olarak elde edildiğinde veya değerlendirildiğinde delil yasakları kapsamına girecek ve yargılamada kullanılamayacaktır. Keza Anayasa m.38/6'da ‘‘Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil sayılamaz’’; ve CMK m.217/2'de ‘‘Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebilir’’ hükümleri ile güvence altına alınmıştır.

Konumuz bakımından ceza muhakemesinde delil yasaklarının üstlendiği görev, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleyi önlemek ve söz konusu hakları korumaktır. Delil yasakları, tedbirin CMK'ya aykırı olarak uygulandığı zaman veya hukuka aykırı olarak elde edilip değerlendirildiği zaman söz konusu olacaktır. Doktrinde; delil elde etme ve delil değerlendirme yasakları ayırımının yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe gerekçe olarak CMK m.217/2'de’’ yüklenen suç hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebilir’’ hükmüne dayanmaktadır. Çünkü hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delil, otomatik olarak ceza muhakemesinde değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple delil elde etme ve değerlendirme yasağı yerine ‘‘delil yasağı’’ kavramının kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>233</sup>.

Başka bir görüşe göre ise, mevzuatımızda yer alan kanunların kullanılmasını kesin olarak yasakladığı ve yok edilmesini emrettiği deliller ile CMK m. 148'de belirtilen yasak usullerle elde edilen ifadelerin sanığın rızası olsa dahi delil olarak kullanılmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte söz konusu haller dışında kalan hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, istisnai hallerde kullanılabilir. Burada istisnai hal kavramından kasıt, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin sanığın temel haklarını ihlal eden bir hak ihlali boyutunda olup olmadığıdır. Hüküm, Anayasa'nın 36. maddesine göre adil ise hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olsa dahi kullanılabilir<sup>234</sup>.

Kanaatimizce; hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin ceza muhakemesinde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini, istisnai hallerde adil bir yargılamanın olduğu varsayımına

<sup>232</sup> AKBULUT Berrin, s. 6; KAŞIKARA M. Serhat, ‘‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:4, Sayı:10, Ağustos 2009, s.186.

<sup>233</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 396-397.

<sup>234</sup> YENİSEY, Feridun, ‘‘Ceza Muhakemesi Hukukunda(Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş )Delil’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, Ağustos, 2007, s. 34-35.

dayanarak hüküm kurulması, hak ihlalleri yaşanmasına sebep olacaktır. Keza Anayasamızın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile ‘‘ kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez’’ hükmü eklenmiştir. Bu sebeple hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde hükme esas teşkil etmemelidir.

Delil yasaklarının ceza muhakemesindeki önemine binaen konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri, CMK m.75 ve 76 ve Yönetmelik hükümleri ile tedbirin hukuka aykırılık oluşturmadan ne şekilde yapılacağına ilişkin hükümler içermektedir. Bu hükümlere göre elde edilmeyen deliller, delil yasağı kapsamına girecek ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Bu kapsamda tedbir bakımından delil yasaklarını incelediğimizde; CMK 75 ve 76. maddelerine göre elde edilen veriler, kişisel veri niteliğinde olup ceza muhakemesi dışında kullanılmalrı ve hükme esas teşkil etmeleri yasaklanmıştır. Tedbirin uygulanması sonucu elde edilen veriler, delil konusu yasakları kapsamına girmektedir<sup>235</sup>.

Delil aracı niteliğinde olan deliller ise, muhakemede ispatlatılmak istenen olaya şahit olan kimsenin menfaatlerini korumak ve vicdani bakımdan kötü hissetmesini önlemek amacı ile bu kişilerin menfaati toplum menfaatinden üstün tutulmuş ve muhakemede tanık olarak dinlenilmeleri yasaklanmıştır<sup>236</sup>. CMK m.76/4’de ‘‘Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden ve vücuttan örnek almadan kaçınılabılır’’. Hükmü ile tanıklıktan çekinme hakkı olanların söz konusu hakkı kullanmalarına rağmen tanıklıklarına başvurulursa hukuka aykırı delil kapsamına girecektir.

Delil metodu elde edilmesi yasaklarında ise delil elde edilirken kullanılan metot, hukuka aykırı nitelikte ise söz konusu yasak kapsamına girecektir. Burada konusu bakımından yasaklanan bir delil söz konusu değildir<sup>237</sup>. Örneğin, bir suç soruşturmasında mağdurun rızasının hile ile dış beden muayenesi bakımından rızası alınıp, iç beden muayenesinin uygulandığı bir durumda delil metodu yasağı oluşacaktır. Bu haller dışında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hâkim kararı ile bir hekim tarafından yapılmaması veya hukuka uygun bir şekilde elde edilen delilin kişisel veri niteliğinde olduğu göz ardı edilerek soruşturma veya

<sup>235</sup> YENİSEY, s. 37.

<sup>236</sup> KAŞIKARA, s. 195.

<sup>237</sup> YENİSEY, s. 37.

kovuşturma dışında kullanılması durumları gibi daha birçok örnek verilebilmesi mümkün hallerde hukuka aykırı(yasak delil) söz konusu olacak ve yasak deliller, ceza muhakemesinde değerlendirilemeyecektir.

## **B. İtiraz**

Ceza muhakemesinde ilk derece mahkemesince verilen karar, kesin hüküm teşkil etmemekte ve bu aşamadan sonra denetim muhakemesi adı verilen bir süreç başlamaktadır. İlk derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunun düşünüldüğü hallerde söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak amacıyla kararın maddi ve/veya hukuksal yönden bir kez daha incelenmesi talep edilebilecektir. Denetim muhakemesinde karar, bir kez daha aynı mahkemede incelenebileceği gibi başka bir mahkemede de incelenmesini mümkün kılan hukuksal yollar bulunmaktadır. Bu yollar, itiraz, temyiz, istinaf, olağanüstü itiraz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesidir<sup>238</sup>.

Denetim muhakemesine kimlerin başvurabileceği CMK m. 260 ve devamında sayılmıştır. Bu maddeye göre, hâkim ve mahkeme kararlarına karşı, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan, katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek nitelikte suçtan zarar görenler kanun yollarına başvurma hakkına sahiptir.

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından gidilebilecek kanun yolu CMK'nın 75/6 ve 76/5 maddeleri gereği itiraz kanun yoludur. Kural olarak hâkim ve kanunun gösterdiği hallerde mahkemenin verdiği tedbir kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilecektir. İtiraz kanun yolu, Yönetmelikte de düzenlenmiştir.

Yönetmelik m.24'e göre; Yönetmeliğin 4 ila 10. maddeleri gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilecektir. İtiraz halinde CMK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda, İtiraz kanun yolu, denetim muhakemesinde olağan kanun yollarından biri olup CMK m.267'de düzenlenmiştir.

İtiraz, henüz kesinleşmemiş olan hâkim kararları ve kanunun açıkça belirttiği hallerde mahkeme tarafından verilen son karardan önceki ara kararlarda maddi ve

---

<sup>238</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 641; CENTEL/ZAFER, s.735;SOYASLAN,s.526;ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 726 vd; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 321; ALAN, Bayram Volkan, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu’, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:8, Sayı:74, Ocak, 2016, s. 13.

hukuka aykırılıkların bulunması sebebiyle bir başka yargı organı tarafından yeniden incelenmesini ve denetlenmesini sağlayan olağan bir kanun yoludur<sup>239</sup>.

