



Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Body Examination and Taking Samples from the Body in Criminal Procedure Law

Kemal AYDIN*

Doç. Dr. Seydi ÇELİK**

Öz

Çağımızda gelişen teknolojinin de etkisiyle maddi gerçeğe ulaşmada son derece önemli bir yeri olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri, bilimsel bir delil elde etme yöntemi olması nedeniyle bir bilirkişi ve keşif incelemesi olmasının yanı sıra kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına ağır müdahaleler içeren yapısı gereği aynı zamanda bir koruma tedbiridir. Her iki niteliği de bünyesinde barındıran tedbirin, bu nedenle karma nitelikte bir hukuki niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Tedbirin, temel hak ve özgürlüklere ağır müdahaleler içeren yapısı gereği Kanun kapsamında sıkı koşullara bağlanarak düzenlenmesi ve bu doğrultuda uygulanması gerekmektedir. Hukukumuzda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 8202 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik kapsamında düzenleme altına alınan tedbirlerin, bu bakımdan yetersiz, çelişkili ve sorunlu olduğu görülmektedir. Çalışmamız kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleriyle ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelerin sorunlu yanlarına ve eksikliklere değinilerek bu hususta çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, İç ve Dış Beden, Koruma Tedbiri, Delil.

* Cumhuriyet Savcısı Adayı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi (e-posta/ e-mail: kml2134adn@gmail.com, ORCID: 0009-0004-4290-9906).

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta/ e-mail: seydi.celik@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1224-9877).

Abstract

The measures of body (physical) examination and taking samples from the body, which have gained an extremely important place at the point of reaching the material truth with the effect of the developing technology in our age, are not only an expert and exploratory examination as it is a method of obtaining scientific evidence, but also a protection measure due to its structure that involves severe interventions in the body integrity and fundamental rights of the person. For this reason, it can be said that the measure, which incorporates both qualities, has a mixed structure. Due to the structure of the measure, which includes severe interventions on fundamental rights and freedoms, it should be regulated and regulated under strict conditions within the scope of the Law and should be implemented accordingly. However, it is seen that the regulations under the Criminal Procedure Law No. 5271 and the Regulation No. 8202 on Physical Examination, Genetic Examinations and Determination of Physical Identity in Criminal Procedure are insufficient, contradictory and problematic in this respect. Within the scope of our study, the problematic aspects and deficiencies of the regulations in the legislation regarding the measures of physical examination and taking samples from the body are mentioned and solution suggestions are given in this regard.

Keywords: *Measures of Body (Physical) Examination, Taking Samples From The Body, Criminal Procedure Law, Human Rights, Protection Measure.*

GİRİŞ

Çağımızda bilim ve teknoloji dünyasında yaşanan gelişmeler ceza muhakemesini doğrudan ve yakından etkilemektedir. Amacı deliller vasıtasıyla maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde bu gelişmeler ışığında yer edinen ve işlenen suç ile suçun failinin tespiti amacıyla sıklıkla başvuru alan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından oldukça önemli bir yere sahiptir. Şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayeneleri veya vücutlarından örnek alınması ile elde edilecek delillerle olay yerinden veya mağdurun üzerinden alınacak biyolojik veya diğer materyallerin karşılaştırılması sonucu suç ve suçluların tespiti ve böylelikle de soruşturmaya konu olayların aydınlatılması sağlanacaktır.

Modern ceza muhakemesinde benimsenen delilden sanığa gitme anlayışının bir tezahürü olarak mevzuatımızda da yer edinen söz konusu tedbir, insan bedeni üzerinde yapılan deneysel incelemeleri ifade eder. Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında “Tanık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif” başlığı altında düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin kanundaki sistematik olarak ele alındığı kısım da göz önüne alındığında, bilimsel

bir delil elde etme yöntemi olarak bir bilirkişi incelemesi olduğu şüphesizdir. Bunun yanı sıra kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına ağır müdahaleler içeren bir yapıya da sahip olması tedbirlerin hukuki niteliği noktasında tartışmalara sebebiyet vermektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bireyin sahip olduğu en temel haklardandır. Yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilecek kişi dokunulmazlığı hakkı, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını; kanunda yazılı istisnai haller dışında kişinin rızası hilafına bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını ifade eder. Böylelikle bireyin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını güvence altına alır. Bu bakımdan başta kişi dokunulmazlığı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ağır müdahaleler içeren tedbirlerin, gerek kişi dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesi gerekse temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi gereği kanun kapsamında açık ve net bir biçimde düzenleme altına alınması gerekmektedir. Mevzuatımızda her ne kadar söz konusu tedbirlerin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹ (CMK) 75 vd. maddelerindeki düzenlemeler ile 8202 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik² kapsamında ele alındığı görülse de tedbirin uygulanması noktasında bazı hususların Anayasa'da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin usule aykırı olarak yalnızca Yönetmelik çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmamız kapsamında öncelikle şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbirleri kavramsal olarak ele alınıp tedbirlere başvurulmasındaki amaç ile hukuki niteliği noktasında yapılan tartışmalara değinilecek, daha sonra tedbirlerin uygulanma koşulları ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri vasıtasıyla elde edilen verilerin akıbetinin ne olacağı hususuna yer verilecektir. Nihayetinde uygulanan tedbirlere karşı başvurulabilecek kanun yolları cezai hükümler değerlendirilecektir. Bu doğrultuda genel olarak mevzuatımızda yer alan düzenlemelerin eksik veya hatalı yönlerine

¹ RG 17.12.2004, [25673].

² RG 01.06.2005, [25832].

dikkat çekilerek eksikliklerin giderilebilmesi bakımından çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

I. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

A. Tanım, Amaç ve Hukuki Nitelik

Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı kararıyla şüpheli, sanık ve diğer kişilerin muayene edilmesi ya da vücudundan örnek alınması suretiyle delil araştırılması yapılmasına ceza muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması denir.³

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aslında iki ayrı işlemi ifade eder. Ancak vücuttan örnek alınması işlemi yapısı gereği zorunlu olarak bir muayeneyi de gerektirdiğinden, vücuttan örnek alınması işlemi de beden muayenesi kapsamında değerlendirilebilecektir.⁴

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda⁵ beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin ayrıca ve ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiş, yalnızca “Bilirkişi Tayini” başlığı altında yer alan m.66/5'te “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır.*” hükmü öngörülmüştür. Anılan hükümde vücuttan örnek alınması tedbirine yer verilmemiş, sadece beden muayenesi tedbiri düzenleme altına alınmıştır. Tedbire başvurulması kararını verecek yetkili makam belirlenmiş olmakla beraber tedbirin uygulama kapsam ve koşullarına değinilmemiştir. Ayrıca tedbirin sadece soruşturma aşamasında uygulanabileceği öngörülmüş, kovuşturma aşamasında uygulanabilirliğine dair bir düzenleme yapılmamıştır.

Uygulama konusunda sıkıntılara yol açan CMUK kapsamındaki yetersiz ve eksik düzenleme, çağımızda gerçekleşen teknolojik gelişmelerle beraber delil elde etme noktasında oldukça önemli bir konuma gelen beden muayenesi vücuttan örnek alınması tedbirlerinin daha kapsamlı bir biçimde ele alınması ihtiyacını doğurmuştur. Söz konusu ihtiyaç, 2005 yılında yürürlüğe konulan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kapsam ve koşulları belirlenmiş

³ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 230.

⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12 bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 455.

⁵ RG 20.4.1929, [1172].

sistemantik düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda CMK m. 75'te “Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, m. 76'da “Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” ve m. 77'de “Kadının Muayenesi” ne yer verilmiş ve ayrıca bunlara paralel olarak çıkarılan 8202 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ile de söz konusu tedbirler daha detaylı ve kapsamlı bir biçimde düzenleme altına alınmıştır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin uygulanma amacı CMK m. 75/1'de “*Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla...*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma noktasında son derece önem arz eden söz konusu tedbirler, suça dair vücut üzerinde kalan izlerin sistemantik ve detaylı bir biçimde araştırılması amacıyla gerçekleştirilmektedir.⁶ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri özünde iki farklı işlemi ifade ettiğinden, beden muayenesi işleminin genel olarak delil elde etme amacıyla gerçekleştirildiği söylenebileceken; vücuttan örnek alınması işleminin daha önce elde edilmiş olan delillerin kişilerin vücutlarından alınacak örneklerle karşılaştırılması suretiyle anlamlandırılması amacıyla gerçekleştirildiği söylenebilecektir.⁷ Zira olay yerinden elde edilen delillerin hangi kişiye ait olup olmadığının tespiti ancak elde edilen delillerle kişiden alınacak örneklerin karşılaştırılması vasıtasıyla sağlanabilecektir.

Tedbirler özellikle yaralama gibi belli başlı suçlar bakımından nitelikli hâller ile suç vasfının tespit ve tayininde başvurulacak en mühim delil elde etme yöntemidir. Ayrıca ceza muhakemesinde yargılama süreci açısından önem arz eden yaş tashihi, kimlik tespiti, teşhis, cezai ehliyet ile farik ve mümeyyizliğin tespiti gibi noktalar bakımından da yol gösterici olacaktır.⁸

Doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin hukuki niteliği tartışmalı hususların başında gelmektedir. Söz konusu tedbirlere ancak belirli bir şüphe yoğunluğunun varlığı halinde başvurulabilmesi, tedbirlerin bir temel hakkı hüküm verilmeden

⁶ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9 bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 687.

⁷ Ahmet Gökçen vd, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4 bs, Adalet Yayınevi 2020) 351; Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 231.

⁸ Yunus Emre Bağlar, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2021) 39.

sınırlaması (özelikle kişi dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğü), geçici nitelikte olması, delil elde etme amacıyla gerçekleştirilmesi, hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararına dayanılarak uygulanması gibi koruma tedbirleri ile taşıdığı ortak özellikler göz önüne alındığında, tedbirlerin koruma tedbiri niteliğinde olduğu söylenebilir.⁹ Bununla birlikte Kanun'da sistematik olarak düzenleniş biçimi ve bir modern veri/delil elde etme yöntemi olması göz önüne alındığında, tedbirlerin, kanun koyucu tarafından bir keşif işlemi olarak görüldüğü ve ancak alanında uzman bir bilirkişi (hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi) tarafından yerine getirilebilmesi dolayısıyla bir bilirkişi incelemesi olarak nitelendirilebileceği de şüphesizdir.¹⁰ Yapılan açıklamalar ışığında tedbirlerin, hukuki nitelikleri itibarıyla koruma tedbirleri niteliği ile bilirkişi ve keşif işlemlerini bünyesinde barındıran karma nitelikte bir yapıya sahip oldukları söylenebilir.¹¹

Kanaatimizce, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin daha sağlıklı ve hızlı bir biçimde yerine getirilebilmesi amacıyla maddi gerçeğe ulaşmayı güçleştirecek durumların önlenmesi bakımından gerektiğinde zor kullanılarak başvuru ve temel hak ve özgürlüklere ağır müdahaleler içeren yapısı gereği koruma tedbirleri nitelikleri daha ağır basan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin, yeterli güvencenin sağlanması bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında "Koruma Tedbirleri" başlığı altında düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

B. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması Tedbirlerine Hâkim Olan Ceza Muhakemesi İlkeleri

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri başta hukuk devleti (hukukilik) ilkesi olmak üzere adil yargılanma hakkı, insan onuru dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, orantılılık gibi birçok ceza muhakemesi ilkesi ile doğrudan ilgilidir.

⁹ Bahri Öztürk vd, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 536; Zekiye Özen İnci, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2007) İzmir Barosu Dergisi, 134; Gizem Dursun, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi' (2017) 19 [Özel Sayı] DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan 2955, 2960; Farklı görüş için bkz Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 688.

¹⁰ Faruk Yasin Turinay, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınırlandırılması' (2021) 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475, 490.

¹¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11 bs, Beta Yayınları 2011) 278; Aydın Aygün, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 52.

Bir hukuk devletinde gerçekleştirilen her tür işlem, eylem ve faaliyetin hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda insan haklarına ve onuruna saygılı bir anlayışla sistemin de devamlılığını sağlamak bakımından yapılan her türlü işlem ve eylemin yargı denetimine açık kılınması, şüpheli veya sanığın temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Kişi hak ve özgürlüklerine ağır müdahaleleri içinde barındıran beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin, hukuk devletinde olmazsa olmaz ilkelerden olan kanunilik ve öngörülebilirlik ilkeleri gereği kanun kapsamında açık ve net bir biçimde düzenleme altına alınması şarttır.¹² Delil elde etmek maksadıyla başvuru tedbirlerin kanun kapsamında düzenleme altına alınmamış olması keyfiliğe sebebiyet verebilecek ve dolayısıyla elde edilen delillerin hukuka aykırılığını gündeme getirebilecektir.¹³ Söz konusu durumun önlenmesi bakımından kanuni düzenlemenin özenli bir biçimde yeniden ele alınması, keyfiliğin önlenmesi ve böylelikle insan onuru ve haysiyetinin korunması bakımından son derece önem arz etmektedir.¹⁴

İnsan onuru gerek Anayasamızda gerekse Birleşmiş Milletler Antlaşması, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi birçok uluslararası sözleşme kapsamında güvence altına alınmıştır. Tedbirlere başvurulması bakımından şüpheli veya sanık yönünden bir katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak bu durum, şüpheli veya sanığa yönelik orantısız güç kullanılabilirliği veya insan onuru ve haysiyetiyle bağdaşmayacak müdahaleler yapılabileceği manasına gelmez. Bilhassa AİHS kapsamında insan onurunun korunması bakımından düzenleme altına alınan işkence yasağı gibi ilkeler de göz önüne alındığında katlanma yükümlülüğünün bu nispette dar yorumlanması gerekmektedir. Tedbirlere başvurulurken her bir makam ve personelin insan onurunun korunmasını öncelemesi ve ona yaraşır hareket etmesi gerekmektedir.¹⁵

¹² Anayasa madde 13 ‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.’

¹³ ‘Ceza muhakemesinin amacı maddî gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu yapılırken insan onuru, lekelenmeme hakkı gibi hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulacaktır.’ (Y 16 CD, 23 Ekim 2015, 2015/1188 E, 2015/3371 K).

