

ŞÜPHELİ VE SANIĞIN DIŞ BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI TEDBİRLERİNİN UYGULANMASI KONUSUNDA TARTIŞMALI HUSUSLAR

Controversial Issues Regarding The Implementation Of The Measures Of External Body Examination And Taking Body Sample For Suspects And Defendants

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR*

Özet: Çalışmada şüpheli ve sanığa dış beden muayenesi ve bedenden örnek alınması tedbirlerinin uygulanması hakkında literatürde tartışmalı olan hususlara değinilmiştir.

Bu bağlamda şüpheli ve sanığa dış beden muayenesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak öncelikle bu konuda mevzuatta öngörülen hususlara değinilmiş, sonrasında ise bu tedbirin ilgili yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanılarak uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığı sorunu bu tedbirin Türk ceza hukukunda kanuni bir temelini olup olmadığı hususu üzerinden, tedbirin orantılılığı incelemesi bağlamında Alman hukukundaki esaslar dikkate alınarak detaylı şekilde tartışılmıştır.

Şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirine ilişkin olarak ise yine öncelikle bu tedbir için mevzuatta öngörülen hususlara değinilmiş, sonrasında ise bu tedbirin orantılılığı incelemesi yine Alman hukukundaki esaslar doğrultusunda detaylı şekilde yapılmıştır. Çalışmada bu konuyla ilgili olarak ayrıca, sanığın ve şüphelinin vücudundan sadece kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine izin veren bu tedbirin hukuki dayanak olarak gösterilerek, şüpheli ve sanığın vücutlarından mermi gibi biyolojik olmayan örneklerle ulaşılmasının hukuka uygun olup olmayacağı hususu bu unsurlara hangi hukuki kurum üzerinden ulaşılabilceği sorunu üzerinden tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi, şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alma, iç beden muayenesi, CMK m. 75.

Abstract: In the study, the issues that are controversial in the literature about the measures of taking samples from the suspect's and the defendant's body and the measures of external physical examination of the suspect and the accused are mentioned.

In this context, it was discussed in detail through the proportionality examination of the measure, whether the implementation of external physical examination measure based on the authority granted by the relevant regulation is legal or not, and whether this measure has a legal basis, after mentioning the issues stipulated in the legislation regarding the implementation of this measure.

About the measure of taking samples from the suspect's and the defendant's body were discussed through which legal institution can be accessed the non-biological samples such as bullets from the suspects and defendants' bodies, after mentioning the issues stipulated in the legislation regarding the implementation of this measure and the reviewing of proportionality examination of this measure.

Key Words: taking samples from the suspect's and the defendant's body, external physical examination, Criminal Procedure Law §75

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, cilerdamla.bayraktar@asbu.edu.tr, ORCID: /0000-0002-7611-5088

Makale Geliş Tarihi: 26.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 08.11.2021

I. GİRİŞ

İşlenen pek çok suç bu suçun kim tarafından nasıl ve ne zaman işlendiğine ilişkin geride iz ve emareler bırakır. Suçu araştıran savcılık ve kolluk kuvvetleri bu iz ve emareleri takip ederek suça, suçluya ve ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmaktadır.

Özellikle failin vücudundan alınacak kan, tükürük, doku gibi örneklerin ya da failin vücudunda bulunan mermi çekirdeği gibi unsurların suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılacak karşılaştırma açısından önem arz ettiği veya suç işlerken ateşlenen silahtan geriye kalan barut izinin failin kimliğinin tespitini kolaylaştıracağı olaylarda suçların aydınlatılması, failerin tespiti ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması failde suça ilişkin bulunan iz ve emarelerin toplanmasına ve bunların delil olarak değerlendirilmesine bağlıdır. Yani bu tarz olaylarda bizzat failin kendi vücudundaki delillerin toplanması maddi gerçeğin açığa çıkarılması için gereklidir.

Fakat delillerin toplanmasının sırf maddi gerçeğin açığa çıkarılmasına hizmet ediyor olmasından hareketle bu delillerin toplanmasını sağlayacak tedbirlerin faille uygulanmasını peşinen hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu delillerin toplanması sırasında failin vücut bütünlüğü hakkına zorunlu olarak müdahale edilmesi gerekeceği açıktır. Anayasanın 13. maddesine göre ise bir temel hak olan vücut bütünlüğü hakkına ancak kanunla müdahale edilebilmektedir. Öyleyse Anayasada yer alan bu hüküm gereğince suça ilişkin delillerin bizzat failin üzerinde bulunduğu ya da failin vücudundan alınacak örneklerin suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılacak karşılaştırma açısından önem arz ettiği bir olayda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla da olsa failin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerin hukuka uygun şekilde uygulanabilmesi için yargılama makamlarının bu işlemin yapılması konusunda kanunla yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

Hukukumuz açısından bu gereklilik beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin CMK'da özel olarak düzenlenmesi ile karşılanmıştır. Nitekim CMK beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirini 75 vd. maddelerinde düzenleyerek şüpheli ve sanığın vücut bütünlüğüne belli şartlar altında müdahale edilebileceği konusunda yargılama makamlarına yetki vermiştir. Söz konusu hükümlerde kanun koyucu beden muayenesini öncelikle iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayırmış sonrasında şüpheli veya sanık dışındaki kişiler için 76. maddede hem iç beden hem de dış beden muayenesi birlikte düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini ise 75.

maddede düzenlemiş, bununla birlikte bu kişilerin dış beden muayenesini sükûtle geçmiştir¹.

CMK 75'in madde gerekçesinde dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının gerekçesi '*Dış beden muayenesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.*' şeklinde ifade edilmiştir². Gerekçedeki bu ifadelerden hareketle dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının amacının, kanun koyucunun dış beden muayenesini üst aramasına ilişkin hükümlere tabi tutmak isteği ve gerektiğinde kolluk amiri tarafından bu tedbire karar verilebilmesini ve kolluk görevlilerinin bu işlemi icra edebilmelerini sağlamak olduğu ileri sürülmüştür³.

Konuya ilişkin olarak çıkarılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte⁴ ise şüpheli ve sanığa dış beden muayenesinin yapılabileceği hususu -yukarıda ifade edildiği üzere kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen- iç beden muayenesinden (Yön. m. 4) ayrı ve açık şekilde 5. maddede düzenlenmiştir.

Kanun koyucu şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirini ise yine CMK m. 75 ve Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlemiş ve bu kişilerin bedeninden belli koşullar altında biyolojik örnekler alınmasını kabul etmiştir.

Çalışmada şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması ve şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirleri⁵ hakkında literatürde tartışmalı olan hususlara değinilmiş, bu noktada dış beden muayenesinin

¹ Turhan, ilgili makalesinde Kanunun ifade şekliyle şüpheli ve sanık için de dış beden muayenesinin kabul edildiğinin anlaşıldığını ileri sürmüştü de buna dayanak olarak gösterdiği kanun ifadesinin hangisi olduğuna çalışmada açıklık getirmemiştir. Bkz, Turhan, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku, Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Beden Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi", (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi), in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, V. Türkisch - Deutsches Symposium zum Medizinrecht, 28 Şubat - 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 142, 2008, s. 1028.

² <https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1554>, (Erişim Tarihi: 29.12.2020).

³ Bkz. Doğan, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", TBB Dergisi, 2019, ss. 98, s. 115; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 531; Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2020, 8. Baskı, s. 642.

⁴ Çalışmada Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

⁵ Bu işlemlerin tedbir niteliği yanında bilirkişi ve keşif incelemesi niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Öztürk/Erdem, s. 530; 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, 2017, 19 (Özel Sayı), ss. 2955, s. 2959; Doğan, s. 98; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 451.

uygulanmasına ilişkin olarak, mevzuatta öngörülen hususlara değinildikten sonra, bu tedbirin ilgili Yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanılarak uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığı ve bu tedbirin kanuni temelini olup olmadığı hususu, tedbirin orantılılığı incelemesi üzerinden detaylı şekilde tartışılmıştır. İkinci olarak çalışmada şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirine ilişkin olarak, mevzuatta öngörülen hususlara değinilmiş, tedbirin orantılılığı incelemesi detaylı şekilde yapılmış ve bu tedbirle bağlantılı olarak, şüpheli ve sanığın vücutlarından mermi gibi biyolojik olmayan örneklerle hangi hukuki kurum üzerinden ulaşılacağı sorunu tartışılmıştır.

II. DIŞ BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİ

A. Dış Beden Muayenesinin İçeriği

Dış beden muayenesinin ne olduğu ilgili Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*” dış beden muayenesidir. Buna göre cildin ve kulak-burun-boğazın genel görüntüsü ve rengi itibarıyla yapılacak değerlendirme ve yine varsa bu bölgelerde bulunan sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, uzunluğu gibi hususların tabip tarafından gözlemlenerek edinilen bulgular dış beden muayenesi kapsamındadır⁶. Bununla birlikte Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında “*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de bedenın dış muayenesi olarak kabul edileceği*” belirtilmiştir. Buna göre röntgen çekimi, ultrasonografi gibi vücudun içine girilmeksizin vücudun dışından uygulanan işlemler, m. 5/4teki bu hüküm gereğince dış beden muayenesi olarak kabul edilecektir⁷. Dolayısıyla örneğin midede ve iç organlarda vücuda yabancı herhangi bir madde olup olmadığına ilişkin yapılacak röntgen, ultrason ve ilaçsız tomografi işlemleri dış beden muayenesi sayılacaktır⁸.

Kanun koyucu “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*” ise iç beden muayenesi olarak saymış ve yerinde olarak dış beden muayenesinin konusu dışında tutmuştur (CMK m. 75/1 ve Yön. 3. madde). Buna göre endoskopi, retroskopi gibi vücudun içine girilerek yapılan tıbbi görüntüleme yöntemleri iç beden muayenesi teşkil edeceğinden dış beden muayenesinin konusunu oluşturmayacaktır. Yine MR (EMAR) çekiminde olduğu gibi tıbbi görüntüleme için vücuda çeşitli

⁶ Güngör, Devrim/Bakşı, Okan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, 2009, 8(3), ss. 63, s. 64; Doğan, s. 99.

⁷ Turhan, s. 1030.

⁸ Aynı yönde bkz. Doğan, s. 99; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 449. Bu maddeleri dış beden muayenesine göre tespit ettikten sonra hangi hukuki kurum üzerinden çıkartılabilecekleri için aşağıya bkz.

maddelerin (ilaç) alınması gereken durumlarda da iç beden muayenesinin söz konusu olduğunu ve bu durumun da dış beden muayenesi dışında kaldığını kabul etmek gerekir⁹.

