



GAZİANTEP UNIVERSITY JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES

Journal homepage: <http://dergipark.org.tr/tr/pub/jss>



Araştırma Makalesi • Research Article

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kadının Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Regulations Regarding the Protection of Women in the Turkish Code of Criminal Procedure

Ola Raheem KAREEM^a, Süleyman Emre ZORLU^{b*}

^a Dr. Öğr. Üyesi, Thi-qar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Nasıriyye / IRAK

ORCID: 0000-0002-1321-1777

^b Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gaziantep / TÜRKİYE

ORCID: 0000-0002-8470-4296

MAKALE BİLGİSİ

Makale Geçmişi:

Başvuru tarihi: 28 Kasım 2020

Kabul tarihi: 28 Mayıs 2021

Anahtar Kelimeler:

Şiddet,

Kadın,

Şiddet mağduru,

CMK,

Beden muayenesi

ARTICLE INFO

Article History:

Received November 28, 2020

Accepted May 21, 2021

Keywords:

Violence,

Woman,

Victim of violence,

Code of Criminal Procedure,

Body examination

ÖZ

Kadına yönelik şiddet maalesef ülke gündemimizden hiç düşmemektedir. Kadına yönelik şiddet eylemlerinin önlenememesinin ana sebebi kadının korunmasına yönelik düzenlemelerin yetersiz kalması olarak yapılan güncel tartışılmalarda sıkça dile getirilmektedir. Şiddet mağduru kadına yönelik hükümler ve uygulamalar, mağduriyetin şikâyet konusu olmasına da ciddi oranda etmektedir. CMK'da suçun soruşturulması ve kovuşturulması aşamalarında şiddet mağduru kadınlara birtakım haklar tanınmıştır. Bu kapsamda aşağıda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile suçtan doğan zararın giderilmesinden söz edilecektir.

Özellikle cinsel suç mağduru ya da şiddet içeren diğer suçların mağduru olan kadınlar düşünüldüğünde, CMK'da kadınlara yönelik özel düzenlemeler var mıdır? Beden muayenesi söz konusu olduğunda kadının muayenesinde özel düzenlemeler mevcut mudur? Kadının ifadesi başka delil bulunmadığında dikkate alınır mı?..vb. sorular akla gelmektedir. Çalışmamızda bu sorulara cevap vermeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Unfortunately, violence against women is always on the agenda of Turkey. Violence against women is debated as it cannot prevail. These debates frequently assert that regulations to protect women are inadequate and this is the main reason for failure to prevent violence against women. In the Code of Criminal Procedure, some rights have been granted to women who are victims of violence during the investigation and prosecution of the crime. In this context, indemnification of the loss caused by the crime through physical examination and taking samples from the body.

Several questions come to mind such as: Considering women who are victims of sexual crimes or other violent crimes, are there special regulations for women in the Code of Criminal Procedure? When it comes to physical examination, are there any special arrangements for the examination of the woman? Is the statement of the woman enough to take into account when there is no other evidence? In this study, these questions are tried to be answered.

* Sorumlu yazar/Corresponding author.
e-posta: s.emrezorlu@hotmail.com

EXTENDED ABSTRACT

Violence is a common problem experienced all over the world. Violence acts in homes, schools, workplaces, streets and many other places. The victim of violent acts is naturally a woman. There are acts of violence against women in the private or public sphere.

Unfortunately, violence against women is a chronic problem that face the justice system in Turkey. Violence against women is debated as it cannot prevail. These debates frequently assert that regulations to protect women are inadequate and this is the main reason for failure to prevent violence against women.

Legal regulations regarding violence against women mainly include the law numbered 6284 on the Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women, the Turkish Civil Law and the Provisions of the Turkish Penal Code. In the Code of Criminal Procedure (Law No 5271), some rights have been granted to women who are victims of violence during the ongoing investigation and prosecution of the crime.

Several questions come to the mind such as: Considering women who are victims of sexual crimes or other violent crimes, are there special regulations for women in the Code of Criminal Procedure (CCP)? When it comes to physical examination, are there any special arrangements for the examination of the woman? Is the statement of the women enough to take into account when there is no other evidence? In this study, these questions are tried to be answered.

We will first examine the regulations regarding physical examination and taking samples from the body of the suspect or the accused, and then the victim and other people. This method is an issue that needs to be evaluated and handled in a multifaceted way, as it includes an intervention against the bodily integrity and fundamental rights of the person, however obtaining the evidence is required to give a verdict in accordance with the material evidence. In this study, the provisions articles 75, 76 and 77 of the Turkish CCP regarding physical examination and taking samples from the body of the victim will be mentioned. Moreover, the subject will be discussed within the framework of the Regulation on Physical Examination in Criminal Procedure, Genetic Examinations and Determination of Physical Identity. In general, inspection means monitoring and controlling the whole or part of the living human body. Physical examination is divided into internal and external examination. Intervention in the body means taking blood, urine, sperm, fluid from the living human body or inserting a substance into the body or interfering with the interior of the body covered with skin or muscles. The physical examination and sampling from body should be controlled by preventive measures, as it is a serious interference with human rights. Because of the severe interference with the fundamental rights, method of physical examination and body sampling must be regulated by law.

In this study, some provisions on the protection of women from violence in the Code of Criminal Procedure (CCP) will be emphasized. Articles 75, 76 and 77 and its directives on physical examination of women and taking samples from victim's body will be discussed.

Some regulations in the CCP as an extension of the protection of women from violence will be discussed. Physical examination and taking samples from the body can be represent a trauma to the victim. These actions, especially for women who are victims of physical or sexual violence, can cause negative effects on them.

Since physical examination and taking samples from the body interfere with the privacy of people, care should be taken not to hurt feelings of pain and embarrassment. Considering this situation, a special regulation has been included in article 77 of the CCP with the title "Examination of Wamen". The article includes a regulation stating that the examination of the waman is done by a female physician at her request and at the place where the possibilities are possible and the examination of wamen has been given the opportunity to be performed by female physicians if requested.