¹⁴ Ceren Özkan, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi 2018) 29.

¹⁵ Bağlar (n 8) 34.

İnsan özünde sosyal bir varlık olsa da kendine özgü ve dışarı ile paylaşmadığı hususi bir hayatı da mevcuttur. Kişilerin özel hayatına ilişkin saygı duyulmasını bekleme hakkına başta Anayasamızda ve diğer hukuki metinlerde yer verilmiştir.¹⁶ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri özel hayatla yakından ilgilidir. Özellikle örnek alma noktasında kişilerin vücutlarından alınacak örneklerin özel hayata ilişkin veriler olarak gizlilik ve titizlikle ele alınması şarttır. Anayasa'nın 17. maddesindeki düzenlemenin yanı sıra Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında maddesindeki düzenleme geniş yorumlanmak suretiyle burada kıyasen uygulanmalı, Kanun'da öngörülen şartlara riayet edilerek hak ihlallerine sebebiyet verilmesinin önüne geçmek amaçlanmalıdır. Bu madde hükmü her ne kadar arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin düzenlemeleri barındırıyor olsa da geniş yoruma tabi tutularak özel hayata ağır müdahaleleri içinde barındıran beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri bakımından da değerlendirilmelidir.

Adil yargılanma hakkı (ilkesi) Anayasamızın 36. maddesinde; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle adil yargılanma hakkı, şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suçlardan kurtulmasını, yani aklanmasını sağlamak adına silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda kendisini savunma imkânının ve böylelikle adil bir yargılanmanın sağlanmasıdır.¹⁷ Bu kapsamda tedbire maruz bırakılacak kişiler tedbir yönünden gerekli ve yeterli düzeyde aydınlatılmalı, tedbire ne şekilde, hangi vasıtalarla ve ne maksatla başvurulacağı kişilere bildirilmeli, tedbire başvurulmasında rızasının olup olmadığı hususu da teyit ettirilmelidir. Böylelikle aydınlatılmış ve rıza hususunda

¹⁶ AİHS madde 8 ‘Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.’

Anayasa madde 20 ‘Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.’

Uluslararası metinlerde yer alan diğer düzenlemeler için ayrıca bkz Gülay Arslan Öncü, ‘Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı’ iç *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2019) 196 vd.

¹⁷ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19 bs, Adalet Yayınevi 2022) 25; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi* (2 bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 107.

bilgilendirilmiş şüpheli veya sanık bakımından adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmediği söylenebilecektir.

Ayrıca Anayasa m.38/5’de yer verilen hükme göre; “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*”. “Nemo tenetur” ilkesi olarak da bilinen ve sanığın sadece *susma hakkını* düzenleyen bu ilke uyarınca şüpheli aynı zamanda *kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyetine* de kavuşmuş olmaktadır. Oysa çalışmamızda tartıştığımız, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması olgusu, “nemo tenetur” ilkesi ile çelişir gibi görünmektedir. Nitekim kişinin, hem anayasal bir düzenlemeyle kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağı açıkça güvence altına alınmış hem de CMK m.75’te belirtilen mercilere, şüpheli veya sanığın beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Böylece anayasal güvenceye rağmen şüpheli veya sanık bu kararın olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılmış, kendi aleyhine delil göstermeye zorlanmıştır. Kişinin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağı hükmünü düzenleyen Anayasa m.38/5 hükmü açıktır, bu madde de yasa koyucu bir istisnaya da yer vermemiştir. Anayasa m.17/2’de düzenlenen “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” hükmündeki altını çizdiğimiz ifade, CMK m.75’in uygulama dayanağı olmak için yeterli görülmemelidir. Kanunla temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilebileceğine dair Anayasa m.13 hükmünü hukuk güvenliği açısından bu denli geniş yorumlamamak gerekir.¹⁸

C. Şüphelinin veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması

Beden muayenesi, iç ve dış olmak üzere ikiye ayrılmakta ve farklı koşullara bağlanmaktadır. CMK kapsamında şüpheli veya sanığın beden muayenesi diğer kişilerin beden muayenesine nazaran daha kolay bir biçimde gerçekleştirilebilmektedir. Bu aşamada şüpheli

¹⁸ Ersan Şen ve Doğa Ceylan, “‘Nemo Tenetur’ İlkesi Kapsamında Şüphelinin/Sanığın Kimliğinin Teşhisi ve Vücudundan Örnek Alınması” <<https://sen.av.tr/tr/makale/nemo-tenetur-ilkesi-kapsaminda-suphelinin-sanigin-kimliginin-teshisi-ve-vucudundan-ornek-alinmasi>> 25 Mart 2024, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

veya sanığın beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi olmak üzere ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Dış Beden Muayenesi

a. Genel Olarak

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, CMK kapsamında düzenlenmemiştir. Her ne kadar CMK'nın 75. maddesinin başlığı¹⁹ iç ve dış beden muayenesini kapsayacak şekilde düzenlenmişse de madde içeriğinde dış beden muayenesine yer verilmemiştir.²⁰ Kişinin çıplak bir biçimde incelenmesi gerektirebilecek kadar hassas müdahaleleri içeren şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine Yönetmelik'in 5. maddesinde yer verilmiştir.²¹

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde dış beden muayenesi; "*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*" olarak tanımlanmıştır. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, başkalarına ait belirti veya delillerin elde edilmesi veya vücuttaki iz ve yaraların tespit edilmesi amacıyla yapılabilir.²²

Yönetmelik'e göre şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle gerçekleştirilebilecektir. Burada "talebiyle" kavramının kullanılmasından kasıt, kararı verecek merciin kim olduğunun tespitidir. Ancak kavramsal olarak yanlış anlaşılmaya müsait olduğundan CMK m.76'daki düzenlemeye paralel olarak burada da karar verecek merciin iç beden muayenesiyle aynı koşullara bağlanmasında fayda vardır.

¹⁹ CMK'nın 75. maddesinin başlığında iç ve dış beden muayenesi ayrımına yer verilmemiş olup; 'Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması' şeklinde düzenlenmiştir.

²⁰ CMK'nın 75. maddesi 5353 sayılı Kanunla değiştirilmeden evvel, Kanun'da iç ve dış beden muayenesine yer verilmekteydi. Ancak yapısı gereği arama koruma tedbirine benzeyen dış beden muayenesinin hâkim kararına bağlanmasının orantılı olmadığı eleştirildiğinden, 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iç ve dış beden muayenesi ayrımı yapılarak dış beden muayenesine Kanun'da yer verilmemiştir.

²¹ Şüpheli veya Sanığın Dış Beden Muayenesi madde 5 'Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.'

²² Ünver ve Hakeri (n 18) 295.