Yine kanun koyucuya göre “*cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi*” olarak kabul edilmiş ve dış beden muayenesinin dışında tutulmuştur (CMK m. 75/4, Yön. m. 4/4). Dolayısıyla cinsel organlar ve anüs bölgesinde bir *muayene* yapıldığında bu, dış beden muayenesi olarak değerlendirilemeyecek ve iç beden muayenesi hükümlerine tabi olacaktır. Bu bölgelerde muayene aşamasına gelmeyen işlemlerin ise ayrıca incelenmesi gerekir. *Muayene aşamasına gelmeyen* işlemlerde kanun koyucu iç beden hükümlerine tabiyetten bahsetmemiştir. Muayene aşamasına gelmeyen işlemlerin dış beden muayenesine de tabi olmayacakları açıktır. Nitekim ortada bir *muayene* yoktur. Bununla birlikte muayene aşamasına gelmeyen, vücut üzerinde muayene olarak değerlendirilemeyecek, gözle yapılan aramalarda cinsel organlarda veya anüste delil oluşturabilecek şeylerin çekip alınması işlemleri, üst araması sırasında cinsel organa yapılandırılmış şekilde gözle görünen uyuşturucu maddenin çekip alınması işlemi örneğinde olduğu üzere, üst araması kurallarına göre yapılabilecektir¹⁰. Burada cinsel organların görülmesi söz konusuysa da Kanun bu organların görülmesinin ancak iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm getirmediğinden bu işlem yine de üst araması kapsamında kalacaktır¹¹. Yine saklanan bir şeyin aranması, üst araması tedbirinin amacını oluşturduğundan ve üst aramasında vücudun ve doğal vücut boşluklarının tıbbi araç ve yöntemler kullanılmaksızın elle *yoklanması* veya gözle incelenmesi söz konusu olduğundan¹² bu gibi örneklerde üst araması tedbirinin söz konusu olacağını kabul etmek gerekir¹³. Bununla birlikte eğer işlem muayene aşamasına varmış olsaydı bu tedbir

⁹ Turhan, s. 1030.

¹⁰ Turhan, s. 1036.

¹¹ CMK 75. maddede tıbbi muayene deyimine yer verilmediğinden bahisle cinsel bölgelerin gözle incelenmesinin iç beden muayenesi sayılacağına ilişkin bkz. Öztürk/Erdem, s. 532. Öztürk/Erdem'e katılmak şu noktada mümkün gözükmemektedir: CMK 75. maddede her ne kadar 'tıbbi muayene' yerine sadece 'muayeneden' bahsediliyorsa da muayene terimi tek başına yoğun nitelikli ve detaylı bir incelemeyi içerdiğinden bu yoğunluğa ulaşmamış yani muayene olarak addedilemeyecek derecede tabiri caiz ise cinsel organda saklı olan bir delilin olup olmadığına ilişkin göz ucuyla yapılacak kontroller CMK 75. maddenin kapsamına değil üst araması tedbirini düzenleyen CMK 116. maddenin kapsamına girecektir. Nitekim CMK 75. madde cinsel organlarda muayene düzeyine ulaşmış işlemlerin iç beden muayenesi olarak görülmesi gerektiğini düzenlemiştir. Ayrıca cinsel organların tıbbi görüntüleme yöntemleriyle incelenmesi işleminin de iç beden muayenesi sayılacağı yönünde yine bkz. Öztürk/Erdem, s. 531.

¹² Yenisey/Nuhoğlu, s. 642 ve s. 396.

¹³ Üst araması tedbirinin vücudun çıplak hale getirilerek cinsel organları kapsar şekilde yapılıp yapılamayacağı hususu bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

Kanundaki ifade gereği ancak iç beden muayenesi hükümleri gereğince icra edilebilecekti ve dış beden muayenesi gene söz konusu olmayacaktı.

Bununla birlikte “*kişinin vücut yüzeyinde bulunmakla birlikte atış artığı gibi, biyolojik örnek teşkil etmeyen hususlar ve yine vücut yüzeyinde bulunmakla birlikte başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler*” dış beden muayenesinin kapsamında olmayacaktır¹⁴. “*Kişinin elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler*” de yine dış beden muayenesine dâhil değildir. İlgili tüm bu hususlar kolluğa delil elde etme imkânı sağlamak çerçevesinde Yön. 23. madde gereğince olay yeri inceleme uzmanları tarafından beden muayenesine, vücuttan örnek alınmasına ilişkin koşullara tabi olmadan alınabilecektir¹⁵.

B. Dış Beden Muayenesinin Uygulanması

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu ise dış beden muayenesinin nasıl uygulanacağı hususudur. Bu konuya ilişkin olarak Yönetmelik bu tedbirin “*Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle ancak tabip tarafından*” yapılabileceği hükmünü getirmiştir (Yön. 5. madde 1. ve 2. fıkra). Yönetmeliğe göre “*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri ise tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu*¹⁶ *diğer bir kişi tarafından*” yapılabilecektir (Yön. 5. madde 4. fıkra). Dikkat edilirse Yönetmelik soruşturma ve kovuşturma makamlarına dış beden muayenesini talep hakkı vermiş, fakat bu tedbiri uygulama yetkisi vermemiştir. Nitekim Yönetmeliğe göre tedbiri bu makamlar değil tabip ya da sağlık memuru icra edebilecektir. Bu durum Yönetmelikteki dış beden muayenesine ilişkin hükümde, CMK m. 75’in değişiklik gerekçesinin dikkate alınmadığını ve Yönetmelikte amaca aykırı bir düzenleme yapıldığını göstermektedir¹⁷. Nitekim Kanunun değişiklik gerekçesinde, dış beden muayenesinin, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından bizzat yapılabileceği hususu belirtilmiş, Yönetmelik ise sanık hakları ve vücut dokunulmazlığı açısından daha güvenceli gördüğü için, “*muayenenin ancak bir hekim veya başka bir sağlık mesleği görevlisi tarafından*” yapılmasını kabul etmiştir¹⁸.

¹⁴ Hükümden anlaşılacağı üzere 23. madde alınacak biyolojik örnek 3. kişiye ait olduğunda uygulama alanı bulacaktır, şüphelinin vücut yüzeyinden kendisine ait biyolojik örnek alınmasında Yön. 23. madde hükmü uygulanamaz. Bu konuda bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 641.

¹⁵ Bkz. Turhan, s. 1032.

¹⁶ Sağlık mesleği mensubu kavramına kimlerin gireceği Yönetmeliğin 3. maddesinde ve TCK'nın 280/2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre bu kavram “*tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri*” ifade etmektedir.

¹⁷ Bu yönde bkz. Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara, 2020, 10. Bası, s. 61, 58. dipnot.

¹⁸ Turhan, s. 1031; Turhan burada ayrıca Kanunun gerekçesiyle kolluğa uygulama yetkisi verilip Yönetmelikle bu yetkinin geri mi alındığı tartışmasına da yer vermiş,

C. Dış Beden Muayenesine Karar Verecek Mercii

Dış beden muayenesi CMK'da açıkça düzenlenmemiş, Kanun'un gerekçesinde ise dış beden muayenesinin kim tarafından düzenleneceği hususunda "bu konuda herhangi bir karar alınmasına gerek olmadan soruşturma makamlarının bunu kendilerinin yapabileceğine" ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir.

Yön. 5. madde¹⁹ dış beden muayenesinin "Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle" yapılabileceğini düzenlemiştir. Buradaki *talep* ifadesi literatürde bazı yazarlar tarafından savcı ve kolluk görevlilerinin muayenesinin yapılması konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ve burada herhangi bir karar alınmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlanmış²⁰, bazı yazarlar ise Yönetmeliğin bu düzenlemesindeki "talebiyle yapılabilir" ifadesinin bu konuda karara yetkili makamı göstermediğini, dolayısıyla da dış beden muayenesine kimin tarafından karar verilebileceğinin belirsiz kaldığını iddia etmişlerdir²¹.

Yönetmelikteki '*talep*' ifadesi, savcı ve kolluk görevlilerinin muayeneye karar verme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu şeklinde yorumlandığında, dış beden muayenesine hâkim kararına gerek olmadan, savcının veya kolluğun doğrudan karar verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yani kolluğun bu tedbire karar verebilmesi için Cumhuriyet savcısına ulaşılammış olması ya da gecikmede sakınca bulunması gibi bir şartın varlığı gerekli değildir. Kolluk görevlileri kolluk amirinin ya da savcının yazılı emri olmadan da doğrudan dış beden muayenesine karar verebilecektir, nitekim Yönetmelik "adli kolluk görevlileri"ne bu konuda doğrudan talep yetkisi vermiştir²².

Bu kabulden hareketle ayrıca, dış beden muayenesine kolluk görevlileri de doğrudan karar verebildiği için muayeneye karar verme açısından rızanın etkisi olmadığı sonucuna da varılacaktır²³. Nitekim rıza bir tedbirin düzenlenmesi için hâkim kararı gibi daha üst bir merciin kararı gereken hallerde bu karar olmadan kolluğun bu işlemi yapmasına imkân sağladığı durumlarda bir önem arz etmektedir. Dış beden muayenesi tedbirinde ise kolluk kendisi de zaten bu tedbire karar

gerekçenin bağlayıcı olmadığından hareketle Kanunla verilmiş bir yetkinin geri alınmasının söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Turhan, s. 1054.

¹⁹ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesi 'Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.' şeklindedir.

²⁰ Bkz. Şahin, s. 61; Öztürk/Erdem, s. 532; Turhan, s. 1046.

²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 452; Kızıllarlan, Hakan, *Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 322.

²² Turhan, s. 1047.

²³ Turhan, s. 1036.

verebildiğinden şüphelinin rızası tedbire başvurulması noktasında etkisiz olacaktır.

III. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA TEDBİRİ

A. Vücuttan Örnek Alma Tedbirinin İçeriği

Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri CMK 75. maddede düzenlidir. Buna göre 'bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde (...) vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.'

Literatürde hâkim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısına verilen bu karar verme yetkisinin, saç, tükürük, tırnak gibi *tıbbi bir müdahaleyi gerektirmeyen* örneklerin şüpheli veya sanıktan alınması açısından olayı soruşturan adli kolluğa da verilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır²⁴. Kanımızca burada karar verme yetkisinin kime verileceğini belirleyen ölçüt '*tıbbi müdahale gerektirmek*' değil, alınan materyalin kişilik hakkı açısından değeri olmalıdır. Kanun koyucu saç, tükürük, tırnak gibi alınması tıbbi müdahale gerektirmeyen unsurların kişilik hakkı üzerindeki etkisini dikkate almış ve kişinin DNA'sının çıkarılabilmesine imkan veren bu unsurların yerinde olarak ancak hâkim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan halde savcı tarafından alınmasına izin vermiştir.