İtirazın konusu, kural olarak hâkim kararları ve kanunun gösterdiği hallerde yani istisnai olarak mahkemelerin ara kararlarıdır. Kanunda aksi belirtilmedikçe; soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin kararlarına, mahkeme naibinin kararlarına, istinabe olunan hâkimin kararlarına, mahkeme başkanı sıfatıyla verilen kararlara itiraz edilebilecektir. Mahkemenin verdiği kararlara itiraz bakımından ise söz konusu kararın son karardan önce verilen ve son karara esas teşkil etmeyen nitelikte bir ara karar olması gerekmektedir. Şayet mahkemenin verdiği karar, esasa ilişkin bir ara karar ise, itiraz yerine istinaf yoluna gidilecektir<sup>240</sup>.

İtiraz, henüz kesinleşmemiş olan kararlara karşı gidilebilen bir denetim muhakemesi yolu olması sebebiyle olağan kanun yollarındandır. CMUK'ta itiraz, adi ve acele olmak üzere iki şekilde düzenlenmekteydi. Adli itiraz, kural olarak yapılırken acele itirazın hangi durumlarda yapılacağı kanunda belirtilmiştir. Adi itiraz bakımından herhangi bir süre şartı aranmazken acele itirazın yedi gün içinde yapılması zorunluluğu vardı. CMK'nın yürürlüğe girmesi sonucu adi ve acele itiraz ayrımı ortadan kalkmıştır. İtiraz, yedi günlük süreye tabi kılınmıştır. Ayrıca itiraz kanun yoluna gidilebilecek kararlar, kanunda açıklanmıştır. CMK, itiraz kanun yoluna gidilebilecek kararları genel olarak tek maddede belirtmek yerine ilgili her maddede hangi mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceğini ayrı maddelerde açıklamıştır<sup>241</sup>.

İtiraz, hâkim veya kanunda açıkça belirtilmiş olan mahkeme kararlarına karşı, kararın tefhim veya tebliğ ile öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde itiraza konu olan kararı veren makama bir dilekçe sunulması suretiyle veya zabıt kâtibine verilen beyanın tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılır. Kararı veren hâkim veya mahkeme, itirazı haklı bulduğu takdirde vermiş olduğu kararı düzeltmektedir. Şayet kararı veren hâkim veya mahkeme, itirazı maddi ve hukuki yönden yerinde buluyorsa üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili makama gönderecektir<sup>242</sup>. İtiraz incelemesinin asıl kararı veren merciden başka bir makam tarafından yapılması

<sup>239</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 670; CENTEL/ZAFER, s. 735; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 726 vd., SOYASLAN, s. 526 vd., TOROSLU/FEVZİOĞLU, s. 321 vd., AYDIN, Devrim, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz', TBB Dergisi, Sayı:65, 2006, s. 63-64.

<sup>240</sup> CENTEL/ZAFER, s. 735.

<sup>241</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 727 vd.

<sup>242</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 729.



dolayısıyla itirazın aktarma etkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte itirazın durdurma etkisi yoktur. İtiraz dilekçesinin verilmesi kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucuna yol açmaz. Ancak itiraza konu olan kararı veren makam veyahut itirazı inceleyen bir diğer makam itirazı kabul ederse, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması kararı verebilir. Bu halin tek istisnası, CMK m.74/4'de düzenlenen şüpheli veya sanığın gözlem altına alınmasına kararına yapılan itirazdır. Bu durumda, kararın yerine getirilmesi durdurulmak zorundadır<sup>243</sup>.

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanması sonucunda verilen hâkim veya mahkeme kararlarında maddi veya hukuki bir hatanın olduğunu düşünen şüpheli, sanık veya diğer kişiler, kararı veren makama itiraz edebileceklerdir<sup>244</sup>. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin itirazı, öncelikle işlemin yapılmasından önce işlemin yapılmasına karşı itiraz olabileceği gibi işlem yapıldıktan sonra, işlemin hukuka aykırı metotlarla yapıldığına ve değerlendirildiğine ilişkin itiraz olarak yapılabilmektedir<sup>245</sup>.

Kural olarak itiraz incelemesi, duruşmasız olarak yapılmaktadır. Ayrıca itirazı inceleyen makamın gerekli gördüğü hallerde C. Savcısı veya vekili dinleyebilmektedir. Bununla birlikte İtiraz incelemesi yapılırken şüpheli veya sanığın dinlenebileceğinin düzenlenmemesi yerinde olmamıştır<sup>246</sup>.

İtiraz kanun yolunun durdurma etkisi bulunmadığından muayene kararına itiraz halinde itiraz sonucunun beklenip beklenmemesi konusu önem taşımaktadır. CMK m.75 gereği, dış beden muayenesi için karar alınması gerekmediğinden bu konuda sorun bulunmamaktadır. Fakat iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi için hâkim kararı zorunluluğu olduğundan söz konusu durumda tedbire maruz kalanların temel hak ve özgürlüklerinin zarar görmemesi adına itiraz sonucunun beklenip beklenmeyeceği hususu tartışmalıdır. Kızıllarlan'a göre; CMK, özellikle diğer kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması için itirazın sonucunun beklenip beklenmeyeceği sorunun CMK m.76 ve m. 269'un birlikte değerlendirilerek aşılabileceğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, CMK m.76, diğer kişilerin muayenesi için hâkim kararını zorunlu tutmuştur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C. Savcısının kararı yine hâkim tarafından onaylanmak zorundadır. Ayrıca CMK

<sup>243</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 674.

<sup>244</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 674.

<sup>245</sup> KIZILARSLAN, s. 325.

<sup>246</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 674.

m.76'da diğerk kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına almak amacıyla tedbirin uygulanmasının diğerk kişilerin sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak şartlarıyla uygulanabileceğini belirtmiştir. O halde CMK m. 269'da belirtilen "itirazın kararın infazını ertelemeyeceği" kuralı, diğerk kişiler bakımından da uygulanmalıdır. Aksi halde, deliller kaybolacak ve ceza yargılaması aydınlatılamayacaktır<sup>247</sup>.

Kanaatimizce de; diğerk kişiler, ceza muhakemesi ile doğrudan bağlantılı kişiler değildirler. Dolayısıyla şüpheli veya sanık gibi katlanma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Buna rağmen diğerk kişiler bakımından da itiraz kanun yoluna başvurulması işlemin geri bırakılmasına yol açmamalıdır. Aksi halde delillerin kaybolması ve güvence altına alınamaması sorunları meydana gelecek ve ceza muhakemesi bakımından telafisi imkânsız zararlar doğacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından denetim muhakemesinde başvurulabilecek diğerk bir olağan kanun yolu ise istinaftır. Tedbirin denetimi yolunda itiraz kanun yoluna yalnızca son karara esas teşkil etmeyen ara kararlar bakımından gidilebilmektedir. Oysa ki istinaf kanun yolunda hâkim veya mahkemenin verdiği nihai bir hükme karşı başvuru bir kanun yoludur.

İstinaf, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin hukuki ve maddi açıdan incelenmesini sağlayan kanun yoludur<sup>248</sup>. Bu kanun yolu, kesin hüküm niteliği taşıması sebebiyle olağan kanun yollarındandır. İstinaf kanun yoluna iki tür karara karşı başvuru yapılabilmektedir. Bunlar; ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı ve hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden ayrıca başka bir kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarıdır<sup>249</sup>. O halde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından hükme esas teşkil edecek nitelikte hukuka aykırılıklar ya da maddi hatalar da istinaf başvuru konusu yapılabilecektir. Tedbirin hukuka aykırı yöntemlerle uygulanması ya da hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller sonucu hüküm kurulması sonucu söz konusu hukuka aykırılıklar istinaf kanun yolu ile ileri sürülebilecektir.

<sup>247</sup> KIZILARSLAN, s. 326-327.

<sup>248</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 675; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 733; CENTEL/ZAFER, s. 758; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 338 vd.