Yönetmelik'in 5. maddesinde girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de dış beden muayenesi kapsamında kalacağı düzenlenmiş olmasına karşın, CMK m.75/4'te; cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılacak muayenenin²³ iç beden muayenesi sayılacağı düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleriyle cinsel bölgelerde gerçekleştirilecek muayenenin iç beden üzerinde mi yoksa dış beden üzerinde mi gerçekleştirildiğinin kabul edileceği noktasındaki belirsizliktir.²⁴ Kanaatimizce Kanun'da yer verilen söz konusu düzenleme dolayısıyla girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleriyle cinsel bölgelerde gerçekleştirilecek incelemeler, Kanun hükmünün üst norm olması gereği iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmeli, hatta cinsel bölgelerin gözle incelenmesinde dahi işlem iç beden muayenesi kapsamında sayılmalıdır. Söz konusu belirsizliğin giderilebilmesi ve hukuki güvencenin sağlanabilmesi bakımından kanun koyucu tarafından CMK m.75/4'e eklenecek bir ibare ile cinsel organlar veya anüs bölgesinde girişimsel olan veya olmayan ve hatta gözle incelemek suretiyle gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahale ve muayene işleminin iç beden muayenesi kapsamında değerlendirileceğinin vurgulanması daha yerinde olacaktır.

b. Tedbirin Uygulanma Koşulları

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine başvurulabilmesi için bazı koşulların varlığı aranır. İç beden muayenesine nazaran daha hafif koşullara bağlanan dış beden muayenesinin gerçekleştirilmesinde öncelikle bir suça ilişkin delil elde etme amacının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Farklı bir amaç uğruna gerçekleştirilecek dış beden muayenesi oluşa göre "işkence" (TCK m.94) veya "insan üzerinde deney" (TCK m.90) gibi suçlara vücut verebilecektir.²⁵

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine başvurulabilmesi bakımından en azından soruşturmaya başlanabilmesi için aranan suç şüphesinin bulunması şarttır. Suç şüphesinin eğer dış beden muayenesi vasıtasıyla elde edileceği umuluyorsa tedbire başvurulmamalıdır.²⁶ Zira

²³ Burada iç veya dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmediğinden, her türlü muayenenin kastedildiği anlaşılmaktadır.

²⁴ Öztürk vd (n 9) 535.

²⁵ Dursun (n 9) 2959.

²⁶ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 241.

tedbirin amacı Yönetmelik m.5’te de anıldığı üzere delil elde edilmesidir. Ceza muhakemesinde şüphe, delilden sanığa gidecek biçimde yoğunlaştırılmalıdır.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine başvurulabilmesi bakımından iç beden muayenesinin aksine ceza miktarında herhangi bir sınır öngörülmuş değildir. Dolayısıyla işlenen herhangi bir suç yönünden söz konusu tedbire başvurulabilmesi mümkündür. Suçun türü veya kasten ya da taksirle işlenip işlenmediği önem arz etmez.

Yönetmelik m.5’te şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin sadece tabip tarafından gerçekleştirilebileceği hükmü yerinde bir düzenlemedir. Yönetmelik’te girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi²⁷ tarafından da gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür.

CMK m.77 kapsamında kadının muayenesinin istem halinde ve olanaklar elverdiğince kadın hekim tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik m.11’in CMK’dakine benzer mahiyetteki 2. fıkrasında “*Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir.*” hükmüne yer verilmiştir.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi dolayısıyla gerçekleştirilecek müdahalenin kişinin sağlığı yönünden açıkça ve öngörülebilir bir tehlike yaratmaması gerekir. Koruma tedbiri niteliğini haiz dış beden muayenesinin uygulanmasında koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan orantılılık ilkesine riayet edilmeli ve tedbire başvurulmakla elde edilecek yarar ile ortaya çıkması muhtemel zarar arasındaki dengeye her daim dikkat edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlükler, Anayasanın 13. maddesine göre özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yine Anayasanın 17. Maddesi gereği “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.”. Bu nedenle aynı zamanda bir koruma tedbiri niteliğinde olan şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin sadece Yönetmelik kapsamında düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Doktrinde

²⁷ Sağlık mesleği mensubu diğer kişiler Yönetmelik’in 3. maddesinde ‘Sağlık mesleği mensubu: Tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri’ ifade edecek şekilde sayılmıştır.

çoğunlukla savunulan görüşe ve kanaatimize göre tedbirin yalnızca Yönetmelik kapsamında düzenlenmiş olması, kanunla düzenlenmesi şart olan istisnai hükümlerde kıyas yasağının geçerli olduğu hususu²⁸ da göz önüne alındığında, bu doğrultuda gerçekleştirilecek işlemleri hukuka aykırı hale getirecek ve bu tedbir vasıtasıyla elde edilecek deliller yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacaktır.²⁹

2. İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

a. Genel Olarak

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin aksine yalnızca Yönetmelik kapsamında değil Kanun kapsamında da düzenleme altına alınmıştır. CMK'nın 75. maddesine göre şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması işlemi; “*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 alınabilmesini...*” ifade eder. İç beden muayenesi Yönetmelik'in 3. maddesinde; “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca CMK'nın 75/4. maddesi ile Yönetmelik'in 4/4. maddesinde şüpheli veya sanığın cinsel organları ve anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi olarak kabul edileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin her ne kadar dış beden muayenesi kapsamında değerlendirileceği Yönetmelik'in 5/4. maddesinde öngörülmüşse de şüpheli veya sanığın cinsel organları ya da anüsü üzerinde gerçekleştirilen girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de iç beden muayenesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında gerçekleştirilecek girişimsel olmayan tıbbi muayeneler iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

²⁸ Mert Karakoyunlu, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı’ (2022) 8 (1) International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal 11; Muhammed Emre Tulay, ‘Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan 2718.

²⁹ ibid 240; Ünver ve Hakeri (n 18) 295.

b. Tedbirin Uygulanma Koşulları

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesin ve vücuttan örnek alınması tedbirlerine başvurulabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

(1) Kararı Verecek Makam

Bir suçla ilişkin delil elde etme amacıyla şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılmasına veya vücudundan örnek alınmasında CMK'nın 75/1. maddesi gereği kural olarak hâkim veya mahkeme kararı gereklidir. Bu karar Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle alınabileceği gibi, re'sen de alınabilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bu kararın Cumhuriyet savcısı tarafından alınması da mümkündür. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl Yönetmelik'in 3. maddesinde belirtildiği üzere; *“Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini”* ifade eder. Bu gibi hâllerde Cumhuriyet savcısının almış olduğu karar yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulmalıdır. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde bu husustaki kararını verecektir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacaktır. Ezcümle, CMK, bu örneklerin hangi amaçla, hangi mercilerin kararlarıyla toplanabileceğini ve hangi suçlara uygulanabilir olduğunu açıkça düzenlemiştir. Delil elde etme amacının dışında bir amaçla örnek alınması durumunda, elde edilen örneğin hukuka aykırı yol ve yöntemle elde edildiği kabulü ile CMK m.206/2-a uyarınca reddi gerekecektir.

Şüpheli veya sanığın müdahaleye rıza göstermiş olması karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.³⁰ Zira kanun veya yönetmelik kapsamında diğer kişilerin rızasını düzenleyen hükmün aksine bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte soruşturma evresinde şüphelinin veya sanığın kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi durumunda karar alınmadan doğrudan Cumhuriyet savcısının istemiyle muayene mümkün hâle gelecektir.³¹ Nitekim Yönetmelik 18/3. maddesinde bu husus; *“Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim*

³⁰ Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 691; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. bs, Seçkin Yayıncılık, 2023) 444; Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (1 bs, Seçkin Yayıncılık, 2012) 610.