B. Tedbire Karar Verecek Mercinin Tayininde Rızanın Etkisi

Kanunda şüpheli veya sanığın rızası ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla Kanunda aranan hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunması halinde²⁵ savcı kararının varlığı zorunluluğu, şüpheli veya sanığın vücutlarından örnek alınmasına rıza gösterdikleri halde de aranmak zorundadır.

Fakat Yönetmelik 18/3. maddesinde "*Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir*" hükmünü içermektedir. Yani kanun metnine göre şüpheli ve sanığın rızası olsa dahi Cumhuriyet savcısı ancak gecikmesinde sakınca varsa vücuttan örnek alınmasına

²⁴ Turhan, s. 1048.

²⁵ Yönetmelikte "*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli*" gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak tanımlanmıştır (Yön m. 3).

karar verebilirken, Yönetmeliğe göre savcı böyle bir rıza halinde gecikmede sakınca olmasa dahi karar vermeye yetkili kılınmıştır²⁶.

Literatürde bu konuya ilişkin olarak ağır tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlarda Anayasa ile güvence altına alınmış vücut bütünlüğünün korunması açısından hâkim kararı üzerine muayene yapılması gerektiği, aksi takdirde, Yönetmeliğe dayanılarak verilecek bir karar CMK m. 75'e ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil edeceği iddia edilmiştir²⁷.

İlgilinin rızası hukukumuzda bir hukuka uygunluk sebebi sayılmakla birlikte pek çok mahkeme kararında birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği ve eşit olmayanlar arasında verilen rızanın baskı altında verilmiş sayılacağı ve geçersiz olacağı vurgulanmaktadır²⁸. Kanımızca burada da verilen rızanın –her ne kadar burada rıza kolluğa karşı değil savcıya karşı veriliyorsa da- güç dengesizliği içinde verildiğini ve aynı şekilde baskı altında verildiğinden geçersiz olduğunu kabul etmemek için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Kanunda savcının hangi durumda yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. Baskı altında verilen rıza, savcının karar vermede yetkili olduğu durumlara ilişkin sınırı kanımızca genişletemez. Dolayısıyla savcı şüpheli ve sanığın rızası olan durumlarda dahi - Yönetmelikteki 18/3. maddeye rağmen- ancak gecikmesinde sakınca olan durumlarda bu kişilerin vücutlarından örnek alınmasına karar verebilecektir²⁹.

C. Vücuttan Örnek Alma Tedbirini Uygulayacak Mercii

Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbirinin kim tarafından uygulanacağı hususu CMK m. 75/2'de düzenlenmiştir. Buna göre bu kişilerin vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi

²⁶ Uygulamada kötüye kullanılabileceği ve hakim kararı zorunluluğunu ortadan kaldırmak için bu yola başvurulabileceği endişesiyle, kolluğa rıza olsa bile vücuttan örnek alınması tedbirine karar verme yetkisi tanınmadığı tespitine yönelik bkz. Turhan, s. 1057.

²⁷ Turhan, s. 1057.

²⁸ Örneğin bkz. Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007 Tarihli karar, Esas Numarası: 2005/6392, Karar Numarası: 2007/948.

²⁹ Rıza bulunduğu gerekçesiyle karar alınmaksızın tedbire başvurulmasının kötüye kullanılabileceğinden hareketle aynı sonuca varan görüş için bkz. Dursun, s. 2966 ve 2972. Aksi görüş için bkz. Doğan, s. 107. Bu konu, ilgili tedbirin uygulanması suretiyle elde edilecek delilin hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediği hususunda belirleyici olduğundan önemlidir. Nitekim gecikmesinde sakınca olmayan halde savcının kararı ile uygulanan tedbirle elde edilen deliller değerlendirme yasağı engeline takılacak ve yargılamada kullanılamayacaktır. Bu konuda bkz. Sarsıkoğlu, Şenel: "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, EÜHFD, 2013, 8(2), ss. 693, s. 716-717; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 454.

tarafından yapılabilecektir. Aynı konuya ilişkin olarak Yönetmelik ise 6/2. maddesinde sağlık mesleği mensubu kişinin bu işlemi ancak hekim gözetiminde yapabileceğini düzenlemiştir. Anayasanın 124. maddesi yönetmeliklerin “kanunlara aykırı” olamayacağını hüküm altına almaktadır. Öyleyse bu noktada Yönetmeliğin 6/2. maddesinin CMK m. 75/2 ile çelişen ifadelerine itibar etmemek gerekecektir. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbirini hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi yapabilecek, sağlık mesleği mensubu kişinin bu işlemi yaparken hekim gözetiminde olması işlemin ve elde edilen delillerin hukuka uygunluğu bakımından gerekmeyecektir.

IV. DELİL NİTELİĞİNİ HAİZ VÜCUDA YABANCI UNSURLARIN ŞÜPHELİ VE SANIĞIN VÜCUDUNDAN ÇIKARILMASI PROBLEMİ

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri yukarıda da ifade edildiği üzere CMK'nın 75/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “bir suça ilişkin delil elde etmek için, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınabilmesine karar verilebilir.”

Kanun koyucunun kullandığı bu açık ifade karşısında şüpheli ya da sanığın midesinde veya deri altında bulunan suç delili oluşturabilecek yabancı cisimlerin, örneğin şüphelinin yutmuş olduğu uyuşturucu maddenin, delil niteliğinde olan bir kağıdın veya silahlı çatışma sırasında vücuda giren mermi veya saçma taneciklerinin bu maddeye dayanılarak alınması mümkün olmayacaktır. Nitekim bu unsurların maddede sayılan saç, tükürük ve tırnak gibi bedene ait örneklerle benzemediği açıkça ortadadır³⁰.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer konu ise CMK 75/1 de düzenli şüphelinin iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin bu unsurların bedenden çıkarılması işleminde hukuki temel teşkil edip etmeyeceği hususudur. CMK 75/1e göre ‘bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.’ Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3.

³⁰ Her ne kadar Yön. 3. maddede örnek kavramının “bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali” ifade ettiği açıklanmışsa da buradaki ‘biyolojik materyal’ kavramına CMK 75/1 de ifade edilen “kan veya benzeri biyolojik örneklerin”, ‘diğer materyal’ kavramına ise CMK 75/1 de ifade edilen “saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin” in gireceği açıktır. Nitekim yönetmelik hükümleri kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan hukuk kurallarıdır.

maddesine göre iç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi anlamına gelmektedir.

Literatürde bu hüküm kapsamında şüpheliye cerrahi müdahalenin de yapılabileceği, 'kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği' gerekçesinden hareketle genel itibariyle kabul edilmekte³¹; tartışma ise bu madde kapsamında yapılacak cerrahi müdahale ile, şüphelinin vücuduna giren mermi ve yutulan uyuşturucu madde poşetinin de çıkarılıp çıkarılmayacağı noktasında şekillenmektedir. Yani literatürde CMK m.75'te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin şüpheliye cerrahi müdahale yapılmasına izin verdiği konusunda genel itibariyle görüş birliği bulunmakta, bununla birlikte şüphelinin vücudundan mermi ve uyuşturucu madde çıkarılmasının bu izin kapsamına girip girmediği, başka bir deyişle cerrahi müdahale kapsamında mermi ve uyuşturucu madde poşetinin çıkarılıp çıkarılmayacağı, tartışma konusu yapılmaktadır. Nitekim *Doğan* bu noktada cerrahi müdahalenin şüpheliye CMK m.75 kapsamında yapılacağını kabul ettikten sonra cerrahi müdahale ile vücuda yabancı fakat delil niteliğini haiz unsurların şüphelinin vücudundan hukuka uygun şekilde çıkartılabileceği fikrini savunmaktadır.³²

Yenisey/Nuhoğlu ise bu görüşe cevap niteliğinde olarak, öncelikle yine şüpheliye cerrahi müdahale yapılmasının hukuka uygun olduğunu kabul etmekte, sonrasında ise Yön. 3. maddesinde yapılan cerrahi müdahale tanımına³³ vurgu yaparak, midedeki kağıdın alınması veya uyuşturucu maddenin çıkarılması işleminde tanı veya tedavi amacı bulunmadığından hareketle bu işlemlerin cerrahi müdahale sayılamayacağı sonucuna varmaktadır.³⁴ Bu görüş takip edildiğinde, vücuda giren şeyin bir mermi olması halinde, burada mermiyi çıkarmak için yapılacak işlemin *tedavi* işlemi olduğundan bahisle ortada cerrahi bir müdahalenin bulunduğu sonucuna varılacak ve bu cerrahi müdahalenin CMK 75 hükmü temelinde hukuka uygun olarak yapılabileceği ve merminin de bu kapsamda şüphelinin vücudundan hukuka uygun şekilde çıkarılabileceği sonucuna kanımızca varılacaktır.

³¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 449; Şahin, s. 63; Yenisey/Nuhoğlu, s. 646; Turhan, s. 1050.

³² Bkz. Doğan, s. 112-113.

³³ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde cerrahi müdahale 'tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar' olarak tanımlanmıştır.

³⁴ Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 646.

Bu duruma itiraz teşkil edecek husus ise cerrahi müdahale sırasında narkoz kullanılması yasağıdır. Nitekim yapılacak cerrahi müdahalede narkozun³⁵, şüphelinin sağlığı açısından tehlikeli olmasından³⁶ bahisle kullanılmayacağı literatürde³⁷ haklı olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar vücuda giren mermi örneğinde yapılan mermi çıkarma işleminin yönetmelikteki cerrahi müdahale tanımından hareketle cerrahi müdahale kavramına girdiği; ve bu kapsamda literatürde hakim olan ‘CMK 75’te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin cerrahi müdahaleye izin verdiği’ görüşü takip edildiğinde, mermi çıkarma işleminin CMK m.75 kapsamında yapılabileceği sonucuna varılıyorsa da, narkoz uygulanması yasağı dolayısıyla vücuda giren mermi yine CMK 75’te düzenli iç beden muayenesi hükümleri temelinde hukuka uygun şekilde çıkarılamayacaktır.

Özetle literatürdeki görüşler takip edildiğinde, öncelikle şüpheliye CMK m.75 hükmü kapsamında cerrahi müdahalenin de yapılabileceği , ancak yutulmuş uyuşturucu madde poşetinin çıkarılması işleminin tedavi işlemi olmadığından hareketle bu işlemin yönetmelikteki cerrahi müdahale kavramına girmediği, dolayısıyla da bu unsurların CMK’nın 75. maddesi temel alınarak şüphelinin vücudundan çıkarılamayacağı; mermi çıkarma işleminin ise, her ne kadar bu işlemin tedavi işlemi olarak yönetmelikteki cerrahi müdahale kavramına girdiği ve dolayısıyla da ilk bakışta mermi çıkarma işleminin CMK 75 kapsamında hukuka uygun şekilde yapılabileceği ön neticesine varılabilse de, narkoz yasağı dolayısıyla CMK 75 kapsamında yine uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir.