<sup>249</sup> ÖZBEK, Veli Özer, 'Olağan Kanun Yolu Olarak İstinaf(CMK m.272-285): Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:11, Sayı:30, Nisan, 2016, s. 8 vd.

## C. Cezai Hükümler ve Tazminat

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliği taşıması sebebi ile tedbirin haksız uygulanması durumunda tedbiri haksız uygulayan kişiler hakkında cezai hükümler uygulanacak ve genel hükümlere göre tazminat söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, hukuka aykırı bir şekilde tedbire maruz bırakılanlar yani şüpheli, sanık veya diğer kişiler, C. Başsavcılığına verecekleri bir şikâyet dilekçesi ile veya doğrudan polis merkezlerine başvurarak şikâyetçi olabileceklerdir. Ayrıca C. Başsavcılıkları da söz konusu hukuka aykırılıkları öğrendikleri andan itibaren re'sen soruşturma başlatmakla yükümlüdürler.

Bir ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı verilen tedbir kararının hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu birçok suçun oluşması mümkündür. 5237 sayılı TCK'nın "Resmi Belge Hükümünde Belgeler" başlıklı 210. maddesinin 2. fıkrasına göre, gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve diğer sağlık mensupları cezalandırılacaklardır. Ayrıca bahsi geçen kişiler, düzenledikleri gerçeğe aykırı belgeden haksız bir menfaat sağlamaları veya kamunun veya kişilerin zararına bir sonuca neden olmaları halinde resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılacaklardır<sup>250</sup>.

Tedbirin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu oluşan başka bir suç ise TCK m.287'de düzenlenen genital muayene suçudur. Bu maddeye göre yetkili hâkim ve savcı kararı olmadan, mağduru genital muayeneye göndermek veya söz konusu muayeneyi yapmak suç teşkil etmektedir. Mağdurun genital bölgesi, iç beden muayenesi kapsamında olup hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonradan hâkim onayına sunulmak üzere C. Savcısı kararı ile yapılabilecektir. Ancak mağdurun hukuka uygun aydınlatılmış rızasının olduğu hallerde genital muayene yani iç beden muayenesi karar alınmadan yapılabilecektir. Mağdurun rızasının olmadığı ya da hile ile alınan rıza ile karar olmaksızın yapılan genital muayene, CMK m.287/1'de yer alan genital muayene suçunu oluşturacaktır<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> KIZILARSLAN, s. 329.

<sup>251</sup> KIZILARSLAN, s. 329; ŞANLI, Nurcihan, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, (Danışman: Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, İstanbul, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T: 08.05.2018).

Bahsi geçen suçlar haricinde tedbir, kişilerin özel hayatlarını ihlal etmektedir. Bu sebeple TCK m.134’de düzenlenen ‘‘Özel Hayatın Gizliliği İhlal’’ suçu da tedbirin uygulanması sırasında şartları oluştuğu takdirde işlenmesi mümkün olan suçlardır. Ayrıca soruşturma makamlarının tedbiri uygularken işkence, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarını işlemeleri mümkündür. Bu suçlardan herhangi birinin işlendiği durumlarda işleme maruz kalanlar suç duyurusunda bulunabileceklerdir.

Tedbirin hukuka aykırı bir şekilde uygulanması sonucu cezai yaptırımla sonuçlanan birçok suçun TCK’da yer aldığı görülmüştür. Tedbire haksız yere maruz kalanlar bakımından adaletin tecelli etmesi açısından TCK’da yer alan suçların önemi büyüktür. Bununla birlikte hukuka aykırı bir şekilde yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri bakımından CMK m.141’de düzenlenen tazminata başvurma olanağı bulunmamaktadır.

Koruma tedbirleri, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil eden işlemlerdir. Bu işlemlerin haksız ve hukuka aykırı olarak uygulanmaları sonucu kişilerin maddi ve manevi zararlara uğramaları mümkündür. CMK, suç soruşturması veya kovuşturmasında haksız uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların devlet tarafından hangi şartlarda tazmin edileceğini CMK m. 141’de düzenlemiştir<sup>252</sup>. CMK m. 142’de tazminat isteminin koşulları, m. 143’de tazminatın geri alınması ve m. 144 ise tazminat isteyemeyecek kişiler düzenlenmiştir.

Koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması sebebi ile tazminata hükmedilebileceği hususu İlk kez 1961 Anayasası’nın AİHS hükümleri ile paralel şekilde düzenlenmesi sonucu ‘‘haksız ve hukuka aykırı yakalama ve tutuklamalar’’ ile sınırlı olmak üzere düzenlenmiştir. Anayasa’nın bu hükmü gereği, 1961 yılında 466 sayılı ‘‘Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun’’ düzenlenmiştir. Bu kanunda ise yalnızca hukuka aykırı olarak yakalanan ve tutuklanan kişilere tazminat ödenmesi düzenlenmiş, diğer koruma tedbirleri bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 1982 Anayasa’sında ise, 2001 değişikliği ile 19. maddenin son fıkrasında, belirtilen esaslar dışında işleme

---

<sup>252</sup> TOROSLU/FEVZİOĞLU, s. 260.

tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel esaslarına göre Devletçe ödeneceği hükme bağlanmıştır<sup>253</sup>.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin son düzenleme, CMK ile yapılmıştır. CMK, 466 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmış ve eski düzenlemeden farklı olarak yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerinin haricinde arama ve elkoyma tedbirleri bakımından da tazminatın istenebileceğini düzenlemiştir. Ayrıca CMK'ya göre, Devletin haksız veya hukuka aykırı uygulanan koruma tedbiri nedeniyle tazminat ödediği durumlarda görevini kötüye kullanan kamu görevlisine, iftira eden ve yalan tanıklıkta bulunan kişilere rücu edebilmesinin önü açılmıştır<sup>254</sup>.

CMK m. 141'de yer alan düzenleme, AİHS'in 5. maddesinde yer alan "Hürriyet ve Güvenlik" başlıklı maddesi ile uyumludur. Bu maddeye göre, "İşbu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı vardır". Kişilerin koruma tedbirlerine haksız bir şekilde maruz kalmaları durumunda devletten tazminat isteyebilmeleri, hukuk devleti olma özelliğinin bir şartıdır<sup>255</sup>. Zira hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun şekilde gerçekleştiren devlet olmakla birlikte tazminatı gerektiren bir şekilde hareket ettiğinde bu sorumluluğu üstlenen ve bu sorumluluğun gereği tazminata katlanan devlettir<sup>256</sup>.

CMK m. 141'e göre, her koruma tedbiri bakımından tazminata başvurulamamaktadır. Kanun maddesinde hangi koruma tedbirleri bakımından tazminata başvurulabileceği belirtilmiştir<sup>257</sup>. Oysa ki CMK m. 141'de belirtilmeyen beden muayenesi vücuttan örnek alınması, iletişimin denetlenmesi, adli kontrol gibi koruma tedbirleri, kişilerin özgürlüklerinin hukuka aykırı bir şekilde en çok kısıtlandığı tedbirlerdir<sup>258</sup>.

<sup>253</sup> BAYTAR, Serdal, 'Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması', TBBD, Sayı:61, 2005, s. 361.

<sup>254</sup> BAYTAR, s. 362.

<sup>255</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN, s. 562-563; CENTEL/ZAFER, s. 436.

<sup>256</sup> AYDIN, Hüseyin, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:18, Nisan, 2012, s. 76.

<sup>257</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEN,, s. 563; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 335; CENTEL/ZAFER, s. 437; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 473; ÜNVER/HAKERİ, s. 491.

<sup>258</sup> KARGI, Halil İbrahim, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Danışman: HAKERİ, Hakan), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Tez No: 278997), (Erişim Tarihi: 13.05.2018), s. 99.