³¹ ibid 610; Öztürk vd (n 3) 538.

veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme tedbirin uygulanması bakımından şüpheli veya sanığın da harekete geçebileceğini göstermesi bakımından oldukça önem arz etmektedir. Böylelikle savunma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığa lehe delil sunma hakkı ve suçsuzluğunu ispat imkânı tanınmıştır.³²

Yönetmelik’in 23. maddesine 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 alınabilir.”* Söz konusu düzenleme karşısında, şüpheli veya sanığın vücut yüzeyinde bulunan fakat kendisine ait olmayan örneklerin kolluk tarafından alınabilmesinin mümkün olduğu söylenmelidir. Şüpheli veya sanığa ait olan örneklerin alınmasında ise söz konusu düzenleme uygulanamayacaktır.³³

(2) Müdahalenin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması Gerekliliği

CMK’nın 75/2. maddesi gereği; *“İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.”* Müdahale, koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan oranlılık ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmeli, müdahale sonucu elde edilecek hukuki menfaat ile müdahalenin uygulanacağı kişinin sağlığı arasındaki denge göz önüne alınmalı, eğer müdahale neticesinde kişinin sağlığına bir zarar gelme tehlikesi mevcutsa rızaen olsa dahi söz konusu tedbire başvurulmamalıdır.³⁴ Burada belirleyici olan müdahalenin türü veya şekli değil, uygulanacak müdahale dolayısıyla şüpheli veya sanığın sağlık durumunun ne yönde etkileneceğidir. Müdahalenin doğal sonucu olan geçici ağrılar veya müdahalenin oluşturacağı korku, stres ve panik bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.³⁵ Bu kapsamda Yönetmelik’in 6/3. maddesinde Kanun’daki düzenlemeye paralel bir şekilde; *“Vücuttan örnekler alınabilmesi*

³² Bağlar (n 8) 58.

³³ Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 682.

³⁴ Bağlar (n 8) 62.

³⁵ Öztürk vd (n 9) 539.

için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Müdahalenin türünün takdiri kararı veren makama aittir. Ancak müdahalenin ne şekil ve vasıtalarla gerçekleştirileceği ile hangi tekniklerin kullanılacağı hususu bilirkişi (yani hekim) tarafından kararlaştırılacaktır. Tıp bilgisi gibi teknik bir donanımı gerektiren hususlarda çoğu zaman yeterli bilgi ve donanıma sahip olmayan Cumhuriyet savcısı veya hâkimin, müdahalenin kişinin sağlığı üzerinde bir tehlike yaratıp yaratmayacağı noktasında karar verme bakımından yetersiz kalması muhtemeldir. Bu nedenle bu hususta yetkili makamların bilirkişinin görüşüne başvurması gerekmektedir.³⁶ Nitekim Yönetmelik’in şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasına ilişkin 6/4. maddesinde; *“Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.”* denilmek suretiyle bu husus vurgulanmaktadır.

Bu kapsamda şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması tedbirlerine başvurulurken cerrahi müdahalede bulunulup bulunulamayacağı hususuna da değinmekte fayda vardır. Yönetmelik’in 3. maddesinde cerrahi müdahale; *“Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar”* olarak tanımlanmıştır. CMK’nın 76/1. maddesi kapsamında düzenlenen diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında belirtilen cerrahi müdahalede bulunmamak koşulu, şüpheli veya sanıklara uygulanacak müdahaleler bakımından öngörülmemiştir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında cerrahi müdahalede bulunulmasında kural olarak bir sakınca yoktur. Ancak burada da başvurulacak cerrahi müdahale eğer şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verecek nitelikteyse cerrahi müdahale uygulanmamalı, oranlılık ilkesine ve özellikle suçun ağırlığı ile yapılacak müdahale arasındaki dengeye dikkat edilmelidir.³⁷

(3) Cezanın Belli Bir Ağırlıkta Olması

Koruma tedbirlerinde ölçülülük ilkesinin³⁸ bir gereği olarak CMK’nın 75/5. maddesinde: *“Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç*

³⁶ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 250.

³⁷ Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 686.

³⁸ ‘Ölçülülük ilkesi, spesifik olarak ceza ve ceza muhakemesi hukuku açısından, somut olayla ilgili bütün kişisel ve maddi şartların ışığında, alınan bir tedbirin ulaşılmak istenen amaca erişmek için mutlaka elverişli, gerekli ve orantılı olması gerektiğini ifade eder.’ Daha detaylı bilgi için bkz Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi* (1 bs, Seçkin Yayıncılık 2002) 70 vd.

beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz” düzenlemesi yer alır. Bu fıkradan anlamaktayız ki CMK, kişiden örnek alınabilmesi için, soruşturmanın veya yargılamanın, üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç hakkında olmasını şart koşmuştur. Bu fıkrayla amaçlanan, kendi içinde bir zorlamayı barındıran tedbirin, görece daha hafif olan suçlar bakımından uygulanmasının engellenmesi ile orantılılık ilkesinin ihlal edilmesinin önüne geçmektir.³⁹ Bununla birlikte Yönetmelik m.18, şüphelinin veya sanığın talebi ve rızasının olması şartıyla iki yıldan kısa süreli hapis cezasını öngören suçlar bakımından da bu tedbire başvurulabilmesine imkân vermektedir. Elbette bu durumda ve her durumda kişinin vereceği rızanın özgür iradeyle verilip verilmediğine bakmak icap edecektir.

Şüpheli veya sanığa yüklenen suç birden çok ise, tedbire başvurulması için öngörülen ceza sınırı bakımından her bir suç birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Yüklenen suçun kovuşturma evresinde niteliği değişir ve niteliği değişen suç için öngörülen ceza tedbirin uygulanabilmesi için öngörülen ceza sınırının altına inerse bu durumda uygulanan tedbir neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmeli ve yargılamada kullanılmamalıdır.⁴⁰

(4) Tedbirlerin Uygulanması

CMK m.75’te iç beden muayenesi ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması işlemlerinin, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Buna karşın, Yönetmelik m.4/2’deki “Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır” hükmüyle CMK’daki düzenlemenin kapsamı dar tutulmuş, söz konusu işlemlerin sadece tabip tarafından gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Anayasa m.124/1’de yönetmelik hükümlerinin ancak kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılabileceği öngörülmüştür.⁴¹ Buradan hareketle, normlar hiyerarşisi gereği kanun hükmü üstün

³⁹ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 246.

⁴⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, ‘Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’ (DocPlayer, 2011) 6 <<https://docplayer.biz.tr/12066853-Beden-muayenesi-ve-vucuttan-ornek-alinmasi.html>> Erişim Tarihi 2 Ocak 2023.