Ancak kanımızca literatürdeki tüm bu tartışma dayanaktan yoksundur. Nitekim tüm bu tartışmaların temelinde yatan ve üzerinde genel itibariyle görüş birliği bulunan ‘şüpheliye CMK m.75’te düzenli iç beden muayenesi hükümleri çerçevesinde cerrahi müdahalenin de yapılabileceği’ şeklindeki tespit hatalıdır. Çünkü bu tespitte esas teşkil eden gerekçe CMK’nın 75. ve 76. maddelerinin eksik yorumlanması suretiyle bulunmuştur. Nitekim CMK’nın bu maddeleri sadece ‘düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkeleri’ esas alınarak yorumlandığında ‘*kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği, buradan hareketle de şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahalenin serbest olduğu*’

³⁵ Bu noktada ayrıca şüpheliye hipnoz uygulanmasının da hukuka aykırı olacağı yönünde bkz. Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung Kommentar, 52. Baskı, 2009, § 81a, kn. 16, Turhan, s. 1051.

³⁶ Nitekim CMK 75/2. maddede “*vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği*” açıkça ifade edilmiştir.

³⁷ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 16; Turhan, s. 1050.

sonucuna varılmaktadır. Ancak CMK'nın 75. ve 76. maddelerinin yorumunda sadece bu ilke etkili değildir. Nitekim 'temel haklar dar yorumlanır' ilkesi de CMK'nın 75. ve 76. maddelerinin yorumunda dikkate alındığında bu maddelere göre şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahalenin yapılamayacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

Bu konudaki görüşümüzü net şekilde ortaya koyabilmek için öncelikle 'düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkelerine' esas teşkil eden genel prensiplerin açıkça ortaya koyulması gerekmektedir.

Düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkelerine temel itibarıyla bakıldığında ilk olarak vurgulanması gereken husus, kanun koyucu bir şeyi sınırlandırarak saymış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlemiş ise '*bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır*'³⁸ ilkesinin geçerli olduğu, dolayısıyla da böylesi bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şeylerin zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğunun varsayılmayacağıdır. Bu yorum ilkeleri kapsamında değinilmesi gereken ikinci husus ise, aksi bir durumda, yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlememiş ise burada artık '*bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir*'³⁹ ilkesinin geçerli olduğu, ve böyle bir durumda, kanun koyucunun zikrettiği şey hakkında koyduğu hükümün, zikretmediği şey hakkında da uygulanması gereğidir.⁴⁰

Bu yorum kuralı mağdur ve diğerlerinin iç beden muayenesini düzenleyen CMK hükmüne uygulandığında 'Mağdur ve diğerlerinin İç beden muayenesinde cerrahi müdahale yapılamayacağına' ilişkin istisnai belirlemede (CMK 76/1) kanun koyucunun bu kişilerin kim olduklarını dikkate alarak düzenleme yaptığının, öyleyse burada '*bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır*' ilkesinin geçerli olduğunun, dolayısıyla da CMK'daki bu hükmün sadece mağdur ve diğerleri için uygulanacağını, şüpheli ve sanık için uygulanmayacağını, yani şüpheli ve sanık için cerrahi müdahale yasağının geçerli olmadığını, kabulü gerekecektir. Görüldüğü üzere varılan bu netice literatürde hali hazırda hakim olan 'kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği'nden hareketle CMK 75 kapsamında şüpheliye cerrahi müdahalede bulunulabileceği sonucuna varan görüşünü destekler niteliktedir.

Peki cerrahi müdahale yasağının şüpheli için geçerli olmaması ona cerrahi müdahale yapılabileceği anlamına gelecek midir?

³⁸ Expressio unius est exclusio alterius

³⁹ Expressio unius non est exclusio alterius

⁴⁰ Gözler, s. 67 vd.

Cerrahi müdahale kişinin vücut bütünlüğü hakkına müdahale teşkil eden tıbbi bir işlemdir. Anayasamızın 13. maddesinde temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, yapılacak bir cerrahi müdahalenin şüphelinin vücut bütünlüğü hakkının sınırlanması anlamına geleceği dikkate alındığında cerrahi müdahaleye izin veren bir kanun hükmü olmadıkça şüpheliye cerrahi müdahale yapılamayacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Peki cerrahi müdahaleye izin veren bir kanun hükmü var mıdır? Bu noktada cerrahi müdahalenin şüpheli için sırf yasak olmaması, cerrahi müdahaleye izin veren açık bir kanun hükmü olmadıkça, bu kişiye cerrahi müdahale yapılabilmesi için yeterli değildir. Bu kapsamda yapılacak ‘iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin ‘cerrahi müdahaleye izin veren açık kanun hükmü’ olarak değerlendirilebilmesi ihtimaline ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Nitekim iç beden muayenesi hükümleri temel hakka müdahale eden hükümler olarak dar yorumlanmak zorundadır.⁴¹ Dolayısıyla da *açıkça* cerrahi müdahaleye izin vermeyen iç beden muayenesi hükümleri sırf cerrahi müdahalenin kanun koyucu tarafından yasaklanmaması gerekçe gösterilerek cerrahi müdahaleye de izin verir şeklinde yorumlanamaz. Nitekim aksi bir yaklaşım temel hak müdahalesi içeren bu hükmün geniş yorumlanması olacaktır. Bu itibarla kanımızca şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen CMK’nın 75. maddesinde şüpheli ve sanığa cerrahi müdahale yapılmasına açıkça izin verilmediğinden bu hükme dayanılarak bu kişilere cerrahi müdahale yapılamayacak, dolayısıyla da şüpheli ve sanığın midesindeki ya da deri altındaki delil niteliği haiz unsurlara şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen bu hüküm temel alınarak uygulanacak cerrahi bir müdahale ile ulaşılmamasının hukuka uygunluğu tartışması da dayanaksız kalacaktır. Nitekim cerrahi müdahaleye kanun koyucu tarafından izin verilmediği sonucuna ulaşılan bir durumda, cerrahi müdahale kapsamında merminin de çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışması gereksiz hale gelmektedir.

Peki hukukumuzda göre şüphelinin vücudundan mermi ya da uyuşturucu madde poşetinin çıkarılmasını sağlayacak başka hükümler yok mudur?

Literatürde⁴² bu konuya ilişkin olarak tedavi amaçlı uygulamalar temelinde merminin çıkarılacağına işaret edilmişse de tedavi amaçlı bu uygulamanın şartları ve hangi durumda mermiyi çıkarmaya yetki verdiği, hangi durumda ise mermiyi çıkarmak konusunda yetersiz kaldığı, yine bu tedavi uygulamalarının mermiyi çıkarmak konusunda yetersiz kaldığı durumda başka bir hukuki kurumdan faydalanılarak mermi çıkarma işleminin yapılıp yapılamayacağı hususları açıklığa kavuşturulmamıştır. Çalışmamızda literatürdeki bu boşluğun giderilmesini amaçlamaktayız.

⁴¹ Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, s. 79 vd., <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

⁴² Turhan, s. 1050.

Bu noktada merminin hukuka uygun şekilde çıkarılmasına dayanak sağlamak adına ilk incelenmesi gereken husus, literatürde⁴³ de işaret edildiği üzere, bu unsurların tedavi amaçlı çıkarılıp çıkarılmayacağı hususudur. Yutulmuş kağıt parçası ya da uyuşturucu madde poşeti bakımından ise bu unsurlar sağlık açısından tedaviyi gerektirecek bir durumu beraberinde getirmediğinden delil niteliğini haiz kağıdın ya da uyuşturucu kapsülün mideden çıkarılması tedavi amacı gerekçe gösterilerek dahi yapılamayacaktır.

Peki mermi hangi durumda tıbbi tedavi denilerek hukuka uygun şekilde vücuttan çıkarılabilecektir?

Kanımızca bu noktada yapılacak incelemede öncelikle kişinin rızasının varlığı belirleyicidir⁴⁴. Nitekim tıbbi müdahalenin dolayısıyla da tıbbi müdahale kapsamında mermi çıkarma işleminin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin uygulanacak teşhis ve tedavi yönteminin mahiyeti, etki ve sonuçları konusunda aydınlatılmış olması ve rızasının bu şekilde alınmış olması gerekmektedir. Hatta büyük cerrahi ameliyatlarda *aydınlatılmış onam* denilen bu rıza verme şekli de yeterli gelmemekte, müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin yazılı muvafakatinin alınması da gerekmektedir (1219 sayılı, 11.04.1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70)⁴⁵. Öyleyse mermi ancak kişinin açık rızası varsa tıbbi tedavi amaç gösterilerek çıkarılabilecektir.

Kanımızca şüpheli ve sanık rıza verecek durumda değilse '*varsayılan rıza*' kurumu da merminin şüphelinin vücudundan çıkarılması işlemini hukuka uygun hale getirecektir. Nitekim varsayılan rıza, ilgilinin rızasının zamanında alınmadığı, ancak ilgiliye sorulsaydı rıza göstereceğinin kabul edilebileceği, örneğin bilinci kapalı bir hastanın ameliyat edilmesi için rızasının alınmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Yani burada ilgilinin varsayılan iradesi esas alınmakta, bu varsayımın yanlış olduğu sonradan anlaşılabilir fiil hukuka uygun kabul edilmektedir⁴⁶. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın örneğin bilincinin kapalı olduğu durumda vücudundaki mermi, bu kişilerin varsayılan rızası üzerinden çıkarılabilecek ve mahkemedeki yargılamada delil amaçlı olarak kullanılabilir.

Fakat kanımızca şüpheli ve sanığın bilincinin açık olduğu ve bu şekilde bir işleme rızasının açıkça olumsuz olduğu durumda tedavi amaçlı tıbbi müdahale kurumundan yararlanılarak mermi vb. vücuda yabancı cisimlerin çıkarılması yoluna gidilemeyecektir.

Peki bu durumda mermi başka bir hukuki kurumdan faydalanılarak çıkarılamayacak mıdır? Literatürde bu konuda herhangi

⁴³ Turhan, s. 1050.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 645.

⁴⁵ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Ceza Genel Hukuku*, Ankara, 2020, 13. Baskı, s. 297.

⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 297.

bir tespitte bulunulmamaktadır. Kanımızca böylesi bir durumda kişinin kendi vücudunda bulunan merminin çıkarılmasına ilişkin olumsuz yöndeki açık iradesine rağmen yapılacak mermi çıkarma işleminde yapılan bu müdahalenin 'zorunluluk hali' kapsamına sokularak ilgili mermi çıkarma işleminin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim literatürde başkasına yönelik tehlikeden bu kişiyi kurtarmak zorunluluğu ile suç işleyen kişinin zorunluluk halinden yararlanacağı, bu noktada bu kişinin tehlikeye maruz kalan hakkının korunması için rızasının bulunmasının da gerekmediği, yani tehlikeye maruz kalan hakkın korunması işleminin hak sahibinin rızası hilafına dahi yapılabileceği ve bu işlemin de zorunluluk hali kapsamında kalacağı ifade edilmiştir⁴⁷. Öyleyse şüpheli ve sanığın bilincinin yerinde olduğu ve müdahaleye açıkça rıza vermediği durumlarda dahi zorunluluk hali kurumundan faydalanılarak bu kişilere ilgili müdahalenin yapılabilmesi ve merminin zorunluluk hali kapsamında kişinin açık rızası hilafına hukuka uygun olarak çıkarılabilmesi söz konusu olacaktır. Fakat burada ayrıca tehlikenin ağır ve muhakkak olması aranacak, basit yaralanma halinde şüpheli ve sanıktan mermi çıkarılması işleminde zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır. Nitekim zorunluluk halinin şartları arasında tehlikenin ağır ve muhakkak olması da yer almaktadır⁴⁸.

Sonuç itibarıyla kanımızca şüpheli ve sanığın rızasının olduğu durumlarda mermi vb. unsurlar tıbbi tedavi amaçlı uygulamalar kapsamına sokularak çıkarılabilecek, bilincinin kapalı olup da rıza verme imkânının olmadığı durumda varsayılan rıza üzerinden yine bu unsurlar çıkarılabilecek, bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz yönde olduğu durumlarda ise eğer ağır ve muhakkak bir tehlike varsa yine bu unsurlar kanımızca şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılabilecektir. Şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz yönde olduğu durumlarda ise eğer ağır ve muhakkak bir tehlike yoksa bu unsurlar şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılamayacaktır. Yutulmuş uyuşturucu poşeti ve kağıt parçası ise tedavi gerektirecek bir durum oluşturmadığından tedavi amaçlı işlem kavramına sokularak ya da zorunluluk hali kapsamına sokularak dahi çıkarılamayacaktır. Nitekim ortada tedavi gerektirecek bir durum ya da ağır tehlikeli bir durum bulunmamaktadır.

Literatürde ise şüpheli ve sanığın vücudundan bu tarz unsurların çıkarılması noktasında yapılacak bir müdahalenin CMK m. 116 ve devamında yer alan arama ve el koymaya benzediği hususu üzerinde durulmuş, bununla birlikte arama ve el koymaya ilişkin bu hükümlerin sadece kişinin üzerinin aranmasına izin verdiğinden bahisle söz konusu

⁴⁷ Literatürde durumun daha net anlaşılması için şu örnek verilmiştir: “*Gebelik ananın hayatı için tehlikeli bir nitelik gösterdiği takdirde, anne çocuğun doğmasını ve kendi hayatının feda edilmesini istese dahi bunu yapmayı çocuğu düşürten ve anayı kurtaran doktor zorunluluk halinde bulunmuş sayılır*”. Koca/Üzülmez, s. 351.

⁴⁸ Koca/Üzülmez, s. 350.

unsurların CMKm. 116'da düzenli bu tedbir dolayısıyla elde edilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁴⁹. Gerçekten de üst araması tedbiri “*kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında delil olabilecek eşya ve iz hakkında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan araştırma*” olarak tanımlanmakta⁵⁰ ve ancak ‘saklanmış bir şeyin aranması’⁵¹ amacını taşımaktadır. Dolayısıyla bu tedbirin şüpheli ve sanığın vücudundaki mermi vb. unsurların rızası hilafına çıkarılmasında kullanılamayacağı görüşüne katılmaktayız.

V. DIŞ BEDEN MUAYENESİNİN VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA TEDBİRLERİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE UYGUNLUĞU

Hukukumuzda tereddütlü olan bir diğer konu ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin yasal temeli olup olmadığı hususudur. Nitekim bu konuyu inceleyen çalışmalarda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin uygulanışına hukuki temel teşkil etmek üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüşse de makul bir sonuca varılamamıştır.⁵² Bu kapsamda şüphelinin dış beden muayenesine hukuki temel teşkil etmek üzere önerdiğimiz görüşü bu tedbirin ölçülülük incelemesi kapsamında yaptığımız ‘meşru araç’ kriterine ilişkin incelemede sunmayı uygun görüyoruz.

Nitekim gerek Türk gerek Alman hukukunda tedbirlerin ölçülülüğü meşru amaç-meşru araç, elverişlilik, gereklilik, orantılılık şeklinde dört basamaktan oluşur şekilde incelenmekteyse de Türk literatüründe tedbirlerin ölçülülük ilkesi ile uyumluluğu incelemesine genel itibariyle çalışmalarda açıkça yer verilmemekte, bunun yerine söz konusu tedbirin unsurları incelenirken karşılaşılan bir unsurun ölçülülük ilkesine hizmet ettiği yeri geldikçe parça parça ifade edilmekte⁵³, tedbirlerin ölçülülük ilkesine uygunluğu incelemesinin nasıl yapıldığını gösteren çalışmalar ise genel itibariyle literatürde bulunmamakta ancak tedbir Anayasa Mahkemesi kararlarına konu edilirse o takdirde ilgili kararın gerekçesinde tedbirin ölçülülüğü bu 4 basamaktan oluşur şekilde kapsamlı olarak incelenmektedir. Alman hukukunda ise ölçülülük ilkesi bir tedbirin hukuka uygunluk denetiminde genel olarak uygulanan temel bir ilke olarak fonksiyon icra etmektedir. Bu kapsamda tedbirlerin

⁴⁹ Turhan, s. 1033.

⁵⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, 2020, s. 337; Yenisey/Nuhoğlu, s. 642. Nitekim CMK'nın 116. maddesi şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğini düzenlemiştir.

⁵¹ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 9; Turhan, s. 1035 ve 1054.

⁵² Detaylı bilgi için aşağıya bakınız.

⁵³ Örneğin ‘Üst sınırı iki yıldan daha az hapsi gerektiren suçlarda iç beden muayenesinin yasaklanması, koruma tedbirlerinin temelinde yatan ölçülülük ilkesinin gereklerinden birisinin kanunda açıkçaça gösterilmesidir’ ifadesi için bkz. Turhan, s. 1043.

6. maddelerinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbirinin ancak bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla uygulanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hüküm dolayısıyla bu işlemin örneğin bilimsel araştırma veya ileride işlenmesi muhtemel suçlarda kullanılmak üzere veri bankası oluşturmak için ya da kişiden itiraf alınmasının sağlanması için yapılması söz konusu olamayacaktır⁵⁹. Suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kanun koyucunun dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerini uygulaması, suça ilişkin delil elde edilmesinde kamu yararı bulunduğu için meşru amaç bakımından ölçülülük ilkesine uygun kabul edilecektir.

Alman hukukuna göre Kanun koyucu tarafından takip edilen amaç meşru ise aynı inceleme bu sefer kullanılan aracın meşruluğu noktasında yapılacaktır. Meşru araç kriteri açısından inceleme konusu, tedbirin kendisidir. Burada uygulanan tedbirin meşru olması gerekir. Tedbirin meşruiyetinin sağlanması noktasında aranacak ilk unsur, tedbirin uygulanmasına izin veren hukuki temel, yani tedbire izin veren hükmün, devlet tarafından düzenlenmiş olması gereğidir⁶⁰. Bununla birlikte devlet tarafından yapılan bu düzenlemenin niteliği de tedbirin meşruiyetinin sağlanması noktasında belirleyicidir. Örneğin anayasa hükümlerinin, ancak yasayla öngörülen bir tedbirle sınırlanmasına izin verdiği bir hak, yürütme organınca çıkarılan bir tedbir ile sınırlanırsa, burada artık bu tedbirin uygulanmasının meşru bir araç olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim yasama, yürütme ve yargı organlarının, anayasa hükümleri ile bağlı olduğu Anayasanın 11. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır⁶¹. Öyleyse anayasanın kanunla sınırlanabileceğine hükmettiği bir hakka ilişkin anayasa hükümlerine aykırı şekilde yönetmelikle düzenlenen bir tedbir ile sınırlama getirilmesi halinde bu tedbir, yürütme ve yargı organlarıncaya anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırılık gerekçesiyle uygulanamayacaktır.

Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede meşru araç teşkil etme açısından şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri incelendiğinde, bu tedbir CMK 75. maddede açıkça düzenli olduğundan ilgili tedbirin meşru bir araç olduğu sonucuna rahatlıkla varılmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Vücuttan örnek alınması tedbiri vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil etmekle birlikte yasal yetki temelini açıkça CMK'nın 75. maddesinde bulmaktadır.

⁵⁹ Dursun, s. 2959; Turhan, s. 1041.

⁶⁰ Wienbracke, s. 150.

⁶¹ Aynı değerlendirme Alman Anayasasının 20/3. maddesine dayanılarak Alman hukukunda da yapılmaktadır. Buna göre uygulanan tedbirin meşruluğu noktasında bu tedbirin devlet tarafından getirilmesi gereğine ilişkin olarak Alman Anayasasının 20/3. maddesinde düzenli '*yasama anayasa ile yürütme ve yargı ise kanun ve hukukla bağlıdır.*' ilkesi geçerlidir. Bkz. Wienbracke, s. 150.

Meşru araç teşkil etme noktasında dış beden muayenesi tedbirinin ise dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Nitekim dış beden muayenesi tedbiri CMK'da açıkça düzenlenmemiş, sadece iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı düzenleyen CMK 75. madde hükmünün gerekçesinde ve Yönetmeliğin 5. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Yönetmelikle getirilen düzenlemenin ise böyle bir tedbire ne kadar hukuki temel teşkil edeceği tartışmalıdır.

Literatürde bu durum *Turhan* tarafından 'Kanun koyucunun bu tutumunu, dış beden muayenesinin düzenlenmesini yönetmeliğe bıraktığı şeklinde anlamak gerekir. Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder.'⁶² şeklinde yorumlanmıştır. Yazar, bu tespitinde beden muayenesinin CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığından bahisle Kanunun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği savına dayanmış, bu kabul dolayısıyla da kanunun kabul ettiği bu tedbirin çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır⁶³. Söz konusu yazarın bahsettiği CMK 75. ve 76. maddeleri incelendiğinde 75. maddede başlık itibarıyla "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması*" tedbirinin düzenlendiği ancak buradaki hükmün içinde dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı, sadece madde başlığının *beden muayenesi* olmasından hareketle bu başlığın dış beden muayenesini de kapsar şekilde yorumlanabileceği görülmektedir. 76. maddede ise "*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*" tedbiri düzenlenmekle birlikte burada da sanık ve şüphelinin dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kanun maddelerinden hareketle "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve*

⁶² Turhan, s. 1031.