CMK m.141'1'e göre, Şu hallerde tazminat istenilmesi m¼mk¼nd¼r.

a) Yakalama,

b) Tutuklama,

c) Arama,

d) Elkoyma,

e) Kanuni g¼zaltın s¼resi içinde h¼kim ¼n¼ne ıkarılmama,

f) Yakalama veya G¼zaltı işlemlerine karşı Kanun'da g¼sterilen imk¼nlardan yararlandırılmayan,

g) Kanunun 141. maddesinin birinci fıkrası dışında, suç soruşturması veya kovuŐturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri de d¼hil olmak ¼zere h¼kimler ve Cumhuriyet Savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler ve CMK m. 323/3'de yargılamanın yenilenmesi ile ilgili olarak beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde CMK gereği tazminat yoluna başvurmak m¼mk¼nd¼r<sup>259</sup>. O halde, başta konumuz olan beden muayenesi ve v¼cuttan ¼rnek alınması, adli kontrol, telekom¼nikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve belirtilmeyen diğer t¼m koruma tedbirleri bakımından tazminat yoluna gidilemeyecek, Şartları oluŐtuysa genel h¼k¼mlere g¼re tazminat talep edilebilecektir.

CMK'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminata başvurulabilecek tedbirler arasında konumuz olan beden muayenesi ve v¼cuttan ¼rnek alınması tedbirinin bulunmaması CMK'nın b¼y¼k bir eksikliğidir. Beden muayenesi ve v¼cuttan ¼rnek alma, koruma tedbiri y¼n¼ ağır basan bir işlemdir. Bu sebeple bu tedbirin uygulanması sonucu kişilerin başta v¼cut dokunulmazlığı hakkı, ¼zel hayat hakkı gibi birçok hakkına m¼dahale edilmektedir. Bunun dışında bu tedbirin haksız ve hukuka aykırı uygulandığı başka bir deyişle tazminatın doğmasına sebep olacak nitelikte m¼dahalelerin yapılması olasıdır. Bu tedbir, doğrudan kişinin v¼cudunda tıbbi işlemlerin yapılmasını gerektiren ve dolayısıyla haksız uygulandığında yaşam hakkına dahi m¼dahale edebilecek nitelikte bir işlemdir. Dolayısıyla CMK, kişilerin haksız yere g¼zaltına alınmasında dahi tazminat ¼ng¼r¼rken beden muayenesi ve

---

<sup>259</sup> ALBAYRAK, Mustafa, ‘‘*Son Yargıtay Kararları IŞığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesi Kabul Edilen Haller*’’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:118, Haziran, 2016, s. 77.

vücuttan örnek alınması bakımından CMK'ya göre tazminat hükümlerinin bulunmaması kabul edilemez niteliktedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin haksız ve hukuka aykırı uygulandığı ve kişilerin maddi veya manevi zararlarının doğduğu hallerde söz konusu zararların tazmin edilerek kişinin ve toplum vicdanının tatmin olacağı bir tazminatın ödenmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu sebeple koruma tedbirleri nedeniyle doğan tazminatın ödenmesine ilişkin CMK m.141'in başta beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri olmak üzere diğer koruma tedbirlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.



## SONUÇ

1. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, ceza muhakemesinde delil elde etme amacı ile şüpheli/sanık ve diğer kişilerin bedeninin muayene edilmesini ve vücudundan kan veya biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesini sağlayan bir yönüyle keşif ve bilirkişi incelemesi ve ağır basan yönüyle koruma tedbiri niteliği gösteren bir işlemdir.

2. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri ile kişinin özel hayatı kapsamında olan bedeninin muayene edilmesi ve sağlığının riske edilmesi riskini doğuran vücuttan örnek alma işleminin gerçekleştirilmesi sebebi ile temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliği taşıyan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple tedbirin koruma tedbirlerinin en önemli özelliklerinden biri olan kanunilik ilkesi gereği ayrıntılı bir şekilde CMK'da düzenlenmesi gerekmektedir. Dış beden muayenesinin CMK yerine Yönetmelik ile düzenlenmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

3. Çağdaş ceza muhakemelerinde sanıktan delile gitme anlayışı terk edilerek delilden sanığa gitme anlayışı benimsenmiştir. Bu sebeple ceza muhakememizde genellikle soruşturma aşamasında suçu henüz ispatlanmamış, masumiyet karinesi gereği suçsuz kabul edilen kişiler üzerinde tedbirin uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu durum, tedbirin CMK'da ayrıntılı düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Çalışmamızda tedbirin incelenmesi sonucu, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramlarının rastgele seçildiği gözlemlenmiştir. Kanun koyucu, tedbiri düzenlerken başta kavram kargaşası ile tedbiri düzenleyerek tedbire ilişkin düzenlemelerin bilinçli bir şekilde ve titiz bir çalışma ile yapılmadığını göstermektedir. Bununla birlikte tedbirin CMUK'un 66. maddesinde düzenlenen ve "Bilirkişinin Tayini" başlığı altında yalnızca hazırlık soruşturması ile sınırlı bir işlem olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine uygulanacak şekilde düzenlenmiş halinden bu yana CMK ile düzenlenmiş hali ile oldukça gelişme kaydedilmiştir.

4. CMUK'ta yer alan düzenlemenin ceza muhakemesinde son derece yetersiz kalması sebebi ile kanun koyucu, CMK'da tedbiri ayrıntılı olarak düzenlemiştir. CMK'da tedbirin düzenlenmesinin önemi büyüktür. Böylece ceza muhakemesinde bilimsel deliller ile maddi gerçek diğer delillere nazaran kesine yakın bir oranda muhakemede kullanılmış olacak ve şüpheli/sanık hakları zarar görmeden delilden sanığa ulaşılacaktır ve toplum vicdanı rahatlayacaktır.



5. CMK, bilimsel delil elde etmek amacı ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine yer vermiştir. CMK m. 75'te şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, m. 76'da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, m. 77'de ise kadının muayenesinin tanımı yapılmış ve hangi şartlarda tedbire karar verileceği, tedbirin kim tarafından ne şekilde uygulanacağı açıklanmıştır.

6. CMK'yı CMUK ile kıyasladığımızda; tedbir bakımından yapılan düzenlemeler, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından takdir edici nitelikte olmakla birlikte CMK'da eksik düzenlenen birçok husus bulunmaktadır. Bu hususlardan CMK'da düzenlenmesi gereken bölümlerin dahi Yönetmelik ile tamamlanma yoluna gidilmesi Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Yönetmelik, CMK'nın eksikliklerini tamamlamak için hazırlanmış izlenimi doğurmaktadır. Hâlbuki Yönetmelik ile yalnızca CMK'nın uygulanmasını detaylı bir şekilde sağlamak üzere düzenlenmiş olmalıdır.