⁴¹ Anayasa madde 124/1 ‘Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak

tutulacağından, tedbirin sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Görüldüğü üzere şüpheli veya sanık açısından daha koruyucu bir hükmü düzenleyen Yönetmelik maddesi, normlar çatışmasına kurban edilmiş görünmektedir. Sırf bu hukuki ilke nedeniyle geçerli kabul edilebilmesi mümkün olmayan bir yönetmelik maddesinin, ya kanuna uydurulması veya kanundaki maddenin bu çelişmeyi ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.⁴² Vücuttan örnek alınması bakımından ise Yönetmelik'te CMK'daki düzenleme ile bir ayrıma gidilmemiş, Yönetmelik'in 6/2. maddesinde; “*Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

II. ŞÜPHELİ VEYA SANIK DIŞINDAKİ (DİĞER) KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

A. Tanım, Amaç ve Hukuki Nitelik

İşlenen suçla alakalı olarak delil elde etme ve bunları eldeki mevcut verilerle karşılaştırma maksadıyla şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerin de bedeninde muayene yapılması veya vücutlarından örnek alınması ihtiyacı doğabilir.⁴³

CMK'nın 76. maddesinin başlığı “*Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*” şeklinde düzenlemiş olmasına rağmen, maddenin içeriğinde yalnızca mağdur ve soybağı araştırılacak çocuktan bahsedilmekte, madde başlığı ile içerik uyumsuzdur. Yönetmelik kapsamında ise, diğer kişilerin beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını düzenleyen 7. ve 8. maddelerde tedbirin “*mağdur ve diğer kişiler*” yönünden uygulanabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'le getiren bu değişiklikte tedbirin uygulanma kapsamı genişletilmek isteniyorsa, bunun daha önce de belirtilen kanunilik ilkesine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu sebeple diğer kişiler kavramı noktasında Kanun'la örtüşmeyen Yönetmelik hükmü, Kanun'a uygun şekilde yorumlanmalı ve diğer kişiler kavramı açısından CMK'nın 76. maddesinde belirtilen sınıra göre hareket edilmelidir.⁴⁴

şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.’

⁴² Rabia Gökçe Koyuncu, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2020) 57.

⁴³ Gökçen vd (n 7) 355.

⁴⁴ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 255.

Mağdur kavramı, Yönetmelik'in 3. maddesi kapsamında; “*Suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi*” olarak tanımlanmıştır. Görüleceği üzere Yönetmelik'te mağdur ve suçtan zarar gören kişi kavramları aynıymış gibi tanımlanmıştır ki bu da oldukça yanlıştır. Ceza muhakemesinde mağdur herhalde suçtan zarar gören kişi olmakla beraber, her suçtan zarar gören kişinin mağdur sıfatını haiz olamayacağı şüphesizdir.⁴⁵ Bu nedenle, ilgili madde açısından gerekli düzenlemeler yapılarak mağdur ve suçtan zarar gören kişi kavramlarının ayrı ayrı ele alınması daha yerinde olacaktır.

B. Tanım, Amaç ve Hukuki Nitelik

1. Karar Verecek Makam

Soruşturma evresinde diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı halinde ise karar doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde bu husustaki kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK m.76/1). Kovuşturma evresinde ise bu karar, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen mahkeme tarafından verilebilir. Bu kapsamda verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilmesi mümkündür (CMK m.76/5).

Eğer mağdurun rızası varsa, CMK'nın 76/2. ile Yönetmelik'in 18/2. maddeleri gereği ayrıca bu işlemler için karar alınmasına gerek yoktur. Rıza, ilgilinin hür iradesine dayanmalı, ilgiliye rıza göstermemeye hakkı olduğu bildirilmiş ve kendisi bu konuda aydınlatılmış olmalıdır. Eğer rıza gösterecek ilgili ayırt etme gücünden yoksunsa ve dolayısıyla rıza göstermeye ehliyeti yoksa, rıza ilgilinin kanuni temsilcisi tarafından da verilebilecektir.⁴⁶ Mağdurun rızası bu şartlar oluşmadan alınmışsa geçerli bir rızanın varlığından söz edilemeyecek ve alınan rıza hukuka aykırı kabul edilerek bu suretle elde edilen deliller

⁴⁵ Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 691; Bağlar (n 8) 74.

⁴⁶ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 256.

yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacaklardır.⁴⁷ Ayrıca burada son olarak belirtmek gerekir ki Yönetmelik'in 19. maddesi gereği, sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hâkim kararı aranmayacaktır.

2. Müdahalenin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması Gerekliği

CMK'nın 76/1. maddesinde mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında "*sağlığını tehlikeye düşürmemek*" koşulu, Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde de yine "*sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek*" şartı öngörülmüştür. Müdahalenin sağlığa zarar verip vermemesi noktasında detaylı incelemelere daha önce şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması başlığı altında yer verildiğinden burada tekrar değinilmeyecektir. Orada belirtilen hususlar bu madde uygulaması bakımından da aynen geçerlidir.

3. Cerrahi Müdahalede Bulunmamak Koşulu

Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının aksine cerrahi müdahalede⁴⁸ bulunulmaması koşuluna bağlanarak daha koruyucu bir kapsama alınmıştır. Düzenlemeyle sağlığı tehlikeye düşürmeyecek olsa dahi cerrahi müdahale kati bir suretle yasaklanmaktadır. Ancak elbette, Yönetmelik'in 18/3. maddesi gereği, ilgili kişinin kendi rızasıyla başvurarak cerrahi müdahale talep etmesi halinde cerrahi müdahale gerçekleştirilebilecek ve bu suretle elde edilen deliller yargılamada ispat aracı olarak kullanılabilir.

4. Tedbirlerin Uygulanması

CMK'nın 76. maddesinde tedbirlerin kim tarafından uygulanacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu husus da hatalı olarak sadece Yönetmelik kapsamında

⁴⁷ Hakan Hakeri, 'Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı' (2006) 3 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 43.

⁴⁸ Cerrahi müdahale kavramı Yönetmelik'in 3. maddesinde '*Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*' olarak tanımlanmaktadır.

düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 7. Ve 8. maddelerinde şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin beden muayenelerinin ancak tabip tarafından, vücudundan örnek alınması işleminin ise tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bahse konu tedbirlerin uygulanması noktasında kanunilik ilkesi gereği Kanun hükmüne öncelik verilmeli ve CMK'nın 75. maddesindeki hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Dolayısıyla bu hususta da tabip veya sağlık mensubu diğer bir kişinin yetkili olduğu söylenebilecektir.⁴⁹ Buradan tekraren belirtmekte fayda var ki; temel hak ve hürriyetlere ağır müdahaleler içeren bahse konu tedbirin uygulamasına ilişkin tüm hususların Kanun kapsamında düzenleme altına alınması gerekmektedir.

III. MEVZUATTA YER ALAN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER

A. Kadının Muayenesi

Kadınların muayenesi noktasında CMK'nın 77. Maddesi kapsamında bir istisna tanınmıştır. Buna göre; "*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.*"⁵⁰ Yönetmelik kapsamında da buna benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁵¹ Olanakların elvermesi koşulu bakımından elverişliliğin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde keyfi uygulamalara sebebiyet vermemek adına bu hususun tutanak altına alınarak açıkça belirtilmesinde fayda vardır.⁵²

Söz konusu düzenleme ile öncelenen husus kadının ar ve haya duygularının incinmesini ve zedelenmesini önlemektir.⁵³ Bu bakımdan yerinde ve yeterli bir düzenleme olsa da ar ve haya duyguları bakımından sadece kadının öncelenmesi yerinde olmamıştır. Ar ve haya duygularının incinmesi hususu sadece bir cinsiyete özgü olmayıp, insana ilişkin bir meseledir.⁵⁴

⁴⁹ Özkan (n 14) 80.