⁶³ Yazarın ifadesi şu şekildedir: "(...)CMK'da düzenlenmeyen bir husus, Yönetmelikte düzenlenmiş olmaktadır. Dış beden muayenesi de vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiği için aslında kanunda düzenlenmesi gerekirdi. (...)Kanun koyucunun bu tutumunu, dış beden muayenesinin düzenlenmesini yönetmeliğe bıraktığı şeklinde anlamak gerekir. Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder. Yönetmeliğin düzenlemesinde temelde kanuna aykırı bir durum da söz konusu değildir. Çünkü m. 75 ve 76'da beden muayenesinin iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Kanun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği için, bu konunun çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesine engel bir durum yoktur." Turhan s. 1031. Yazarın konuyla ilgili devam eden ifadesi ise şu şekildedir: 'Kanun koyucu (...) dış beden muayenesine karar verecek mercii kanunda değil de yönetmelikte göstermiş olması 75. madde hükmünün Anayasaya aykırılığını gündeme getirmektedir. (...) bu tedbirlere başvurulabilme koşullarının Anayasa gereğince kanunda gösterilmesi gereklidir. Bu koşulların kapsamına tedbire hangi mercii karar vereceği de girer.'" Turhan, s. 1047. Bu ifadeler değerlendirildiğinde yazarın şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin CMK da temel olarak kabul edildiği fakat detay düzenlemenin yönetmeliğe bırakıldığı, bunun ise hukuka aykırı bir tutum olduğu, bu düzenlemelerin de kanunda yapılması gerektiği fikrini savunduğu sonucuna varılmaktadır.

vücutundan örnek alınması' tedbirinin kanunda kabul edildiği sonucuna varılamamaktadır.

Oysa Anayasanın 13. maddesi “*Temel hak ve hürriyetlerin (...) ancak kanunla sınırlanabilir*” olduğuna ilişkin düzenleme içermektedir. Yine Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince de “*(...) kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır.*” Öyleyse dış beden muayenesi de vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiği için ancak kanunla düzenlenmesi halinde hukuka uygun kabul edilebilecektir⁶⁴. Konunun yönetmelikle düzenlenmiş olması ise temel hak ve özgürlükler açısından kanımızca hiçbir güvence teşkil etmemektedir. Nitekim *kanun* kavramından parlamentonun yaptığı yasama faaliyetinin anlaşılması gerektiği açıktır.

Bununla birlikte yönetmeliğe dayanılarak temel hakların kısıtlanamayacağı, kanun kavramına yönetmelikle düzenlenen hükümlerin girmediği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutuklu kişilerin iletişim haklarının sınırlanmasına ilişkin *Silver v. İngiltere* kararında da açıkça belirtilmiştir. Mahkeme bu davada sadece iç hukukta hukuk kuralı olarak kabul edilen kuralların yasa olarak nitelendirileceğini ‘*(...) Sunday Times kararından çıkan ilk ilke müdahalenin içi hukukta temelinin bulunması zorunluluğudur. Somut olayda hükümet, komisyon ve başvuru müdahale için gerekli temelin kanun gücünde olmayan yönetmelikte değil, hapisane kanunu ve hapisane yönergesi içinde bulunması gerektiği koşulundan hareket etmektedirler*’ şeklinde ifade etmiştir⁶⁵. Bu ifadelerden hareketle Alman literatüründe yasal temelin ya parlamento kanunu şeklinde olması gerektiği ya da parlamento kanunu gücünde olması gerektiği, yönetmeliklerin yasa kavramına girmediği sonucuna

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Doğan, s. 102; Öztürk/Erdem, s. 530; Apış, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18(1), ss. 267, s. 276; Aygün, Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (8), 2016, ss. 49, s. 53-54; Dursun, s. 2961; İpekçiöğlü, Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, 70(1), ss. 19, s. 23; Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 3,

<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00dalde336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.11. 2018). Aynı şekilde AİHM de *Y.F. v. Türkiye* kararında bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. AİHM, 22.07.2003 tarihli karar- *Y.F. v. Türkiye*, Başvuru No. 24209/94, <https://www.coe.int>.

[int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Y.F.%20v.%20Turkey_en.asp](http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Y.F.%20v.%20Turkey_en.asp), (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

⁶⁵ AİHM, 25.03.1983 tarihli karar- *Silver v. İngiltere*, kn. 86 vd., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57577%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

varılmıştır⁶⁶. Öyleyse tüm bu tespitlerden hareketle kabul edilmelidir ki kanuni bir düzenlemeden bağımsız sadece ilgili yönetmelik hükümleri temel alınarak şüpheli ve sanığa uygulanan dış beden muayenesi bir hukuk devletinde *meşru bir araç* olarak kabul edilemeyecektir. Hukuk açısından bağlayıcı bir nitelik arz etmeyen kanun gerekçelerinin de hakların sınırlandırılmasında hukuki bir temel olarak asla dikkate alınmayacağı açıktır.

Bu noktada Türk hukuku açısından tartışılması gereken bir diğer husus CMK'nın aramaya ilişkin hükümlerinin Anayasanın ve AİHM'in aradığı '*müdahalede kanuni temel*' şartını yerine getirip getirmediği ve bu noktada bu hükümlerin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin hukuki temeli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur⁶⁷. CMK 116. maddede düzenli üst araması tedbiri "*kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında delil olabilecek eşya ve iz hakkında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan araştırma*" olarak tanımlanmakla⁶⁸ birlikte bu tedbirin amacı '*saklanmış bir şeyin aranması*'dir⁶⁹. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın vücudunda ekimoz, tırnak izi, enjektör izi gibi izlerin tespitini ifade eden⁷⁰ dış beden muayenesi için bu hükümlerin yasal temel oluşturmayacağı görüşüne biz de katılmaktayız.⁷¹

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbiri için yasal temel oluşturmak noktasında tartışılması gereken bir diğer konu ise şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği CMK 75. maddenin, yorum veya kıyas tekniği vasıtasıyla şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirine de hukuki temel oluşturup oluşturmayacağı hususudur. Bu noktada literatürde kıyasa ilişkin yapılan incelemede, CMK 75. madde hükmü temel haklara ilişkin bir müdahale teşkil ettiği için bu hükümlerde kıyas yapılamayacağından bahisle, CMK m. 75'te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin kıyas yasağı dolayısıyla dış beden muayenesi tedbiri için uygulanamayacağı sonucuna haklı olarak varılmaktadır⁷². Bu görüşe biz de katılıyoruz. Nitekim CMK'da kıyas serbest ise de hakları sınırlandıran hükümlerde kıyas yasağı mevcuttur⁷³.

⁶⁶ Frowein, Jochen Abr: "Vorbemerkung zu Art. 8-11", in Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang (ed.), EMRK Kommentar, 3. Baskı, 2009, s. 280, kn. 4.

⁶⁷ Bkz. Doğan, s. 115; Öztürk/Erdem, s. 531; Yenisey/Nuhoglu, s. 642.

⁶⁸ Yenisey/Nuhoglu, s. 642.

⁶⁹ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 9; Turhan, s. 1035.

⁷⁰ Doğan, s. 115.

⁷¹ Üst araması ve beden muayenesi ayırımına ilişkin detaylı bilgi için Bkz. Akbulut, Berrin: "Dış Beden Muayenesi", TAAD, 2016, 7(27), ss. 83, s. 93 vd. Yenisey/Nuhoglu ise kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığı konusunda gömleğin kaldırılarak kola bakılması işlemini üst araması olarak değerlendirmektedir. Bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 642.

⁷² Aynı yönde bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 643. İç beden müdahalesi hükümlerinin dış beden muayenesi bakımından da kıyasen uygulanacağını ileri süren görüş için bkz.

Peki şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği 75. maddede geniş yorum⁷⁴ yapılarak bu hükmün dış beden muayenesine de kanuni zemin oluşturduğu sonucuna varılabilmeli midir? Kanımızca bu noktada da karşımıza ‘*temel hak müdahalesi içeren hükümler dar yorumlanır ilkesi*’ çıkmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla bu ilkeden hareketle kanımızca iç beden muayenesini düzenleyen hükümler dış beden muayenesini de içine alır şeklinde yorumlanamayacaktır.

Kanımızca son bir husus olarak değerlendirilmesi gereken ise çoğun içinde az da vardır ilkesidir. *Qui potest maius, potest etiam minus* olarak ifade edilen bu ilke çoğu yapmaya yetkili olanın azı yapmaya da yetkili olduğu kabulüne dayanır. Buna göre kanunla bir makama bir yetki verilmiş ise o makamın o yetkinin parçası niteliğinde olan yetkiye de sahip olduğu kabul edilir⁷⁶. Bu noktada CMK 75. madde hükmü çoğun içinde az da vardır ilkesi gereğince bir yoruma tabi tutularak iç beden muayenesine hukuki yetki temeli oluşturan bu hükmün dış beden muayenesi için de kanuni yetki temeli oluşturduğu sonucuna kanımızca varılabilecek ve dış beden muayenesi 75. maddede düzenli iç beden muayenesi hükümlerine göre yapılabilecektir.

Dolayısıyla bu durumda, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirine, 75. maddede düzenli iç beden muayenesi hükümleri gereği “*bir suça ilişkin delil elde etmek için Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecek; Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulacak; hâkim veya mahkeme tarafından 24 saat içinde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılmayacaktır*”. Yine bu tedbir ancak “*tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından uygulanabilecek, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde dış beden muayenesi*” de kanun hükmü gereği yapılamayacaktır (CMK m. 75)⁷⁷. Bu hükümlerin dış beden muayenesini

Dursun, s. 2963-2964; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 452; Bayzit, Tuğba: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Dan, Özbek, Veli, Özer), DEÜ SBE, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2007, s. 88.

⁷³ Centel/Zafer, s. 55.

⁷⁴ Kıyas ve yorum farkı için bkz. Koca/Üzülmez, s. 61 vd.

⁷⁵ Gözler, s. 79 vd.

⁷⁶ Gözler, s. 93 vd.

⁷⁷ Dış beden muayenesi tedbirine iç beden muayenesi tedbirlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini söyleyen Dursun, dış beden muayenesi tedbiri ile temel hak ve özgürlükler üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin ağırlığının çok daha az olması dolayısıyla bu tedbirin iki yıllık sınıra takılmaksızın her türlü suç için uygulanmasının yerinde olduğunu savunmaktadır. Her ne kadar bu görüş hukuk mantığı itibariyle doğrusa da iç beden muayenesi tedbirine ilişkin yasayı kıyas yoluyla dış beden muayenesi tedbiri için hukuki dayanak haline getirmek yasanın ilgili tüm hükümlerini dış beden

düzenleyen yönetmelik hükümleriyle çelişmesi halinde ise kanunla çelişen yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır.