7. Yaptığımız çalışma sonucu, CMK'da iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin düzenlendiği fakat dış beden muayenesinin CMK yerine Yönetmelik ile düzenlendiği görülmüştür. Hâlbuki koruma tedbirlerinin en temel özelliği kanunilik ilkesidir. Dış beden muayenesi, kişinin bedeninin dış yüzünde ve vücut boşluklarında meydana gelen izlerin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi yöntemlerle tespit edilmesine dair bir inceleme olsa da bedene yönelik bir işlem olması sebebi ile Kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Keza Anayasa'nın 17. maddesine göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamamaktadır. Bu sebeple başta dış beden muayenesi olmak üzere CMK'da tedbir ile ilgili eksik bırakılan hususların CMK metninde ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

Dış beden muayenesi bakımından tartışmalı olan bir diğer konu ise dış beden muayenesine kim tarafından karar verileceği hususudur. Dış beden muayenesinin tartışmalı hale gelmesinin en temel sebebi CMK yerine Yönetmelik ile düzenlenmiş olmasıdır. Yönetmeliğe göre, dış beden muayenesi, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilecektir. Görüldüğü üzere, Yönetmelik metni, net bir biçimde dış beden muayenesine kim veya kimler tarafından karar verileceğini açıklamamış yalnızca kimlerin talebiyle tedbire hükmedilebileceğini içeren bir düzenleme yapmıştır. Bu durum doktrinde dış beden muayenesine kimin karar vereceği konusunun tartışılmasına sebebiyet

vermiştir. Kanaatimizce, dış beden muayenesi, bir koruma tedbiri olması sebebi ile temel hak ve özgürlüklere müdahale etmektedir. Anayasa m. 17'nin hükmü açıktır. Bu sebeple, dış beden muayenesi de tıpkı iç beden muayenesi gibi yalnızca hâkim kararı ile gerçekleştirilmeli ve dış beden muayenesine ilişkin tüm ayrıntılar CMK'da düzenlenmelidir.

**8.** CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin bilimsel delil özelliği taşıması sonucu tedbirin uygulanmasına verilen önem gereği, 01.06.2005 tarihli 5353 sayılı Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile CMK değiştirilmiştir. Kanun koyucunun Kanunun iyileştirilmesi adına değişikliğe gittiği aşikârdır. Fakat değişiklik sonrası CMK'da lehe olan düzenlemeler yer almakla birlikte Kanun'u geriye götüren düzenlemeler de içermektedir.

5353 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede, CMK'nın 75. maddesinde bulunmayan iç beden muayenesi kavramı kanun metnine dâhil edilmiştir. Kanunun düzenlemeden önceki halinde bedenin tıbbi muayenesi olarak geçen kavram daha detaylandırılarak bu kavram yerini iç beden muayenesi kavramına bırakmıştır. Ayrıca "cinsel salgı" kelimesi çıkarılarak daha geniş kapsamlı bir ifade olan ve cinsel salgı dışında başka delilleri de içinde barındıran "biyolojik örnek" ibaresi eklenmiştir.

5271 sayılı CMK'da yapılan değişiklik ile kavramların detaylandırılması ve bedeninin tıbbi muayenesi kavramından iç ve dış beden muayenesi kavramına dönüşmesi, kavramların tanımlanması bakımından bir iyileştirmedir. Fakat kanun koyucunun mehz aldığı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, tedbirin çeşitlerini uygulanacak muayene ya da müdahalenin ağırlığına ve müdahale niteliğinde olup olmamasına göre basit muayene ve bedensel müdahale ve kişinin niteliğine şüpheli, sanık ve sanık dışındakiler şeklinde ayırım yoluna gitmiştir. CMK, yalnızca kişilerin niteliği bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nu emsal almıştır. Kanaatimizce, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan kavram ayırımı daha isabetlidir. Çünkü CMK'da iç beden ve dış beden muayenesi ayırımında esas alınan kriter olan vücuda müdahale kavramına göre beden muayenesi ayırımı yapıldığında; çok basit müdahaleler dahi iç beden muayenesi kapsamına girecek ve dolayısıyla hakim kararı gerektirecektir. Bunun sonucunda da adaletin gecikmesi söz konusu olabilecektir. Bu kriter yerine, uygulanan müdahalenin insan sağlığında yarattığı tehlikeye göre basit muayene ve bedensel müdahale ile ceza yargılamasında delil elde etme işlemi gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır.

5353 sayılı Kanun ile CMK'nın ilk halinden geriye doğru gitmesine sebebiyet verme ihtimali olan düzenleme ise gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının CMK'ya eklenmesidir. Bu düzenleme, ceza muhakemesinde delillerin kaybolmasının önüne geçilmesi bakımından yerindedir. Fakat CMK m.75'e göre, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücudundan kan veya biyolojik örnekler alınabilmesine kural olarak hâkim karar vermektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, Cumhuriyet savcısının da tedbire karar verme yetkisi bulunmaktadır. Bu sebeple, uygulamada istisna niteliğine haiz olan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının olağan bir uygulamaya dönüşmesinin önüne geçilmelidir. Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hali, verdiği kararda gerekçeli olarak açıklamalıdır. Çünkü bir hukuk devletinden söz edebilmek için kanunların hukuka uygun düzenlenmesi yeterli olmamakta, kanunu uygulayanlarında hukuka uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının kuralların bir istisnası olduğunun bilinciyle hareket etmesi ve yalnızca kendisine tanınan bu hakkı, delillerin kaybolmasını önlemek ve ceza muhakemesinin işlemlerini sağlamak amacı ile kullanmalıdır.

**9.** Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi, koruma tedbiri özelliklerini taşımakta olup tedbire başvurabilmek için kanunda belirtilen suç şüphesinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. CMK'da yer alan birçok koruma tedbirinin uygulanabilmesi için aranan şüphe derecesi CMK'da açıkça belirtilmiştir. Fakat konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından hangi şüphe derecesi ile tedbire başvurulabileceği açıklanmamıştır. CMK'da eksik bırakılan şüphe derecesinin açıklanmasının önemi büyüktür. Tedbir, kişilerin vücut dokunulmazlığı, özel hayat hakkı gibi haklara müdahale etmesi sebebiyle tedbirin uygulanması sonucu oluşacak şüphe ile tedbire başvurulmamalıdır. Tedbirin, vücut dokunulmazlığı dolayısı ile özel hayat hakkına müdahale ettiği, ayrıca muayene ve örnek alma işlemleri esnasında, kişinin yaşadığı psikolojik durum göz önüne alındığında şüphe derecesinin açık bir şekilde CMK'da belirtilmesi yerinde olacaktır.

**10.** Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri, tıp bilimi doğrudan bağlantılı birçok kavramın yer aldığı bir koruma tedbiridir. Şüpheli/sanık veya diğer kişilere uygulanacak tedbirin hangi muayene türüne girdiğine göre hâkim kararı gerekip gerekmediği belirlenecektir. Bu sebeple CMK'da iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramlarının Yönetmelik yerine CMK'da tanımlanması

gerekmektedir. Benzer şekilde CMK m.75/2 'de belirtilen ' *kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması* ' kavramı, hukuki bir kavram değildir. Hâkim veya mahkeme, bu kavramın ne zaman oluştuğuna ancak bilirkişi niteliğine haiz olan hekimlere başvurarak karar verecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanması bakımından bilirkişiye başvurulmayan hallerde bozma kararı verilmektedir. Bu sebeplerle, CMK'nın tıp bilimi ile doğrudan alakalı olan kavramları tanımlaması, sınırlarını çizmesi büyük önem arz etmekte, şu an mevzuatta yer alan düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. CMK'da tıbbi kavramların detaylı olarak tanımlanmaları ve hukuki nitelikte olmayan tıbbi kavramlar konusunda hekimin kararının bağlayıcı olarak kabul edilmesi ile hukuka uygun delil elde edilebilecektir.

**11.** CMK m. 75/2'de, tedbirin uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürmeme şartı aranmakta iken CMK m.76/1 gereği, diğer kişiler bakımından hem sağlığını tehlikeye düşürmeme hem de cerrahi bir müdahale de bulunmamak şartları birlikte aranmaktadır. O halde, CMK m.75'e göre, şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürmeyen cerrahi müdahaleler yapılabilecektir. Diğer kişiler açısından ise her ne koşulda olursa olsun hiçbir şekilde cerrahi müdahale söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce, CMK'nın şüpheli ve sanığa oranla diğer kişiler bakımından daha koruyucu hükümler getirmesi yerinde bir düzenlemedir. Cerrahi müdahalede bulunmamaya ilişkin yasağın şüpheli veya sanık hakkında da uygulanması durumunda ceza muhakemesi işleyemeyecektir. Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünden dolayı ceza muhakemesinde delil elde etmek amacı ile cerrahi müdahaleye maruz kalmak zorunlulukları bulunmalıdır. Öte yandan diğer kişilerin suç soruşturması ile doğrudan ilgileri olmadığından ve katlanma yükümlülüklerinin de bulunmaması sebebiyle orantılılık ilkesi gereği cerrahi müdahalede bulunulmamasına ilişkin düzenleme hukuka uygundur.