⁵⁰ Vücuttan örnek alma işlemi özünde zorunlu bir muayene ve müdahaleyi gerektirdiğinden, bu işlemin de CMK'nın 77. maddesi göz önüne alınarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

⁵¹ Yönetmelik'in 11. maddesinde bu hususa ilişkin 'Kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir.' düzenlemesine yer verilmiştir.

⁵² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 464.

⁵³ ibid 463.

⁵⁴ Ali Kemal Yıldız, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik' (2006) 10 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273, 279.

Kanun kapsamında böyle bir ayrıma gidilmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla Kanun koyucunun madde kapsamını genişleterek, eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme yapması daha yerinde olacaktır.

B. Çocuğun Soybağının Araştırılması

Soy, bir atadan gelen kimseler topluluğu, köken ve sülale olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵ Soybağı ise, bir kişinin hangi soydan geldiğine ilişkin silsileyi ifade etmektedir. Soybağının doğru bir şekilde kurulup kurulmadığı gerek hukuk sistemlerinin gerek toplumun yakından ilgilendiği bir meseledir.⁵⁶

CMK m.76/3'e göre; "*Çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.*"⁵⁷ Buna göre, çocuğun soybağının araştırılmasında kural olarak hâkim veya mahkeme kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının kararı gerekmektedir. Soybağının araştırılması bakımından karar alınması şarttır. Bu kapsamda, çocuğun soybağının araştırılması amacıyla vücuttan örnek alınması işlemi gerçekleştiriliyorsa ilgilinin rızasını düzenleyen CMK'nın 76/2. maddesi bu durumda uygulanamayacaktır.⁵⁸

C. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler Açısından Kaçınma Hakkı

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi, özünde her koruma tedbirinde olduğu gibi potansiyel bir zorlamayı barındırır. Dolayısıyla kişinin bu yönde bir isteği olmasa da tedbir gerektiğinde zorla gerçekleştirilecek ve kişi bundan kaçınamayacaktır. Buna katlanma yükümlülüğü de denilmektedir.⁵⁹ Ancak bu hususa CMK'nın 76/4. ve Yönetmelik'in 10. maddeleriyle bir istisna tanınmıştır. Buna göre, CMK kapsamında düzenlenen tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, hakkı olanlar muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınabilecektir.⁶⁰ Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, tanıklıktan çekinme

⁵⁵ Tanım için bkz Türk Dil Kurumu Sözlükleri 'Soy' <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 07 Ocak 2023.

⁵⁶ Bağlar (n 8) 94.

⁵⁷ Yönetmelik madde 9 'Çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması hâlinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, bu Yönetmeliğin 7 ve 8'nci maddeleri hükümlerine göre karar alınması gereklidir.'

⁵⁸ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 3) 256.

⁵⁹ ibid 253.

⁶⁰ Yönetmelik madde 10/2 'Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.'

hakkı olan kişiye müdahalede bulunmadan önce müdahaleden kaçınabileceği bildirilmelidir.⁶¹ Tanıklıktan çekinebilecekler tanınan bu hak, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (nemo tenetur) ilkesiyle ilgili olarak düzenleme altına alınmıştır.⁶²

Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastası eğer tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda değilse, bu hâlde kanunî temsilcinin görüşüne başvurulur. Eğer kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık sıfatı kalmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

D. Özel Kanunlardaki Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Hükümler

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin koşullar CMK'nın 75/5. maddesi uyarınca bazı durumlarda uygulanamayacaktır. Çünkü ilgili maddede; “*Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Böylelikle, örneğin KTK'nın 48. maddesinde düzenlenen ve alkol veya uyuşturucu madde etkisinde altında araç sürmeyi yasaklayan hüküm gereği, bu şekilde araç kullananların tespiti açısından kolluk görevlilerince teknik cihazlarla yapılan ve kandaki alkol miktarını ölçmeye yarayan aletler kullanılabilir. Yine PYSK'nın 13. maddesinde yer alan yakalananlardan uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla bu hususa ilişkin karar almadan tespit edilebilecektir.

E. Elde Edilen Verilerin Akıbeti, Cezai Hükümler ve Denetim

Şüpheli, sanık veya diğer kişiler bakımından uygulanacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kararlarına CMK'nın 75/5. ve 76/5. maddeleri gereği itiraz edilebilir. Böylelikle verilen kararlar bakımından bir denetim mekanizması öngörülmüştür.

CMK kapsamında düzenlenen koşullara uyulmadan gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul

⁶¹ Aygün (n 11) 66.

⁶² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 461.

edilecek ve ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Zira CMK'nın 217/2. maddesi gereği kişiye isnat edilen suç, ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller vasıtasıyla ispat edilebilecektir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri neticesinde elde edilen veriler, CMK'nın 80. maddesi gereği kişisel veri niteliğindedir. Bu veriler başka bir amaçla kullanılamayacak, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m.80/2).

Yukarıda anılan hükümlere aykırı davranışlar açısından TCK kapsamında birçok suç gündeme gelebilecektir. Örneğin, uygulanacak tedbirler neticesinde elde edilecek verilerin, tedbire maruz kalanın rızası olmaksızın bir başkasına verilmesi hali ile hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen tedbir neticesinde elde edilecek veriler bakımından TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu" veya oluşa göre TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen "Özel Hayatın Gizliliği İhlal Suçu" gündeme gelebilecektir. Hukuka aykırı olarak başvurulduğu durumda insan onuruyla bağdaşmayacak fiilleri içeren tedbirlerin, maruz bırakılan kişi bakımından bedensel ve ruhsal yönden acı verici bir biçimde sonuçlanacak olması dolayısıyla fiillere başvuran kamu görevlisi bakımından TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen "İşkence Suçu"nun; buna ilişkin sahte rapor veya belge düzenlenmesi halinde ise TCK'nın 210. maddesi uyarınca TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen "Resmî Belgede Sahtecilik Suçu"nun gerçekleştirilmesi söz konusu olabilecektir. Ve nihayetinde belirtmek gerekir ki tedbirin kişinin cinsel organlarında veya anüs bölgesinde gerçekleştirilmesi hali TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen "Genital Muayene Suçu" ile TCK'nın 102 vd. maddelerinde düzenlenen "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"a da vücut verebilecektir.

Hukuka aykırı olarak uygulanan tedbir nedeniyle CMK'nın 141. Maddesi uyarınca tazminat isteminde bulunulamayacaktır. Çünkü anılan madde kapsamında beden muayenesi ve

vücuttan örnek alınması tedbirine yer verilmemiştir. Ancak genel hükümlere göre tazminat talep edilmesi tabii ki mümkündür.⁶³

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd. maddeleri kapsamında "Tanık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif" başlığı altında düzenlenen ve bilimsel bir delil elde etme yöntemi olarak başvuru alan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri, ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Tedbirler, bilimsel bir delil elde etme yöntemi olmaları nedeniyle bir bilirkişi ve keşif incelemesi olmalarının yanı sıra kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına ağır müdahaleler içeren yapıları gereği aynı zamanda koruma tedbiri niteliğini de haizdirler. Her iki niteliği de bünyesinde barındıran tedbirin bu nedenle karma nitelikte bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Temel hak ve özgürlüklere ağır müdahaleler içeren yapıları gereği koruma tedbiri nitelikleri daha ağır basan söz konusu tedbirlere başvurulmasına ilişkin koşulların, yeterli güvencenin sağlanması bakımından Kanun kapsamında açık ve net biçimde düzenlenme altına alınması gerekmektedir.

"Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması" başlıklı CMK'nın 75. maddesinin başlığından her ne kadar düzenlemenin iç ve dış beden muayenelerini kapsadığı anlaşılmaktaysa da madde içeriğinde dış beden muayenesine ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş, bu husus sadece Yönetmelik kapsamında düzenleme altına alınmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasanın 13. maddesi ile kişinin dokunulmazlığına ilişkin Anayasanın 17. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, vücut bütünlüğüne, dolayısıyla da kişinin dokunulmazlığına ağır müdahaleleri içeren ve aynı zamanda koruma tedbiri niteliğinde olan şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi tedbirine ilişkin düzenlemelere sadece Yönetmelik kapsamında yer verilmesi hatalı olmuştur. Bu kapsamda, kanunilik ilkesi gereği dış beden muayenesi tedbirinin de Kanun kapsamında düzenleme altına alınması, sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiğinin açık ve net bir şekilde

⁶³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 463, 469.

belirtilmesi ve böylece kanuni güvence sağlanarak kişi hak ve özgürlüklerinin Anayasa'ya uygun bir şekilde sınırlandırılması sağlanmalıdır.

“Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” başlıklı CMK'nın 76. maddesinde düzenleme altına alınan hüküm açısından da benzer bir sorun mevcuttur. Madde başlığında diğer kişiler kavramı kullanılmasına rağmen, maddenin içeriğinde sadece mağdur ve soybağı araştırılacak çocuk kavramlarına yer verilmiştir. Oysa ki Yönetmelik'te diğer kişiler kavramı hem madde başlığında kullanılmış hem de madde içeriğinde mağdur ve diğer kişiler denilmek suretiyle yer verilmiştir. Kanun'un koyduğu sınırları aşan söz konusu Yönetmelik hükmü Kanun yapma mantığına uymamaktadır. Kanunla düzenlenmesi gereken işlemlerin onun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Yönetmelik'le düzenlendiği görülmektedir. Yönetmelik kapsamındaki bu değişiklikte tedbirin uygulanma kapsamı genişletilmek isteniyorsa bunun daha önce de belirtildiği üzere kanunilik ilkesine uygun olarak Yönetmelik'le değil de Kanun'la yapılması gerekmektedir.

Beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması konusunda Kanun'da ve Yönetmelik'te geçen “diğer kişiler” kavramının açıklığa kavuşturulmamış olması da önemli bir eksiklik. Bir diğer eksiklik ise özellikle şüphelinin çırılçıplak soyulması ve cinsel organlarının incelenmesinin dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunun Kanun ve Yönetmelik kapsamında detaylı ve açık bir biçimde ele alınmaması, bu hususun muğlak bırakılmış olmasıdır. Başta hukuk devleti (hukukilik) ilkesi olmak üzere adil yargılanma hakkı, insan onuru dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, orantılılık gibi birçok ceza muhakemesi ilkesi ile doğrudan ilgili olan ve temel hak ve özgürlüklere ağır müdahaleler içeren tedbirlerin, hukukiliğin bir gereği olarak keyfiliğin önlenmesi ve kişiler bakımından tam bir güvencenin sağlanması bakımından Kanun kapsamında ayrıntılı ve açık bir biçimde ele alınması gerekmektedir.

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin kim tarafından gerçekleştirileceği hususuna ilişkin de maalesef Kanun ve Yönetmelik kapsamında birlik sağlanmamıştır. CMK kapsamındaki düzenlemeyle bahse konu işlemlerin tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceğini belirtilirken; Yönetmelik'te bazı noktalarda bu işlemin ancak tabip tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Kanun ve Yönetmelik'te bu hususa ilişkin yeknesaklığın sağlanması,

Yönetmelik hükümlerinin Anayasa'ya ve normlar hiyerarşisine de uygun olarak Kanun hükümlerine paralel ve bunlara aykırı olmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca muayeneden ve örnek vermekten kaçınan şüpheli ve sanığa yönelik müdahalelerin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ciddi suistimallere yol açması bakımından sakınca arz etmektedir.

Kadının muayenesini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 77. maddesi ile kadının ar ve haya duygularının incinmesinin ve zedelenmesinin önlenmesi amaçlanmakta ve öncelenmektedir. Bu bakımdan yerinde ve yeterli bir düzenleme olsa da Kanun'da ar ve haya duyguları bakımından sadece kadının muayenesine yer verilmesi yeterli olmamıştır. Ar ve haya duygularının incinmesi sadece bir cinsiyete özgü olmayıp, insana ilişkin bir meseledir. Bu bakımdan cinsiyet ayrımına gidilmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanuni düzenlemenin cinsiyet ayrımına yer vermeyecek bir biçimde düzenlenerek, istem halinde erkeklerin muayenesinin de olanaklar elverdiği ölçüde bir erkek hekim tarafından gerçekleştirilebilmesinin önünün açılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Öncü G, 'Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı' iç Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8 (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2019)
- Aygün A, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49
- Bağlar YE, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2021)
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11 bs, Beta Yayınları 2011)
- Dursun G, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi' (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan 2955
- Eryılmaz MB, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (1 bs, Seçkin Yayıncılık 2012)
- Gökçen A vd, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4 bs, Adalet Yayınevi 2020)
- Hakeri H, 'Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı' (2006) 3 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31
- İnci ZÖ, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2017) İzmir Barosu Dergisi 134
- Karakoyunlu M, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı' (2022) 8 (1) International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal 11
- Koyuncu RG, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2020)
- Mahmutoğlu FS, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" (2011) <<https://docplayer.biz.tr/12066853-beden-muayenesi-ve-vucuttan-ornek-alinmasi.html>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023
- Metin Y, *Ölçülülük İlkesi* (1 bs, Seçkin Yayıncılık 2002)

- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12 bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Özkan C, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi 2018)
- Öztürk B vd, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Öztürk B, Kazancı BE ve Güleç SS, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5 bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14 bs, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Şen E ve Ceylan D, ‘‘Nemo Tenetur’’ İlkesi Kapsamında Şüphelinin/Sanığın Kimliğinin Teşhisi ve Vücutundan Örnek Alınması’ <<https://sen.av.tr/tr/makale/nemo-tenetur-ilkesi-kapsaminda-suphelinin-sanigin-kimliginin-teshisi-ve-vucudundan-ornek-alinmasi>> 25 Mart 2024, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024
- Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi* (2 bs, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Tulay ME, ‘Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan 2718
- Turinay FY, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınırlandırılması’ (2021) 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475
- Yener Ü ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19 bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9 bs, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Yıldız AK, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik’ (2006) X (3-4)Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273