Sonuç itibariyle şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi tedbiri için hukuki temel oluşturan CMK 75. madde hükmünün kıyas ya da geniş yorum tekniğiyle değil ama çoğun içinde az da vardır ilkesi bağlamında yapılan yorum dolayısıyla⁷⁸ şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbiri için de yasal temel teşkil ettiğinin ve bu noktada kanuni temeli olan şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin delil elde etmek amacı için *meşru araç* olduğunun kanımızca kabulü gerekecektir.

B. Elverişlilik Ölçüsü

Alman hukukuna göre ölçülülük incelenmesinde ikinci aranması gereken unsur *elverişlilik*dir. Elverişlilik incelemesinde tedbirin amaca ulaşmayı sağlayan tedbirlerden biri olup olmadığı denetlenmektedir.⁷⁹ Bu noktada Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede şüpheli veya sanığın bedeninden elde edilecek deliller suçun aydınlatılması amacına ulaşılmasını sağlayacak nitelikteyse bu delillerin alınması için uygulanacak olan dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri suçun aydınlatılması amacına ulaşılmasını sağlayan tedbirlerden biri olarak *'elverişli'* kabul edilecektir. Örneğin şüphelinin total olduğunun bilinmesi halinde bir bacağından öbüründen kısa olup olmadığı incelemesinde olduğu üzere ya da şüphelinin herhangi bir uzvunda yara izi ya da dövme bulunduğunun bilinmesi halinde dış beden muayenesine başvurulması kanımızca elverişli kabul edilerek sanığın ve şüphelinin vücut ve organlarının yapısı ve vücut yüzeyinde bulunan yabancı cisimler incelenebilecektir. Aynı şekilde burada şüphelinin ya da sanığın kan veya vücut sıvıları örneklerinin ya da saç ve

muayenesi tedbiri için de zorunlu olarak uygulamayı gerektireceğinden, bu görüşe katılmıyoruz. Bkz. Dursun, s. 2968.

⁷⁸ Görüldüğü üzere aynı kanun maddesi bir yorum tekniği kullanıldığında dış beden muayenesini kapsar neticeye ulaştırmazken, aynı kanun maddesi üzerinde diğer bir yorum tekniği kullanıldığında hükmün dış beden muayenesi tedbirini de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu konuda *Gözler'in* şu tespitlerine değinmekte fayda vardır. Yazara göre *"Belki yorum ilkeleri de bazı durumlarda kendi arasında çatışabilir. Aynı metnin anlamı konusunda bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca ulaşılabilir(...) Haliyle hâkim, kararın gerekçesinde hangi yorum ilkesine dayandığını ve bu ilkeye dayanarak metnin anlamını nasıl tespit ettiğini kararının gerekçesinde açıklayacaktır. Artık böyle bir durumda siyasal mülahazalar değil, metodolojik ilkeler çarpışacaktır."* Gözler, s. 95.

⁷⁹ bkz. Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin: Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

tükürük örneklerinin incelenmesinin suçun aydınlatılmasını sağlayacağı durumda bu kişilerin vücutlarından örnek alınması da elverişli bir tedbir olarak kanımızca kabul edilecektir.

Bununla birlikte Alman hukukuna göre beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine bu kişi ancak belli nitelikte bir suç şüphesini barındırıyorsa başvurulabilecektir. Yani bu tedbirler, ancak şüpheli ve sanığın ilgili suçun faili ya da şeriki olduğuna ilişkin somut tutamak noktaları varsa bu kişiler üzerinde uygulanabilecektir⁸⁰. Suç şüphesi ilk kez bu tedbirler uygulandıktan sonra bu kişiler üzerinde ortaya çıkacaksa bu tedbir suçun aydınlatılmasında elverişli olduğu gerekçe gösterilerek uygulanamayacaktır. Nitekim Türk hukukunda kanunun *‘Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması’* şeklindeki madde başlığı da buna işaret etmektedir.

C. Gereklilik Ölçüsü

Alman hukukuna göre ölçülülüğe dair incelemede bakılması gereken üçüncü unsur ise ilgili tedbirlere başvurulmasının *gerekli* olmasıdır. Gereklilik unsuru aynı hukuki yararı sağlayan tedbirler arasında temel hak ve hürriyetlere daha hafif müdahale oluşturan tedbirin, yani daha en az ağır tedbirin, seçilmesi halinde yerine gelmektedir.⁸¹ Bu noktada Türk hukuku açısından yapılacak bir incelemede suçun aydınlatılmasında aynı etkiyi sağlayıp kişinin temel haklarına dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinden daha az zarar veren başka bir tedbir varsa ancak bu tedbir gerekli kabul edilecek ve uygulanacaktır⁸². Burada yapılan gereklilik incelemesi pek tabii dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin kendi arasında da uygulanacak ve aynı şekilde etkili delile hem dış beden muayenesi hem de vücuttan örnek alınması tedbiriyle ulaşılabilirse daha basit bir müdahale teşkil eden dış beden muayenesi gereklilik ölçüsünü yerine getiren tedbir olarak uygulanacaktır⁸³.

⁸⁰ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 6; Ebert, Christoph, “Die Anordnungskompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO- Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung”, ZIS, (3), 2010, ss. 249, s. 250; Öztürk/Erdem, s. 532; Centel/Zafer, s. 341.

⁸¹ bkz. Kluckert, Sebastian, “Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung”, JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin, Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

⁸² Aynı yönde bkz. Doğan, s. 113; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 453.

⁸³ Aynı yönde bkz. Şahin, s. 63.

Ç. Orantılılık Ölçüsü

Alman hukukunda ölçülülük incelenmesinde aranması gereken dördüncü unsur ise orantılıktır. Burada öncelikle *amaç ve aracın soyut değeri* karşılaştırılacak, sonrasında ise *müdahalenin somut ağırlığı ve müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değeri* birbiriyle mukayese edilecek ve arada bir oranın bulunup bulunmadığı incelenecektir.⁸⁴ Bu değerlendirmeyi Türk hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirleri açısından uygulayacak olursak öncelikle *'amaç ve aracın soyut değeri'* karşılaştırmasında *amaç = suçun aydınlatılması* olurken *araç= tedbirin kendisi* olacak ve bu amaç ve araç arasındaki değer mukayesesinde tedbir kapsamında yapılacak müdahalenin ağırlığının (bu noktada tedbirin hangi hakka müdahale teşkil ettiğinin) faile isnat edilen ve soruşturması yapılan suçun ağırlığı ile orantılı olması gözetilecektir. *'Müdahalenin somut ağırlığı ve müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değeri'* karşılaştırmasında ise tedbire karar verecek merciin, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması *tedbirlerinin uygulanması ile elde edeceği yarar = müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değerini* oluştururken, bu tedbirler uygulanırken *şüpheli ve sanığa verilmesi muhtemel zarar = müdahalenin somut ağırlığını* oluşturacak ve bu unsurlar arasında bir oran bulunup bulunmadığı incelenerek ilgili tedbirin orantılı olup olmadığı sonucuna varılacaktır⁸⁵, bu noktada elde edilecek yararın fazla olması halinde ancak orantılılık sağlanacak ve tedbire karar verilebilecektir. Basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan müdahalelere izin verilmemesi de bu bağlamda yine ölçülülük ilkesine hizmet edecektir.

Basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan müdahalelere izin verilmemesi hususu CMK'da vücuttan örnek alma tedbiri için 75/5. maddede düzenlenmiş ve *"üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağına"* hükmedilmiştir⁸⁶. Bununla birlikte iki yıldan daha az hapsi gerektiren bir suçta şüpheli veya sanığın aleyhine olan suç şüphelerinden kurtulmak amacı ile bizzat kendisinin hekim veya sağlık kuruluşuna başvurup örnek vererek sonuçlarını delil

⁸⁴ bkz. Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin, Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas: "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Kızılarlan, s. 231; Doğan, s. 103; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 453.

⁸⁶ CMK'nın 75. maddesinin 7. fıkrasında özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir.

olarak mahkemeye sunması ise pek tabii mümkün olacaktır⁸⁷. Bu noktada üst sınırı iki yıldan daha az hapsi gerektiren suçlarda vücuttan örnek almanın yasaklanması, literatürde haklı olarak koruma tedbirlerinin temelinde yatan ölçülülük ilkesinin gereklerinden birisi olarak değerlendirilmiştir⁸⁸. Dış beden muayenesi ise kanun koyucu tarafından hafif bir tedbir olarak değerlendirilmiş ve bu tedbir için Kanun veya Yönetmelikte iki yıllık ceza üst sınırı da dâhil olmak üzere herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bütün suçlar için dış beden muayenesine başvurulabilecektir.

CMK'da ve Yönetmelikte dış beden muayenesinin ve vücuttan örnek alma tedbirinin yapılabilmesi için öngörülen, “*müdahalenin kişinin sağlığına açıkça⁸⁹ ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması*” gerektiğine ilişkin şart da yine bu noktada ölçülülük ilkesini destekler niteliktedir (CMK m. 75/2, Yön. m. 5/3, 6/3)⁹⁰. Nitekim burada da kanun koyucu tedbirlerin uygulanması ile elde edilecek yarar ile bu tedbirler uygulanırken şüpheli ve sanığa verilmesi muhtemel zarar dengesini gözeterek bu tedbirlerin uygulanmasının sanığın ya da şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa artık tedbire başvurulamayacağını düzenlemiştir⁹¹.

⁸⁷ Bkz. Turhan, s. 1043, 40. dipnot. Doğan ise bu konuda “*üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda sanığın rızası ile iç beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınması ancak masumiyetin başka türlü ispatlanmadığı veya başka delil gösterilemediği hallerle sınırlı olmak üzere geçerli kabul edilmeli, başka türlü delil elde etme olanağı var ise bu yola başvurulmamalıdır.*” şeklinde görüş beyan etmiştir. Bkz. Doğan, s. 104 vd.

⁸⁸ Bkz. Doğan, s. 103-104; Şahin, s. 63.

⁸⁹ Kanunda ‘*kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.*’ ifadesi yer almaktadır. Bu ifade tedbiri uygulayan sağlık mensubunun oluşabilecek zarardan sorumlu tutulmaması için taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 450. Yönetmelik ise bu konuda 5 ve 6. maddelerinde bu tedbirler için ‘*kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.*’ hükmünü içermektedir. Kanunda yer almayıp da Yönetmeliğe eklenen ‘*açıkça ve öngörülebilir zarar*’ ifadesinin yapılan müdahaleden sorumlu tutulabilmek noktasında taksir düzeyinin ötesinde bilinçli taksir düzeyinde bir kusuru gerektirdiğine işaret ettiği ve bu bağlamda Yönetmelikteki bu ifadeler vasıtasıyla zarardan sorumluluğa ilişkin Kanunda öngörülen kapsamın daraltıldığı yönünde bkz. Doğan, s. 101; Korur Fincancı, Şebnem/Yorulmaz, A. Coşkun: “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006, Sempozyum Dizisi, No. 48, Şubat 2006, ss. 142, s. 145.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Dursun, s. 2968.