**12.** Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri ile ilgili önem arz eden ve tartışmalı olan konulardan biri de rıza kavramıdır. CMK'da, şüpheli/sanığın veya diğer kişilerin rızasının olmadığı hallerde tedbirin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin net bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yönetmeliğin 18. maddesi gereği, şüpheli/sanık ve diğer kişilerin tedbir konusunda aydınlatılmış olmalarına rağmen rıza vermemeleri durumunda Cumhuriyet savcılığınca tedbir için gerekli önlemler alınarak tedbirin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. O halde

CMK ile Yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde; şüpheli/sanık ve diğer kişilerin rızaları olmasa dahi delil elde etmek amacı ile tedbir uygulanabilecektir.

CMK'nın 76. maddesi gereği, tanıklıktan çekinme hakkı olan diğer kişilerin rızalarının bulunmadığı hallerde tedbir uygulanamayacaktır. CMK ve Yönetmeliğin diğer kişiler bakımından getirdiği söz konusu düzenleme, şüpheli ve sanık bakımından getirilmemiştir. Şüpheli ve sanık, her halükarda rızaları olmasa dahi tedbire katlanmakla yükümlüdürler. Doktrinde, şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması işleminin kendi aleyhine delil vermeme hakkı hatta susma hakkı kapsamında olduğuna dair görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce, şüpheli/sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, susma hakkı kapsamında değildir. Kişi, tedbirin uygulandığı hallerde de susma hakkını kullanabilir. Şüpheli veya sanığa beden muayenesi uygulanacağı ve müdahalenin söz konusu olmadığı durumlarda, rıza olmasa dahi tedbirin uygulanacak olmasına ilişkin düzenleme isabetlidir. Keza CMK'da kişilerin sağlığını tehlikeye düşürmeme şartı koşulmuştur.

**13.** CMK m. 75/3'te, şüpheli ve sanık bakımından tedbirin ancak tabip veya sağlık meslek mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK m.76'da düzenlenen diğer kişiler bakımından ise tedbiri kimin uygulayacağı düzenlenmemiştir. Şüpheli veya sanık bakımından tedbiri uygulayacak kişiler, CMK ile düzenlenirken diğer kişilere ilişkin düzenlemelerin Yönetmeliğe bırakılması yerinde olmamıştır. Diğer kişilerin muhakeme ile doğrudan ilgileri bulunmaması sebebi ile katlanma yükümlülükleri de yoktur. Tedbirin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yaptığı ağır müdahale değerlendirildiğinde diğer kişilerle ilgili düzenlemenin CMK'da yapılması uygun olacaktır.

Yönetmelik hükümlerinde ise, diğer kişilerin beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılacağını, vücuttan örnek alınması işleminin ise tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık meslek mensubu tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik hükümleri incelendiğinde; diğer kişiler bakımından beden muayenesi, yalnızca tabip tarafından yapılabilecekken; vücuttan örnek alınması işlemi beden muayenesi işleminden daha ciddi sağlık riskleri taşıyan bir işlem olmasına rağmen tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu kişilerce yapılabilmesinin düzenlenmesi hatalıdır. Bununla birlikte, Yönetmelik, insan hak ve özgürlükleri bakımından yalnızca tabibe veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu bir kişiye tedbirin uygulanma hakkını vermesi, CMK ile kıyaslandığında daha yerinde

bir düzenlemedir. CMK'nın tedbirin uygulanmasını sağlık meslek mensubu kişilere bırakması kabul edilemez niteliktedir. Bu sebeple CMK, hükümlerinin yeniden düzenlenerek tedbiri uygulama yetkisini yalnızca tabiplere vermesi, uygulamada sorunların yaşanmasının önüne geçecektir.

**14.** CMK'ya göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulabilmesi için suçun belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. CMK'da düzenlenen ilgili maddenin amacı, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en hafif suçlarda bile müdahaleye uğramasının önüne geçmektir. Bununla birlikte şüpheli veya sanığın aklanma hakkı ve diğer kişiler bakımından mağduriyetin giderilmesi bakımından ağırlığı iki yılın altında bulunan suçlarda da söz konusu kişilerin talep etmesi halinde tedbir uygulanmalıdır. CMK'nın ilgili maddesinin başka türlü yorumlamak CMK'nın hukuka uygun delil elde etmeyi amaçlayan ruhu ile ters düşecektir.

**15.** CMK'da diğer kişileri düzenleyen 76. maddesinde yalnızca mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuktan bahsedilmiştir. Yönetmelikte ise, diğer kişiler kavramından şüpheli veya sanık dışında kalan herkes anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, CMK'nın diğer kişiler kavramından kimleri kast ettiği kanun metninden net bir şekilde anlaşılamamakta ancak CMK'nın Yönetmelik ile birlikte değerlendirmemiz sonucu diğer kişiler kavramından şüpheli ve sanık dışında kalan herkesin anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. CMK, mağdur ve çocuk dışındaki diğer kişilere ilişkin düzenlemeyi kanun metninde yapmayı ihmal etmiştir. Oysa ki ceza muhakemesinde suçun aydınlatılabilmesi için diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, şüpheli ve sanık kadar önem taşımaktadır. Bu sebeple, CMK'da diğer kişilerle ilgili düzenlemenin açıkça kanun metninde yer alması gerekmektedir.

**16.** CMK'nın 77. maddesinde kadının muayenesi düzenlenmiştir. Öncelikle kadının muayenesi başlıklı bir kanun maddesinin CMK'da yer alması dahi ülkemizde kadın erkek eşitliğinin olmadığı izlenimini yaratmaktadır. Tedbir, özellikle iç beden muayenesinin konusu olan anüs ve vajinal bölgelerde yapıyor olması kişinin utanma duygusuna yol açabileceği düşünülerek söz konusu kanun maddesinin düzenlendiği düşünülmektedir. Kanun koyucunun amacının gayet yerinde olduğunu belirtmekle birlikte, kanun maddesinin düzenleniş biçimi hatalıdır. CMK, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan esinlenilerek hazırlanmış bir kanundur. Fakat Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kişilerin muayenesinin hemcinsi bir hekim

tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK’da ise, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanakların elverdiği durumlarda kadın bir hekim tarafından yapılabilecektir. Oysa ki, Türk toplumunda utanma duygusu, yalnızca kadınlarda oluşan bir duygu değildir. Bu sebeple erkeklerin de utanma duygusunu hissetmemesi adına bir erkek hekim tarafından muayene edilmeyi isteme hakkı olmalıdır. Söz konusu düzenleme, kişilere hemcinsi bir hekim tarafından tedbirin uygulanmasını sağlayacak şekilde değiştirilmelidir.