The thing to be considered is that the woman to be protected will not only include the woman who is the victim of a crime, but also the suspected woman because this examination may pose a danger to the woman's health. It will be emphasized on how to follow the path when the woman does not consent to such transactions. It will be determined whether the provisions in question are sufficient or not in terms of physical examination and taking samples from the victim's body.

Giriş

Şiddet, tüm dünyada yaşanan genel bir sorundur. Evlerde, okullarda, cezaevlerinde, çalışma yerlerinde, sokaklarda ve diğer birçok yerde şiddete ilişkin eylemler görülmektedir. Erkeklerin kadına uyguladığı şiddet ise cinsiyetler arasında en yaygın görülen şiddettir. Özel alanda ve/veya kamusal alanda kadına yönelik şiddet eylemlerine rastlanmaktadır.

Kadına yönelik şiddet, kadınların kadın oldukları için karşılaştığı bir insan hakkı ihlali ve kadınlar ile erkekler arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan bir olgudur. Bu nedenle, aile ve çalışma hayatındaki eşitsizlikler ile hakların kısıtlanması ve eğitim haklarından mahrum bırakılması gibi cinsiyete dayalı ayrımcılık, kadına yönelik şiddetle birlikte ortaya çıkmaktadır.

Kadına yönelik şiddet fiziksel şiddetin yanı sıra cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak da ortaya çıkabilir. Şiddet biçimlerinin hiçbiri ötekenden daha önemsiz veya kabul edilebilir değildir.

Kadına yönelik şiddet eylemlerinin mağduru doğal olarak kadındır. Kadınlar suç mağduru olduğunda erkeklere uygulanan prosedürlerin uygulanamayacağı bir gerçektir. Özellikle cinsel suç mağduru veya diğer şiddet suçlarının mağduru kadınlara yönelik olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) özel veya özgü düzenlemeler vardır. Yine kadının beden muayenesi söz konusu olduğunda kadının muayenesinde birçok özel düzenlemeler mevcuttur.

Kadına yönelik şiddetle ilgili yasal düzenlemeler asıl olarak 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu hükümlerinde bulunmakla birlikte, CMK'nın kadınların korunmasına ilişkin hükümlerinde de bir takım düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmada CMK'daki kadınlarla ilgili tüm düzenlemeler değil, bazılarına vurgu yapılmıştır.

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Genel Olarak

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK'nın 75, 76 ve 77. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te de konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, 2005).

Beden muayenesi muayeneye maruz kalacak kişiler ve muayenenin tipi açısından ikiye ayırmak mümkündür. CMK'nun 75. maddesinde şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi, CMK'nun 76. maddesinde ise diğer kişilerin iç veya dış beden muayenesi düzenlenmiştir. CMK'da şüpheli veya sanığa gerçekleştirilecek dış beden muayenesi düzenlenmemiştir. Bu eksiklik ise Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesiyle giderilmiştir. Ancak dış beden muayenesinin CMK yerine yönetmelikle düzenlenmesi, kanunilik ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine¹ aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir (Ünver ve Hakeri, 2015, s. 286; Centel ve Zafer, 2015, s. 292; Akbulut, 2016, s. 86; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 23; Mahmutoğlu, s. 3.). CMK'nın 77. maddesinde ise, kadının muayenesine ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. 77. maddede kadının muayenesi ile ilgili olarak muayeneyi gerçekleştirecek hekim açısından ayrıca düzenlemede bulunulmuştur. Oysa ki şiddet mağduru kadının muayenesi çoğunlukla kadın

¹ Madde 13'e göre, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olamaz".

üzerinde yeni bir travma etkisi yaratmaktadır. Özellikle de cinsel suç mağduru olan kadınlar hakkında yapılan bu işlemlerin, kadınlar üzerinde olumsuz etkiler yaratmadığı iddia edilemez (Centel, 2013, s. 11.).

Dış beden muayenesi, delil elde etmek amacıyla şüpheli, sanık ve diğer kişiler üzerinde vücudun dış yüzeyiyle kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi ile kafa, göğüs ve karın boşluklarıyla cilt altı dokularının incelenmesidir. (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3).

Kuşkusuz, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir (Doğan, 2019, s. 94; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 20.). Kişinin dokunulmazlığı, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınmıştır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Kişi, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacaktır. CMK'da yer alan söz konusu düzenlemede, Anayasanın aradığı tıbbi zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak bir suçtan dolayı delil elde etmek veya elde edilen delillerle karşılaştırma yapmak amacıyla bu müdahale CMK'nın ilgili maddeleri uyarınca gerçekleştirilir (Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1158.). Nitekim bir kişinin beden muayenesinin yapılabilmesi ya da vücuttan örnek alınabilmesi için, bu konuda mutlaka kanuni bir düzenleme bulunması gerekmektedir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 20; Dursun, 2017, s. 2960.). Bu işlemlere başvurulurken aynı zamanda delillerle suç aydınlatılarak, suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amacıyla, kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkı arasındaki dengenin korunmasına da özen gösterilmelidir (Altunbaş, 2013, s. 305; Zafer, 2007, s. 184-185; Aygün, 2016, s. 50-51.).

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması Kavramı

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasını kısaca tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan birtakım tespitler olarak tanımlayabiliriz (Nuhoğlu, 2006, s. 324.)². Başka bir tanıma göre ise, bir kimsenin sağlık durumunu saptamak için hekimin yaptığı klinik ve laboratuvar araştırmalarının tümünü kapsayan tıbbi muayenedir (Güngör ve Bakşi, 2009, s. 64.). Beden muayenesine, bedenin içinin mi yoksa dış yüzeyinin mi tıbbi incelemeye tabi tutulacağına göre müdahalenin ağırlığıyla orantılı olarak farklı mercilerce karar verilir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 23; Kazasker, 2016, s. 175.). Beden muayenesi, tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanarak yapılır (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3).