⁹¹ Bununla birlikte dış beden muayenesinde zaten “*gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme*” söz konusu olduğundan bu tedbirin uygulanmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi barındırması da söz konusu olmayacaktır (bkz. Yön. m. 3).

Bu noktada muayene bittikten sonra da uzun bir süre etkisini devam ettiren bedensel huzuru bozucu rahatsızlıklar, zarar tehlikesi olarak kabul edilecek⁹²; muayeneden korkmak veya muayenenin meydana getirdiği ruhsal baskı ve aşırı heyecan ile muayenenin verdiği acılar ve diğer geçici rahatsızlıklar ise tek başlarına zarar verme tehlikesi olarak kabul edilmeyecektir⁹³. Bu tedbirin uygulanmasıyla şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı incelemesinde somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu belirleyici olacaktır⁹⁴.

SONUÇ

Türk hukukunda mermi ve yutulmuş uyuşturucu poşeti gibi delil niteliğini haiz unsurların şüpheli ve sanığın bedeninden hangi hukuki kurumdan faydalanılarak hangi şartlar altında çıkarılacağı konusu literatürde açıklığa kavuşturulmamış, bu unsurların tedavi amaçlı uygulamalar kapsamına sokularak çıkarılabileceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Ancak bir işlemin tedavi amaçlı uygulamaya sokulabilmesinin kişinin rızasının varlığına bağlı olması karşısında, kişinin bu işleme rıza vermediği durumda vücuda yabancı bu unsurların çıkarılıp çıkarılamayacağı hususu literatürdeki bu ifadeye rağmen belirsiz kalmıştır. Kanımızca eğer ağır ve muhakkak bir tehlike varsa mermi gibi vücuda zarar veren unsurlar zorunluluk hali kapsamında sayılarak şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz olduğu durumlarda bile şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılabilecektir. Bununla birlikte eğer somut olayda ağır ve muhakkak bir tehlike yoksa, şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz olduğu durumlarda mermi gibi unsurlar şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılamayacaktır. Yutulmuş uyuşturucu poşeti ve kağıt parçası ise tedavi amaçlı işlem kavramına sokularak ya da zorunluluk hali kapsamına sokularak dahi çıkarılamayacaktır. Nitekim ortada tedavi gerektirecek bir durum ya da ağır tehlikeli bir durum bulunmamaktadır.

⁹² Burada ölçü müdahalenin kendisi değil, şüpheli veya sanığın kişisel sağlık durumu, bu noktada örneğin bu kişilerin daha önce geçirmiş oldukları hastalıklar veya ameliyatlara gibi hususlar değerlendirildiğinde ortaya çıkan tablodur. Bununla birlikte genel olarak herkes için tehlike teşkil eden durumlar bu kriteri evleviyetle sağlamaktadır. Örneğin Alman hukukunda angiografi ve kateter ile idrar alınması sağlık açısından tehlikeli olduğu için kabul edilmemektedir. Bkz. Meyer-Goßner, § 81a, kn. 20, 21; Senge, Lothar: "§ 81a StPO", in: Hannich, Rolf (ed.), Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Baskı, 2008, § 81a, kn. 7; Turhan, s. 1049. Yine sanığa kusturucu madde verilmesi ve apomorfin maddesi enjekte edilmesi olayında AİHM, uygulanan metodun Almanya'da daha önce iki kişinin ölümüne sebep olmasından bahisle sağlık açısından tehlikeli olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. AİHM, 11.07.2006 tarihli karar- Jalloh v. Almanya.

⁹³ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 17; Doğan, s. 108; Öztürk/Erdem, s. 535.

⁹⁴ Meyer-Goßner, § 81a, kn. 17; Şahin, s. 63; Öztürk/Erdem, s. 535.

Hukukumuzda açıklığa kavuşturulamamış bir diğer husus ise şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanuni temeli olup olmadığıdır. Genel itibariyle bu konuda yapılan çalışmalarda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin Kanunun ilgili maddesinde açıkça düzenlenmeyerek bu konudaki düzenlemenin Yönetmelikte yapılmasının Anayasanın 13. maddesinde düzenli ‘temel hakka ancak kanunla müdahale edilebileceğine’ ilişkin hükme aykırılık teşkil edeceği vurgulanmış, bu tedbire yasal dayanak oluşturmak üzere ise CMK m. 116’da düzenli arama hükümlerinin dış beden muayenesi tedbirine hukuki temel teşkil etme ihtimali gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanımızca Türk literatüründe ortaya koyulan yaklaşımların hiçbiri bu tedbire yasal yetki temeli oluşturmaya yetmemektedir. Nitekim literatürde bu konudaki en makul yaklaşım şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerin ‘kıyasen’ şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine yasal yetki temeli oluşturmak üzere uygulanması yönünde olmakla birlikte temel hak müdahalesi içeren hükümlerde kıyas yapılamayacağından hareketle bu yaklaşım da şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine yasal yetki temeli oluşturmakta yetersiz kalmıştır. Bu noktada şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine hukuki temel teşkil etmek üzere ortaya koyduğumuz ‘şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerinin çoğun içinde az da vardır ilkesi kapsamında yorumlanması’ önerimiz kanun koyucu tarafından iç beden muayenesine izin verilmesinin, nitelik itibariyle kendisinden daha az olan dış beden muayenesine de kanun koyucu tarafından izin verildiği sonucunu beraberinde getirmekte ve iç beden muayenesi hükümlerinin şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine de hukuki temel oluşturulmasını sağlayarak dış beden muayenesi tedbirine ilişkin uygulamaları Anayasanın 13. maddesi anlamında hukuka uygun hale getirmektedir.

Burada önemle belirtilmelidir ki, önerimizin uygulanması halinde ortaya çıkan ‘şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerin kıyas tekniğiyle ulaşamadığı sonuca yorum tekniğiyle ulaşması’ durumu her ne kadar ilk bakışta hukuk mantığıyla çelişir gibi görünse de aslında önerdiğimiz fikirle ‘kanunda olmayan bir yetkilendirmenin kıyas yoluyla oluşturulmadığı, zaten var olan bir yetkinin yorum yoluyla ortaya çıkarıldığı’ dikkate alındığında şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerinin çoğun içinde az da vardır ilkesi neticesi şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine de sağlam bir hukuki temel oluşturduğu sonucuna rahatlıkla varılabilecektir.

Bu noktada son olarak ifade edilmelidir ki, temel hak müdahalesi içeren hükümlerin dar yorumlanacağı ilkesi de ‘şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerinin çoğun içinde az da vardır ilkesi kapsamında yorumlanması’ önerimize aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim iç beden muayenesi hükümlerini ne kadar dar yorumlarsak yorumlayalım bu hükümler çerçevesinde yapılan iç beden muayenesi işlemleri şüphelinin bedeninin dıştan muayene edilmesini de kendiliğinden içerecektir. Nitekim iç beden muayenesinde muayene

sırası 1-gözlem, 2-paplayon (dokunarak muayene), 3- perküsyon (vurarak muayene), 4- oskültasyon (steteskopla dinleyerek muayene) şeklindedir.⁹⁵ Yani gözlem yapmak ve dokunmak iç beden muayenesinin bir parçasını teşkil etmektedir. Öyleyse ‘vücudun dış yüzeyinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi’ anlamına gelen dış beden muayenesinin iç beden muayenesinin bir parçası olduğu, iç beden muayenesine izin vermenin öncelikle dış beden muayenesine de izin vermek anlamına geldiğinin kabulü gerekecektir.

⁹⁵ <https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/> (Erişim Tarihi: 31.08.2021)

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, “Dış Beden Muayenesi”, TAAD, 2016, 7 (27), s. 83 vd.
- Apiş, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18(1), s.267 vd.
- Aygün, Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (8), 2016, s.49 vd.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, 2020.
- Doğan, Recep, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, TBB Dergisi, 2019, s. 98 vd.
- 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, 2017, 19 (Özel Sayı), s. 2955 vd.
- Ebert, Christoph, “Die Anordnungs-kompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO- Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung”, ZIS, (3), 2010, s. 249 vd.
- Frowein, Jochen Abr, “Vorbemerkung zu Art. 8-11”, in: Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang (ed.), EMRK Kommentar, 3. Baskı, 2009.
- Güngör, Devrim/Bakşı, Okan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, 2009, 8(3), s. 63 vd.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, 70(1), s. 19vd.
- Kızıllarslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma*, 2007.
- Klatt, Matthias/Meister, Moritz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, JuS, 2014, s. 193 vd.
- Kluckert, Sebastian, “Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung”, JuS, 2015, s. 116 vd.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Ceza Genel Hukuku*, Ankara, 2020, 13. Baskı.
- Korur Fincancı, Şebnem/Yorulmaz, A. Coşkun, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006, Sempozyum Dizisi, No. 48, Şubat 2006, s. 142 vd.
- Lothar, Michael/Morlok, Martin, *Grundrechte*, 2014, 4. Baskı.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00dalde336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozessordnung Kommentar*, 52. Baskı, 2009.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2018, 11. Baskı.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2018, 12. Baskı.

Reuter, Thomas, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen”, *JURA*, (7), 2009, s. 511 vd.

Sarsıkoğlu, Şenel, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, *EÜHFD*, 2013, 8(2), s. 693 vd.

Senge, Lothar, ”§ 81a StPO”, in: Hannich, Rolf (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2008, 6. Baskı.

Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara, 2020, 10. Baskı.

Turhan, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku, Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Beden Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi”, in: *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, V. Türkisch - Deutsches Symposium zum Medizinrecht*, 28 Şubat - 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 142, 2008.

VOßKUHLÉ, Andreas, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 2007, s. 429 vd.

Wienbracke, Mike, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *ZJS*, (2), 2013, s. 149 vd.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2020, 8. Baskı.

Yüksel, Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *SDÜHFD*, 7(1), 2017.

İnt. Kaynağı:

Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

Heintzen, Markus/krieger, Heike: “Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung”, https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-_Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung.pdf, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

Kararlar:

AİHM, 04.11.2008 tarihli karar- S. ve Marper v. Birleşik Krallık, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22230562/04%22%5D,%22docum%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22ite%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

AIHM, 25.03.1983 tarihli karar- Silver v. İngiltere, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57577%22>}, (Erişim Tarihi: 17.02.2021)

AIHM, 11.07.2006 tarihli karar- Jalloh v. Almanya, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22\%22CASE%20OF%20JALLOH%20v.%20GERMANY%22%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-76307%22>}, (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