**17.** CMK m. 80’e göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri sonucu elde edilen örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup başka bir amaçla kullanılamamakta ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilememektedir. CMK m. 80’de kişisel verilerden bahsetmiş fakat kişisel verilerin ne olduğunu açıklamamıştır. Bu husus, CMK’da eksiklik teşkil etmektedir. Bununla birlikte aynı madde de yer alan kişisel veriler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip, karar kesinleştiğinde Cumhuriyet savcısı huzurunda derhal yok edilmektedir. Bu düzenlemede bahsi geçen kişisel veriler, kişilerin gen haritası özelliğinde olmaları sebebi ile yok edilmektedir. Kişisel verilerin, kanunların belirlediği sürede yok edilmemesi, TCK m.138’de düzenlenen “Verileri Yok Etmeme” suçunu oluşturmaktadır. CMK m. 80’de yer alan düzenleme, yerindedir. Çünkü beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen veriler, söz konusu kişilerden tekrardan elde edilmesi mümkün nitelikte olan verilerdir. Bununla birlikte, şüpheli, sanık veya diğer kişilerden veya olay yerinden elde edilmiş ve tekrar elde edilmesi mümkün olmayan verilerin saklanması önem taşımaktadır. Keza çağdaş devletlerin kanunlarını incelediğimizde; bu devletlerin birçoğunda bulunan DNA veri bankalarında söz konusu kişisel veriler muhafaza edilmekte ve böylece ceza muhakemesi çok daha hızlı ve işlevsel hale gelmektedir. Ülkemizde, Türkiye Milli DNA Bankası Kanun Tasarısı’nın kanunlaşması halinde DNA verileri, hukuka uygun bir şekilde muhafaza edilebilecektir. Bunu gerçekleştirmek amacı ile kanunda kişisel verilerin ne şekilde saklanacağı, hangi laboratuvarların kullanılacağı, analizleri kimlerin yapacağı hususlarına ilişkin yapılacak düzenlemeler ile faile ulaşmak kolaylaşacak ve zamanında yapılan bir yargılama sonucu, adil bir yargılamaya ulaşılabilecektir.

**18.** Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanması sonucunda verilen hâkim veya mahkeme kararlarında maddi veya hukuki bir hatanın olduğunu düşünen şüpheli, sanık veya diğer kişiler, CMK m. 276 vd.'da düzenlenen itiraz kanun yoluna gidebileceklerdir. Ayrıca söz konusu kişiler, hükme esas teşkil edecek nitelikte hukuka aykırılıklar ya da maddi hataları da istinaf başvuru konusu yapılabileceklerdir.

**19.** Tedbire haksız bir şekilde maruz bırakılanlar hakkında CMK m. 141'e göre tazminat istenememektedir. Bu düzenleme, CMK'nın büyük bir eksiğidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi, bir koruma tedbiri olması nedeniyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Bu tedbirin uygulanması sonucu, kişilerin vücut dokunulmazlığı, özel hayat hakkı hatta yaşam hakkının tıbbi müdahalenin hukuka aykırı uygulanması sonucu en temel hakkı olan yaşam hakkının bile ihmal edilmesi söz konusu olmaktadır. Buna rağmen CMK m.141'de konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından tazminata hükmedilmemesi hukuka aykırıdır. Tedbirin haksız ve hukuka aykırı olarak uygulandığı hallerde kişilerde oluşan maddi ve manevi zararın karşılanması hukuk devleti olma özelliğinin bir gereğidir. CMK m.141, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını kapsayacak şekilde genişletilmelidir.

**20.** Son olarak, AİHM ve Yargıtay kararları ışığında konumuzu olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirini değerlendirdiğimizde; CMK'da eksik bırakılan hususların tamamlanmasının önemi kadar tedbiri uygulayanların tedbir konusunda eğitilmesi ve bilinçlendirilmesi de önem taşımaktadır. Tedbir, ancak uygulayanların kanunlara uygun hareket etmesi ile hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilecektir. CMK ve Yönetmelikte yer alan eksiklerin ve düzeltilmesi gereken maddelerin içtihatlar emsal alınarak tekrar düzenlenmesi ve kanunu uygulayanların hukuka uygun hareket etmeleri halinde AİHM nezdinde yapılacak yargılamalarda olası mahkûmiyetler önlenecek ve insan hakları korunmuş olacaktır.



## KAYNAKÇA

**AKAD**, Mehmet/**DİNÇKOL**, Bihterin Vural/**BULUT** Nihat, Genel Kamu Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015.

**AKBULUT**, Berrin, ‘*Delil Değerlendirme Yasakları*’, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:13, Aralık, 2010, s. 6-25.

**AKBULUT**, Berrin, ‘*Dış Beden Muayenesi*’, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s. 83-123.

**AKI**, Erol, Hukukun Temel Kavramları, 9. Baskı, İzmir, 2010.

**ALAN**, Bayram Volkan, ‘*Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu*’, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:8, Sayı:74, Ocak, 2016, s. 13-18.

**ALBAYRAK**, Mustafa, ‘*Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesi Kabul Edilen Haller*’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:118, Haziran 2016, s. 76-98.

**ALTAŞ**, Ebru, ‘*Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan, 2007, s. 77-110.

**APIŞ**, Özge, ‘*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’, MÜHF-HAD, C.18, s. 267-296.

**ARISOY**, Yücel/**ÜSTÜN**, Çağatay/**ERESEN**, Çiğdem/**ÖZBEK**, Veli Özer, ‘*Adli Moleküler Genetik İncelemelerin Yasal ve Etik Yönü*’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, Mart, 2008, s. 31-40.

**AYBAY**, Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, ([http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan\\_haklari\\_evrensel\\_bildirisi.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf) Erişim Tarihi: 30.04.2018).

**AYDIN** Hüseyin, ‘‘Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:18, Nisan2012, s.75-112.

**AYDIN** Murat, ‘‘Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:8, Aralık 2008, s. 105-125.

**AYDIN**, Devrim, ‘‘Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz’’, TBB Dergisi, Sayı:65, 2006, s. 61-72.

**AYDIN**, Devrim, ‘‘Ceza Muhakemesi Sistemleri’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:11, Sayı:31, Ağustos 2016, s. 205-213.

**AYGÜN** Aydın, ‘‘Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma’’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.8, Aralık 2016, s. 49-73.

**AYGÜN** Aydın, ‘‘Genital Muayene Suçu’’ TADD, Yıl:7, S. 26, Nisan 2016, s. 377-394.

**BATUR** Necat, ‘‘Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2016(126), s.69-94.

**BAYTAR**, Serdal, ‘‘Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması’’, TBBD, Sayı:61, 2005, s. 359-373.

**BAYZİT**, Tuğba, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması(Danışman: NUHOĞLU, Ayşe), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, İstanbul.

**CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAG**, Fahrettin./Ergül, Teoman/**MCBRİDE**, Jeremy/**TEZCAN** Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 1. Baskı, Ankara, 2008.

**CENTEL** Nur, **ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2010.

**CENTEL**, Nur, ‘*Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın*’, s.1-16, (<http://www.nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, Erişim tarihi: 21.05.2018).

**CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2003.

**DEMİR**, Fevzi, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, İzmir, 2009.

**DEMİRBAŞ**, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara, 2016.

**DERİCİLER**, Özge Yücel, ‘*AIHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması*’, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, s.367-384.

**DOĞAN**, Zehra Başer, ‘*Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar*’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:2, Temmuz 2017, s. 273-303, (<https://jurix.com.tr/article/9663>, Erişim Tarihi: 24.06.2018).

**DONAY**, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

**DÖNMEZ**, Burcu Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 1. Baskı, Ankara, 2007.

**DURMUŞ**, Tezcan/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SANCAKTAR**, Oğuz/**ÖNOK**, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 5. Baskı, Ankara, 2014.

**DURSUN**, Gizem, ‘*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AIHM Kararlarının İncelenmesi*’, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 2955-2996.

**ERDOĞAN**, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.

**ERSİN**, Ali, ‘‘*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yüklümlülüğü*’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:16, Ağustos, 2011, s. 190-208.

**ERTUĞRUL**, Hüseyin, ‘‘*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yüklümlülüğü*’’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:6, S. 55, Mart 2011, s.47-50.