CMK'da beden muayenesi muayene edilecek kişiler bakımından, ayırıp farklı maddelerde düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi m. 75'te, diğer kişilerin beden muayenesi ise m. 76'da yer almaktadır. Ayrıca muayenenin niteliği açısından iç ve dış beden muayenesi ayrımı da vardır.

Dış ve iç beden muayenesi kavramlarının ne ifade ettikleri Beden Muayenesi Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre, "İç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini; dış beden muayenesi de vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini" ifade eder.

Dış beden muayenesi şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücudunda başkalarına ait

² Nuhoğlu'na göre, CMK'da muayene ve müdahale ayrımına yer verilmemiştir. Oysaki iki kavram arasında farklı anlama sahiptir. Müdahale vücuda operasyonel bir giriş söz konusuysen, muayene ise tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücut dokunularak yapılan bir takım tespitler söz konusudur. Nuhoğlu, 2006, s. 324.

belirti veya delillerin elde edilmesi veya vücut ile organların yapısı, vücuttaki iz ve yaraların tespit edilmesi amacıyla yapılabilir (Aygün, s. 53). Yönetmeliğe göre girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemleri dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilecektir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 5/4). Düzenlemeye göre dış beden muayenesi, yalnızca elle ve gözle yapılan muayene olabileceği gibi, dokunmakla birlikte vücudun iç kısmına herhangi bir müdahale olmaksızın da gerçekleştirilebilir. İç beden muayenesi ise kafa, göğüs ve karın boşluklarıyla cilt altı dokularının incelemesi olarak tanımlanmıştır (vücudun içine bir müdahale söz konusudur). Dolayısıyla röntgenin dış beden muayenesi, MR çekiminin ise iç beden muayenesine dâhil olduğu kabul edilir (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 121; Akbulut, Temmuz 2016, s. 92; "Girişimsel Radyoloji Nedir?", <http://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140>). Şüpheli veya sanığın cinsel organları ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi olarak belirlenmiştir (CMK m. 74/4, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 4/4). Bu kapsamda, şüpheli veya sanığın cinsel organları ya da anüs bölgesinde gerçekleştirilen muayeneler, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri aracılığıyla gerçekleştiriliyor olsa dahi iç beden muayenesi olarak değerlendirilmelidir (Aygün, 2016, s. 55; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 24; Dursun, 2017, s. 2967.). Aslında cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan incelemeler de bedenın iç kısmına müdahale gerçekleştirilmeden yapılabilen muayenelerdir. Ancak muayene yapılan yerin kişi bakımından önemi göz önüne alınarak bu bölgelerde yapılan muayenenin iç beden muayenesi kapsamında düzenlendiği görülmektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 91; Mahmutoğlu, s. 12.).

Öte yandan, üst araması ile bedenın dış yüzeyinde yapılan inceleme birbirine karıştırılmamalıdır. İki kavram arasında anlam, işlem yapacak yetkili kişi ve karar verecek yetkili kişiler açısından da farklar mevcuttur (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 117)³. Dış beden muayenesinde delil elde etmek amacıyla bedene dokunulması (kişinin çıplak bedeni incelemesi), işlemin gerçekleştirilmesinde birtakım tıbbi yöntemlerin kullanılmasını ve tıbbi değerlendirmelerde bulunulmasını ifade eder. Arama ise adli süreçte yani soruşturma veya kovuşturma için gerekli olan ve saklı bir şeyin ortaya çıkarılması için yapılır. Nitekim arama giyinik beden üzerinde, el veya detektör vb. marifetiyle kişinin kıyafetleri arasında yapılan bir delil araştırmasını ifade eder⁴. Nitekim aramada gizli olan bir şeyin ortaya çıkarılması amacıyla vücutta elbiseler mevcut değilken vücuda dokunma veya tıbbi yöntemlerin kullanılması yoktur (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 25; Altunkaş, 2013, s. 307-308; Akbulut, Temmuz 2016, s. 90; Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 116.). Üst araması, hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca varsa Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na herhangi bir şekilde ulaşamıyor ise kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirilir. Arama kolluk marifetiyle yapılır. (CMK m. 119). Dış beden muayenesi, kural olarak hekim veya hekim kontrolünde bir sağlık personeli tarafından tıbbi araç ve gereçler kullanılarak kısmi veya tam çıplak vücut üzerinde el veya göz marifetiyle gerçekleştirilen incelemedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 95; Kaplan ve Aydın,

³ Ayrıca, beden muayenesinin nasıl yapılacağı Ceza Muhakemesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmenlik'te, üst araması ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

⁴ "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 28. maddesine göre, kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılmaması halinde, üst araması giysiler çıkarılmak suretiyle de icra edilebilmektedir. Ancak üst aramasının elbiselerin çıkarılması suretiyle icrası sırasında, vücuda dokunulmaması, yalnızca bakılması gerekir. Cinsel organlar ve anüs bölgesinde bulunan şeylerle ilgili arama yapılamayacağı da belirlenmesi gerekir. Zira, Kanunen izin verilmeyen şeyler dışında delil elde etmek için bedenın çıplak aranması, cinsel organlar ve anüs bölgesine bakılması Yönetmelik hükmü gereğince söz konusu değildir." Bkz.: Akbulut, Temmuz 2016, s. 94. Arama ve dış beden muayenesi farklı iki konu hakkında da bkz.: Dursun, 2017, s. 2963-2964.

Haziran 2016, s. 116.).

İfade ettiğimiz üzere, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi CMK'nun 75. maddesinde düzenlenmiştir ancak dış beden muayenesi hakkında düzenlemeye gidilmemiştir. Bu husus ilgili yönetmeliğin 5. Maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İç beden muayenesi ile ilgili olan CMK'nun 75. maddesi ve iç beden muayenesi ile ilgili olan mezkur yönetmeliğin 5. maddesi suç konusu eylem neticesinde delil toplamak amacıyla gerçekleştirilir (Altunkaş, 2013, s. 308; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 23.).

Diğer kişiler ise, CMK m. 76'da "Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" başlığı altında düzenlenmektedir. Yönetmelikte ise, 7. maddesinde diğer kişilerin dış ve iç beden muayenesine, 8. maddesinde diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasına yer verilmiştir. CMK m. 76'nın başlığı "diğer kişiler" şüpheli ve sanık dışında beden muayenesine tabi tutulacak ya da vücudundan örnek alınacak herkesi kapsar şekilde düzenlenmiştir. Ancak hükmün içeriği incelendiğinde maddenin metninin içerik olarak daraltılarak sadece "mağdur ve soy bağı araştıran çocuğu" kapsar şekilde düzenlendiği görülmektedir. Yönetmelik 7. ve 8. maddelerinde ise, CMK'daki düzenlemeye oranla kapsam genişletilmiş, kanunla çizilen sınır aşılmıştır (Kazaker, 2016, s. 188; Mahmutoğlu, s. 17; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 307). Nitekim diğer kişiler mağdur, tanık veya tanık olmayan 3. kişiler ve soy bağı tespit edilecek çocuk kastedilmiştir. CMK'nın 76. maddesinin başlığı ile içeriğinin örtüştüğü söylenemez (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 24; Altunkaş, 2013, s. 333-334; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 307; Sarsıkoğlu, 2013, s. 704.). Hüküm içerik olarak başlığıyla uygun hale getirilmelidir (Altunkaş, 2013, s. 333-334; Kazaker, 2016, s. 188; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 307; Sarsıkoğlu, 2013, s. 704.). Ayrıca hükmün CMK'da düzenlemeden yönetmelikle düzenlenmesi Anayasaya ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 124; Kazaker, 2016, s. 188.). Diğer kişilerin dış ya da iç beden muayenesinin amacı bir delil elde etmektir. Nitekim ancak hakkında soruşturma yürütülen bir suçla ilgili olarak muayeneye başvurmak mümkündür (Altunkaş, 2013, s. 308.).

İlerde anlatılacağı üzere, iç beden muayenesine başvurmak için daha sıkı şartlar aranmaktayken, dış beden muayenesine ise herhangi bir suç için başvuru yapılabilir. Muayeneye karar verecek makamlar açısından da iç ve dış beden muayenesi arasında farklılık söz konusudur. İç beden muayenesine karar verecek makam hâkim veya mahkemedir. Hâkim veya mahkeme re'sen karar verebileceği gibi Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun istemiyle de karar verebilir. Dış beden muayenesi ise Cumhuriyet Savcısı, delillerin toplanmasında yardımcı görevde bulunan adli kolluk veya kovuşturma makamlarının talebi doğrultusunda gerçekleştirilir (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 121.).

Vücuttan örnek alınması ise, beden muayenesiyle birlikte CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde, ayrıca, ilgili yönetmeliğin 6. ve 8. Maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre şüpheli ya da sanığın veya diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle; kan, saç, kıl, tükürük, tırnak deri, balgam, sümük, ter, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesidir. Vücuttan örnek alma, beden muayenesinden farklı bir işlemi ifade eder. Bu kapsamda beden muayenesinde, muayenenin konusu şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedeniyken; vücuttan örnek alınmasında, vücuttan alınan örneklerdir (Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1159; Güngör ve Bakşı, 2009, s. 64; Mahmutoğlu, s. 3.). Aynı olay kapsamında her iki işleme hem aynı anda hem farklı zamanlarda başvurulması mümkündür (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 27; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1159; Akbulut, Temmuz 2016, s. 88; Apiş, 2012, s. 270; Centel ve Zafer,

2015, s. 290-292.)⁵. Vücuttan örnek alınmasının amacı; suça ilişkin delil elde etmek veya eldeki belirtilerle karşılaştırma yapmaktır (Altunbaş, 2013, s. 308-309; Aygün, 2016, s. 56.). Vücuttan örnek alınmasında, olay yerinin incelemesi sonucunda veya mağdur üzerinde delil niteliğindeki her türden veri toplanır, birçok bilimsel ve teknik yöntem kullanılmak suretiyle araştırılır⁶. Örnek olarak, olay yerinde tabanca, maske, şapka gibi belirtiler gibi ya da kan lekesi, saç, tükürük, diş izi gibi belirtiler bulunabilir. Toplanan belirtiler, suç şüphesi üzerinde yoğunlaşan kişilerden alınan örneklerle karşılaştırılır ve incelenir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 27; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1159).

Mevzuatta “beden” ve “vücut” şeklinde aynı kavramı karşılayan farklı iki terimin kullanılması eleştirilmiştir (Kazaker, 2016, s. 175; Özbek vd., 2015, s. 521; R. Doğan, 2019, s. 97-98; Turhan, 2008, s. 1028; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 301.). Doktrinde “beden” ve “vücut” kavramlarının herhangi bir mantığa dayanmaksızın rastgele seçildiği belirtilmiştir (R. Doğan, 2019, s. 97.).

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması⁷ konusunda elde edilen deliller hukuk davasında kullanılamaz. Ayrıca bilimsel araştırma yapılması ya da veri bankası oluşturması amacıyla da CMK m. 75 vd. dayanarak işlemler yapılamaz (Altunbaş, 2013, s. 309.).