**FENDOĞLU**, Hasan Tahsin, ‘‘*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*’’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl.7, Sayı:25, Şubat, 2016, s. 11-30.

**GEZER**, Özge Sırma, ‘‘*Hukuka Aykırı Delillerin Türk Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi*’’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, Ocak, 2017, s. 189-201.

**GÖK**, Hasan, ‘‘*Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnası*’’, TBB Dergisi, 2012(99), s.151-164.

**GÖREN** Zafer, Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2011.

**GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, 21. Baskı, Bursa, 2013.

**GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 9. Baskı, Bursa, 2016.

**GÜLSOY**, Tevfik/**KÖK**, Nezih, ‘‘*Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*’’, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s.1-21, ( <http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/tibbi-mudahale-yoluyla-delil-elde-etme-yrd-doc-dr-m-tevfik-gulsoy-prof-dr-ahmet-nezih-kok/>, Erişim Tarihi: 05.05.2018).

**GÜNEŞ**, İsmail, ‘‘*Eşkâl Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması*’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan 2007, s. 179-196.

**GÜNGÖR**, Devrim, **BAKŞI** Okan, ‘‘*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler*’’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:3, Eylül, 2009, s. 63-71.

**GÜVEYİ**, Nazmiye, ‘*Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler*’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, Y.2017, S.1, s. 83-122.

**GÜVEYİ**, Ümit, ‘*Türk Hukukunda ve İngiliz Hukukunda Yakalamaya Dair Kısa Bir Karşılaştırma*’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Aralık 2015, s. 9-38, (<http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/dericiler.pdf>, Erişim Tarihi:03.05.2018)

**İÇEL**, Kayıhan/**ÜNVER**, Yener/**HAKERİ** Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuk Yasaları, 10. Baskı, İstanbul, 2016.

**İNANICI**, Mehmet Akif, ‘*Ulusal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması*’, Fasikül Hukuk Dergisi, Haziran 2010, Sayı:7, s. 28-29.

**İNCİ**, Zekiye Özen, ‘*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’, ([http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_621.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_621.htm), Erişim tarihi:18.04.2018).

**İNCİ**, Zekiye Özen, ‘*Türkiye’nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme*’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:120, Ağustos 2016, s. 50-70.

**İPEKÇİOĞLU**, Pervin Aksoy, ‘*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*’ İÜHF C.LLX, S.1, 2012, s. 19-38.

**İPEKÇİOĞLU**, Pervin Aksoy, ‘*Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*’, Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, (Armağan), s. 1157-1175.

**İZGİ**, Ömer/**ZAFER**, Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, 1. Baskı, Ankara, 2002.

**KAPANI**, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, 1993.

**KAPLAN**, Mahmut/**AYDIN**, Özgür, ‘*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Haziran 2016, s. 113-133.

**KARAKEHYA**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 1. Baskı, Ankara, 2014.

**KARGI**, Halil İbrahim, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Danışman: HAKERİ, Hakan ), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, Konya.

**KAŞIKARA**, M. Serhat, ‘‘*Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları*’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:4, Sayı:10, Ağustos, 2009, s.177-208.

**KAZAKER**, Gözde, ‘‘*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt.11, Sayı:31, Ağustos 2016, s. 173-201.

**KIZILARSLAN**, Hakan, Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Kızıllarslan Serisi:I, 1. Baskı, Ankara, 2007.

**KOCA**, Mahmut, ‘‘*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 2006, s. 207-225.

**KONRAT**, Merve, ‘‘*Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi*’’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:4, Aralık 2011, s. 43-49.

**KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2008.

**MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, ‘‘*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*’’, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:7, Haziran 2010, s. 25-28.

**MERAN**, Necati, Ceza Muhakemesi Kanunu Uygulama Rehberi, 1. Baskı, Ankara, 2015.

**ODER**, Bertil Emrah/**KANADOĞLU**, Osman Korkut, Uygulamalı Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

**ÖMEROĞLU**, Ömer, ‘‘*Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Fizik Kimlik Tespiti*’’, TBB Dergisi, 2014(115), s. 61-102.

**ÖZBEK** Veli Özer, **KANBUR** Mehmet Nihat, **DOĞAN** Koray, **BACAKSIZ** Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2017.

**ÖZBEK**, Veli Özer, ‘DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:3, Nisan 2007, s. 47-76.

**ÖZBEK**, Veli Özer, ‘Olağan Kanun Yolu Olarak İstinaf(CMK m.272-285): Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:11, Sayı:30, Nisan 2016, s. 7-28.

**ÖZBEK**, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, 2005.

**ÖZBEK**, Veli Özer/**BACAKSIZ** Pınar, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Eylül 2006, s.145-206.

**ÖZBİLEN**, Arif Barış, ‘Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013’2 s. 99-124.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SIRMA**, Özge/**SAYGILAR**, Yasemin F, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 5. Baskı, Kasım 2007.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**KAZANCI**, Behiye Eker/**GÜLEÇ**, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Ankara, 2017.

**ÖZTÜRK**, Bahri/**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**SIRMA** Özge/**KIRIT** Yasemin F. Saygılar/**ÖZAYDIN** Özdem/**AKCAN** Esra Alan/**ERDEN** Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2015.

**ROAGNA**, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strazburg 2012.

**ROBERT, PAUL**, “Science Experts and Criminal Justice”, The Handbook of The Criminal Justice Process (Edited By **MCCONVILLE, Mike/WILSON** Geoffrey), Oxford University Press, New York, 2002.

**SEZER**, Tijen Dündar, ‘‘1982 Anayasası’na Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları’’, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s. 375-411.

**SARSIKOĞLU Şenel**, ‘‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’’ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:8, Sayı:2, Aralık 2013, s. 693-722.

Sinerji mevzuat ve içtihat programı.

**SOYASLAN, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010.

**ŞAHİN, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, 1. Baskı, Aralık 2005.

**ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Baskı, Ankara, 2016.

**ŞAHİN, İlyas**, ‘‘Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüpheli Kavramının İncelenmesi’’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.3, Y.2014, s. 97-142.

**ŞANLI, Nurcihan**, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, (Danışman: **NUHOĞLU, Ayşe**), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014,

**ŞENTUNA, Mustafa Tarık**, Tutuklama ve Adli Kontrol, 1. Baskı, Ankara, 2014.

**ŞENTÜRK, Candide**, ‘‘Ceza Muhakemesinde İfade ve Sorgu’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:19, Ağustos 2012, s. 173-223.

**ŞENTÜRK, Candide/BAYZİT, Tuğba**, ‘‘Makul Sürede Yargılanma Hakkı’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:17, Aralık, 2011, s. 125-159.



**TAŞDELEN**, Okan, ‘‘Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi’’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, 1(7), s. 987-1024.

**TEPE**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Ekim, 2013.

**TEVFİK**, Gülsoy/**KÖK**, Nezh, ‘‘Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme’’, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 1-21, (<http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/tibbi-mudahale-yoluyla-delil-elde-etme-yrd-doc-dr-m-tevfik-gulsoy-prof-dr-ahmet-nezh-kok/> Erişim Tarihi:04.05.2018).

**TOROSLU**, Nevzat/**FEVZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2017.

**ÜNVER**, Yener, ‘‘Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız’’, Cilt:3, Sayı:7, Ağustos 2008, s. 41-82.

**ÜNVER**, Yener/**HAKERİ** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011.

**YENİDÜNYA**, Caner/**İÇER**, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2016.

**YENİSEY**, Feridun, ‘‘Ceza Muhakemesinde Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Delil’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s. 5-60.

**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ekim, 2014.

**YILDIRIMKAL** Yener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Danışman: ÖZBEK, Veli, Özer), (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, İzmir.

**YURTCAN**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2017.