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasının Hukuki Niteliği

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK’da birinci kitabın “Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif” başlığını taşıyan üçüncü kısmında “Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlıklı üçüncü bölümünde düzenleme alanı bulmuştur. Söz konusu düzenleme bölüm itibarıyla, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuki niteliği bakımından farklı yorumların ileri sürülmesine sebep olmuştur. Birinci görüşe göre, yapılan muayene, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindedir. Çünkü söz konusu düzenleme koruma tedbirlerinin özelliklerini taşımaktadır ve bu anlamda muayeneyi yapacak kişinin hekim olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle işlemin, karma niteliğe sahip bir hukuki kurum olduğundan bahsedilmiştir. Bazı yazarlar, yapılan muayenenin hem koruma tedbiri hem de bilirkişi incelemesi niteliğinde olduğunu (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 22; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1164; Akbulut, Temmuz 2016, s. 89; İnci, s. 136; Mahmutoğlu, s. 2; Sarsıkoğlu, 2013,

⁵ Doktrinde farklı bir görüş mevcuttur. Bazıları vücuttan örnek alma aslında muayeneyi gerektirdiğinden örnek almanın da muayene içinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Özbek vd., 2015, s. 523. Aynı yönde görüş için Bkz. Turhan, 2008, s. 1033.

⁶ Yargıtay bir çok kararında elde edilen örneklerin delil değerini olduğunu belirtmektedir. Örnek olarak, “Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü’nün 23.08.2006 tarihli ve BYL.2006/3731 sayılı Ekspertiz Raporu içeriğinden; şüpheli Yücel’den alındığı belirtilen siyah rebkli lastik ayakkabı üzerinde bulunan kan örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen 10 adet, maktulün üzerinden alındığı belirtilen üç adet ve olay yerinden alındığı belirtilen aktı içinden çıkan bir adet sigara izmaritlerine bulaşmış tükürük örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneğinden farklı olup erkek genotip özellik gösterdiği belirtildiğinden; sanıklar Yücel, Emrah ve Mehmet’in CMK’nun 75. maddesi uyarınca tükürük örneklerinin aldirılarak Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ve sigara izmaritleri üzerindeki tükürük örneklerinin sanıklara ait olup olmadığının tespitinden sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi...” 1.CD., E. 2007/4784, K. 2008/4432. Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1160 dipnot 6. Başka kararlar için ayrıca Bkz. Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 27-28.

⁷ Kanun koyucu muayene işlemi bakımından “beden” kavramını kullanırken, örnek alma işlemi bakımından ise, “vücut” kavramını kullanmıştır. Böyle bir ayırım kanun koyucu tarafından koyulması eleştirilmiştir. Bazılara göre kanun koyucu tarafından bu termlerin rastgele seçildiği belirtilmektedir. Bkz. Özbek vd., 2015, s. 521. Ancak doktrinde bazı yazarlar beden ile vücut aynı anlama gelmekle beraber kanun koyucunun muayene ile örnek almayı birbirinden ayırmak için böyle bir tercihte bulunduğunu belirtmektedirler. Bkz. Turhan, 2008, s. 1028.

s. 697; Turhan, 2008, s. 1026.), bazı yazarlar hem koruma tedbiri hem de soruşturma aracı olma özelliklerini taşıdığını (Centel ve Zafer, 2015, s. 289.), bazı yazarlar ise hem bilirkişi incelemesi, hem keşif hem de koruma tedbiri niteliğinin olduğunu (Apiş, 2012, s. 272; Kazaker, 2016, s. 177; Özbek vd., 2015, s. 524; R. Doğan, 2019, s. 98.) ifade etmişlerdir. Bazı yazarlar ise, koruma tedbiri niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (Altunkaş, 2013, s. 307; Aygün, 2016, s. 52.). Kanaatimizce, beden muayenesinin delil elde etmek amacıyla yapılması, hekim tarafından yapılması ve koruma tedbirlerine ilişkin özellikleri taşıması nedeniyle karma nitelikte; koruma tedbiri ve bilirkişi incelemesi niteliğindedir. Muayene ya da örnek almayı gerçekleştirecek hekim veya sağlık mensubu olduğundan dolayı bilirkişi incelemesi özelliği taşır. Öte yandan, işlenen bir suç nedeniyle delil elde edilmesi amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesi, kişinin vücut bütünlüğüne ve özel hayatına müdahale oluşturmakta ayrıca gerektiğinde zor kullanarak yerine getirildiğinden dolayı da bir koruma tedbiri özelliği göstermektedir (Sarsıkoğlu, 2013, s. 697.).

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasında GÜdülen Amaç

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında amaç soruşturmaya veya kovuşturmaya konu olan olaya ilişkin delil elde etmektir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 96-97; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1159; Dursun, 2017, s. 2958; Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 119; Kazaker, 2016, s. 176; Mahmutoğlu, s. 2; Nuhoglu, 2006, s. 324; Özbek vd., 2015, s. 524; R. Doğan, 2019, s. 96; Sancar, 2013, s. 96; Sarsıkoğlu, 2013, s. 696; Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 639.). CMK'nın 75. maddesinde "bir suça ilişkin delil elde etmek için" ibaresi kullanılarak bu amaç açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde, CMK'nın 76. maddesinde de "bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, deney veya deneme amacıyla insan bedeni üzerinde araştırma yapmak için bu hükümlerden yararlanmak olanaksızdır (Centel ve Zafer, 2015, s. 297; Dursun, 2017, s. 2959; İnci, s. 135; Kazaker, 2016, s. 177; Kızıllar, 2007, s. 186; Sarsıkoğlu, 2013, s. 696.)⁸. Bu incelemeler ancak bedendeki belirti ve emarelerin delil niteliğini ortaya koymak veya tespit etmek amacıyla yapılmaktadır. Vücuttan örnek alınması ise, vücuttan alınan örneğin olay yerinde tespit edilen kalıntılarla kıyaslanmasıyla geçişe ulaşabilmek için gerçekleştirilir (Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1162; Altunkaş, 2013, s. 308-309; Centel, 2013, s. 10; Nuhoglu, 2006, s. 328; Sancar, 2013, s. 304; Sarsıkoğlu, 2013, s. 696; Zafer, 2007, s. 186.). Şüphelinin, sanığın, mağdurun ya da üçüncü kişinin vücudundan bir parça ya da salgı alınır ve eldeki belirtilerle karşılaştırılır (Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1162; Dursun, 2017, s. 2959; Centel ve Zafer, 2015, s. 297; Sarsıkoğlu, 2013, s. 696.). Olay yeri incelemesi sonucu delillerin şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti o kişinin biyolojik örneklerin karşılaştırılmasıyla sağlanabilecektir (Centel ve Zafer, 2015, s. 297. Ancak CMK m. 75/1'de "bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla..." biçiminde açıkça ifade edilmiştir.).

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasının Kişilere Göre Ayrımı

Beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması şüpheli veya sanık üzerinde yapılabileceği gibi diğer kimseler üzerinde de yapılabilir. Şüpheli ve sanık üzerinde yapılacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile diğer kişiler üzerinde yapılacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, aynı işlemde farklı koşullar gerektirmektedir. Bu itibarla konuyu ayrı iki başlık altında ele alacağız.

⁸ Bu tür müdahelerde duruma göre, işkence suçu, genital muayene suçu ya da insan üzerinde deney suçunun uygulanması söz konusu olabilir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 640.

Şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinde "Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilir ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilir." denmektedir. Şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları ise Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için şu şartların bulunması gerekir:

Üzerinde beden muayenesinin gerçekleştirileceği kişinin şüpheli veya sanık statüsünde olması gerekir

Üzerinde beden muayenesinin gerçekleştirileceği kişinin şüpheli veya sanık statüsünde olması gerekmektedir. CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde göre, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli; kovuşturmanın başlamasından itibaren hüküm kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi ise sanıktır. Bu doğrultuda şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi ile vücuttan örnek alma işlemlerinin yapılabilmesi için en azından soruşturma evresinin başlamış olması gerekir. Bu koşul gerçekleşmeksizin şüpheli veya sanığın beden muayenesine ya da vücutundan örnek alınmasına karar verilmemelidir (Altunkaş, 2013, s. 313; Kazaker, 2016, s. 179; R. Doğan, 2019, s. 103.).

Şüpheli veya sanığa isnat edilen suçla ilgili gereken koşul

Beden muayenesi yönetmeliğinin şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin 5. maddesinde suç için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla suçun belli bir ağırlıkta olması şartı aranmadan ceza miktarı önemli olmadan tüm suçlar için başvurulabilir. Suçun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 103; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s.34).

İç beden muayenesi ise, kanun koyucu şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığıyla başvurulacak işlemin orantılı olmasını öngörmüştür. Madde hükmüne göre, üst sınırı iki yıldan az hapis cezası öngörülen suçlarda, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılmayacaktır; şüpheli veya sanığın vücutundan kan, saç, tırnak, tükürük ve benzeri biyolojik örnekler alınmayacaktır (CMK m. 75/5, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 6). Isnat edilen birden fazla suç olması durumunda her bir suç birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir (Aygün, 2016, s. 63; Mahmutoğlu, s. 6; R. Doğan, 2019, s. 104; Sarsıkoğlu, 2013, s. 700.). Yüklenen suç kovuşturma evresinde değişirse ve cezası iki yıldan az olursa kabul edilen görüşe göre elde edilen deliller hukuka aykırı teşkil eder (Sarsıkoğlu, 2013, s. 700.)⁹. Düzenlemenin amacı basit suçlarda iç beden muayenesinin yapılmasını engellemekte, işlenen suçun ağırlığıyla gerçekleştiren müdahale arasında bir oran sağlanmasını hedeflemektedir (Kazaker, 2016, s. 180; Kızıllarslan, 2007, s. 233; R. Doğan, 2019, s. 104; Sarsıkoğlu, 2013, s. 700.).

Suçla ilgili diğer bir sınırlama ise, CMK'nın 75/7. maddesinde yer almaktadır. Buna

⁹ Doktrindeki bir başka görüşe göre sanığın rızasıyla üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesinin de yapılabilmesi ileri sürülmüştür. Aksi takdirde sanığın kendi lehine delil sunma olanağını ortadan kaldırılır. Bkz. S. Doğan, 2018, s. 270. Başka görüşe göre ise, 2 yıldan az hapis cezası olan suçlar açısından sanığın masumiyetini başka türlü ispatlanamayacağına veya başka delil bulunmadığında sınırlı olmak üzere geçerli olarak kabul edilmektedir. Bkz. R. Doğan, 2019, s. 104.

göre: “Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır” ifadesine yer verilmiştir. Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesi bağlamında kan alımının zor kullanılarak yapılması gerekirse, ilgili hüküm özel nitelik taşıdığından beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması kurumuna ilişkin düzenlemeler uygulanamayacaktır (Konu hakkında Bkz. Sarsıkoğlu, 2013, s. 706.).

Yetkili makam tarafından karar verilmesi gerekir

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesiyle ilgili karar merci ile ilgili olarak CMK’da bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu hüküm Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde mevcuttur. Buna göre, Cumhuriyet savcısı ve savcıya delilleri toplamak hususunda yardımcı olan adli kolluk görevlileri¹⁰ veya kovuşturma makamlarının talebiyle deş beden muayenesi yapılabilir. Görüleceği üzere şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılabilmesi için karar alınması gerekmekte ve ayrıca kolluğa da bu hususta takdir yetkisi verilmiştir. Kanun koyucunun Anayasaca teminat altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden olan vücut dokunulmazlığı hakkını genel çerçevede özellikle kolluk birimlerinin ihlalini önleme eğiliminde olduğu düşünülürse, dış beden muayenesi hususunda kolluk görevlilerinin doğrudan karar verebilme yetkisi ve takdir hakkı istisnai bir düzenlemedir denebilir (Sarsıkoğlu, 2013, s. 708; Turhan, 2008, s. 1046-1047.). Yönetmelikteki düzenleme, dış beden muayenesine kimin karar vereceği gösterilmediğinden belirsiz bir düzenleme olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira yönetmelik düzenlemesi, talebe ilişkin belirleme yapmakta, karara yetkili makamı göstermemektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 104.)¹¹. Hükümün CMK’da olmayıp yönetmelikte düzenlemesi doktrinde hükme karşı ileri sürülen bir başka eleştiridir (Dursun, 2017, s. 2964; Kazaker, 2016, s. 184; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 303; Özbek vd., 2015, s. 525.).

Kanun koyucu iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasında karar merciini hâkim veya mahkeme olarak belirlemiştir. Dolayısıyla iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, vücut dokunulmazlığı hakkı anlamında ağır bir müdahale niteliğinde olduğundan kural olarak tedbirin uygulanabilmesi hâkim kararına bağlanmıştır (Centel ve Zafer, 2015, s. 301; Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 642; Dursun, 2017, s. 2971). Gecikmesinde sakınca bulunması, hemen işlem yapılmazsa suçun iz, eser, emare ve delillerin yitip gitmesi, şüphelinin kaçma halinin varlığı veya kim olduğunun saptanamaması ihtimali hallerinde söz konusudur. (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3). Doktrinde bir görüşe göre, soruşturmanın gerektiği gibi yapılamaması ve kanıt kaybı tehlikesinin gündeme gelmesi gibi hallerin varlığı gecikmesinde tehlike bulunması halini doğurduğunda kolluğa da bu yetkinin tanınması gerekmektedir (Sarsıkoğlu, 2013, s. 700, 701.).

¹⁰ Dikkat etmek gerekirse, Yönetmeliğin 24. maddesinde, 5. madde gereğince alınacak hakim ve mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği düzenlenerek, hakim ve mahkemenin işleminin karar niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple Yönetmeliğin maddeleri arasında bir çelişki bulunduğundan dolayı eleştirilmektedir. Bkz. Akbulut, Temmuz 2016, s. 104.

¹¹ Bu eleştirinin yanına da dış beden muayenesinin Kanunda değil de Yönetmelikte yapılması nedeniyle Anayasaya aykırı olduğu, çünkü temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil ettiğinden düzenlemenin kanunla yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde Türkiye’nin AİHM tarafından tazminata mahkum olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Akbulut, Temmuz 2016, s. 104; Özbek vd., 2015, s. 525; Sarsıkoğlu, 2013, s. 708; Kazaker, 2016, s. 183.

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerini yapacak kişilerin özellikleri

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin hekim marifetiyle veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılması aranmıştır.

CMK'nın 75. maddesinin 3. fıkrasına göre, iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemleri ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişi tarafından yapılabilecektir. Sağlık mesleği mensubu kişi kavramı Yönetmeliğin 3. maddesine göre, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri ifade etmektedir.

CMK'nın 75. maddesinin 3. fıkrasında getirilen düzenleme bu yönde olmakla birlikte, Yönetmeliğin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin ancak hekim tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yönetmelikle sağlık mesleği mensuplarının tek başlarına iç beden muayenesi yapmaları engellenerek CMK hükmü sınırlandırılmıştır (Sarsıkoğlu, 2013, s. 704; Centel ve Zafer, 2015, s. 303; Altunbaş, 2013, s. 321; R. Doğan, 2019, s. 114; Dursun, 2017, s. 2973-2974.)¹². Ayrıca Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 6. maddesinin 2. fıkrasında şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınan kişinin, ancak tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu bir kişi olabileceği ifade edilmiştir. Böylece sağlık mesleği mensubu kişilerin tek başlarına örnek alma ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Ancak, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23. maddesine göre, kişinin vücudunun üzerinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseler ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinde başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler, olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir (R. Doğan, 2019, s. 114.).

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerine maruz kalan kişinin rızasının bulunması

Müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının olmaması durumunda nasıl davranılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesinde ise, "...şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır" hükmü düzenlenmiştir. Görüleceği üzere klasik tıbbi müdahalelerde hastanın aydınlatılmış onamının alınması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından iken, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında müdahaleye maruz kalacak kişiye tedbirin içeriği yani aydınlatma yapılmalı ancak rıza vermezse Cumhuriyet başsavcılığı tarafından orantılılık ilkesi gereği gerekli önlemler alınıp makul kuvvet kullanılıp işlem gerçekleştirilecektir. Gerekli önlemlerden kasıt, orantılılık ilkesi gereğince işlemi yerine getirmeyi sağlayacak tedbirlerdir. Görüldüğü üzere m. 18'de bu işlemlerin gerektiğinde kuvvet kullanılarak yapılabileceğine ilişkin zımni bir hüküm vardır (R. Doğan, 2019, s. 108). Öte yandan beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması kurumları birer koruma tedbiri olduğundan koruma tedbirlerinin uygulanmasına zorlama söz konusu olup kişinin karşı koyması kabul edilmemelidir (Kaplan ve

¹² Her ne kadar Yönetmelik m. 4'te bu işlemin ancak hekim tarafından yapılabileceği imkan tanınmış olsa dahi sağlık mesleği mensubu da bu işlemi yaptığında hukuka aykırı olmayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Dursun, 2017, s. 2974; Centel ve Zafer, 2015, s. 303; Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 645; Sarsıkoğlu, 2013, s. 704.

Aydın, Haziran 2016, s. 119; Kazaker, 2016, s. 185; Ertuğrul, 2008, s. 693. Aynı yönde görüş için Bkz. Sarsıkoğlu, 2013, s. 697.).

O halde, kişinin rızası olmazsa dahi, zorla muayene yapılacak yere götürülebilecek, masaya yatırılabilir, elleri tutulabilecek veya müdahalenin gerektirdiği her türlü zorlamada bulunulabilecektir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 116, 117; Centel ve Zafer, 2015, s. 303; Sancar, 2013, s. 306.). Ancak kişiye narkoz (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 128) verilmesi veya sakinleştirici iğne (Akbulut, Temmuz 2016, s. 117.) yapılması mümkün değildir.

Konuyu başka yönden değerlendirecek olursak, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tıbbi bir müdahale niteliğinde olduğundan dolayı tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için gerekli koşulların arasında ilgilinin rızasının alınması koşulunun da bulunması şarttır. Rıza olmadan yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte, Anayasanın 7. maddesi uyarınca, kişinin vücuduna rıza olmadan müdahale edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak bunun dışında kanunlarla istisna getirilebilir (Ünver ve Hakeri, 2015, s. 294; Kazaker, 2016, s. 185; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 30.). Nitekim CMK hükümleri gereğince rıza olmadan yapılan müdahaleler hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, müdahalenin Yönetmelikte düzenlenmesi bu yönde eleştirilmektedir. Zira Anayasada “kanunlarla” ifadesi kullanılmışken düzenlemeyi içeren CMK’da muayenenin yapılabilmesi için zora başvurulup başvurulamayacağına ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamaktadır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 114; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 30; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1170; Centel ve Zafer, 2015, s. 302, 303; Kazaker, 2016, s. 186; Kızılarlan, 2007, s. 208, 218.). Beden muayenesi de koruma tedbiri olduğu için temel haklara müdahale teşkil eden tüm düzenlemelerin kanunda yapılması gerekir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 116; Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 128; Kızılarlan, 2007, s. 214; Kazaker, 2016, s. 185.). Kanuni düzenlemelerin bulunması, insanın onuruna aykırı olmaması ve işkence teşkil etmemesi kaydıyla rıza olmadan da tıbbi muayenenin ve bu anlamda da beden muayenesinin yapılacağı kabul edilmektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 113. Aynı yönde görüş için Bkz. Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1170.).

Öte yandan şüpheli veya sanık hakkında zorla muayene yapılması susma hakkı ve kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi (nemo tenetur) açısından da değerlendirilmelidir¹³. Anayasanın 38/5. maddesine göre, “Hiç kimse kendisini ve kanunla gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” düzenlemesiyle bu hususu ifade etmektedir. İlkeye göre, kişi kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaz aksi takdirde bir uygulama ise kendini suçlamaya zorlanamama ilkesine aykırılık teşkil eder (İlke hakkında Bkz. Akbulut, Temmuz 2016, s. 114.). Şüpheli/sanık, olayın aydınlatılmasına aktif olarak katılabileceği gibi, pasif olarak da katlanma yolunu tercih edebilir. Ancak, sanığın bir ölçüye kadar devletin zorlayıcı işlemlerine katlanması gerektiği de kabul edilmelidir. Bu kabulün kendini suçlamaya zorlanamama (nemo tenetur) ilkesine aykırılık oluşturmadığı belirtilmektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 114; Centel ve Zafer, 2015, s. 302; Kızılarlan, 2007, s. 208, 218; Kazaker, 2016, s. 186; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1169; R. Doğan, 2019, s. 112.)¹⁴. Bu durumda şüpheli veya sanığın bu tür işlemlere karşı koymama bir yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilir (katlanma yükümlülüğü; R. Doğan, 2019, s. 109.).

¹³ AIHM’e göre, zorla gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin insalık dışı veya onur kırıcı olarak nitelendirilmemesi içintıbbi müdahalenin gerekliliği ikna edici bir şekilde ispatlanmalı, tıbbi müdahale hekim tarafından gerçekleştirilmeli, AIHS m.3 ile ilgili olarak mahkemenin kabul etmiş olduğu asgari ağırlık düzeyinin altında olmalı ve kişinin sağlık durumunu kötüleştirmemelidir. Karar hakkında bkz. Turhan, 2008, s. 1063, 1065.

¹⁴ R. Doğan’a göre hekimin görevini yerine getirmesi için zorunlu sorulara yanıt vermeli, istat edilen suçla ilgili

Yönetmeliğe göre, şüpheli veya sanık ya da diğer kişiler, bedenlerinin dış veya iç muayenesine, vücutlarından örnek alınmasına izinleri yoksa bu işlemler zorla yapılabilecektir. Bu husus şüpheli veya sanık veya diğer kişilerin muayenesi açısından aynı şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme yerinde değildir. Zira diğer kişiler özellikle de mağdur olan kişi suç şüphesi altında değildir. Bunun için muayeneye maruz kalmak istemediğinde zorla yaptırılmasını kabul etmek yerinde olmamıştır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 117, 120; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1172.). Mağdurun muayenesini zorla yaptırmak onun ikinci defa mağdur olmasına sebep olmaktadır. Özellikle de örneğin cinsel saldırı suçunda mağdur olan kişinin muayenesinde örneğin bekâret kontrolünün yapılması gerekiyorsa ve mağdur bu işlemlerin yapılmasına rıza göstermiyorsa, zorla muayeneyi yaptırmak doğru bir seçim değildir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 31; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1172). Bu durumda mağdurun iddiasının bir karine olduğu kabul edilmesi söz konusudur. Böyle bir durumda ise Cumhuriyet savcısının iddiayı ispat edememe olasılığı ortaya çıkabilir. Mağdur da böyle bir olasılığın çıkması halinde, muayeneye rıza göstermemesinin sonucuna katlanacaktır (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 31). Bu nedenle bu düzenlemenin özellikle de mağdur olan kadınlara haksızlık ve adaletsizlik teşkil edeceği düşünüldükçe, yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir (Aynı yönde görüş için Bkz. Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 31; Aksoy İpekçioğlu, 2013, s. 1172.).

Değinilecek bir başka konu ise, vücuttan örnek alınmasında şüpheli veya sanığın rızasının olduğu veya müdahalenin yapılmasını talep etmeleri halinde kanunda konuya ilişkin düzenlemenin olmamasıdır. Ancak ilgili Yönetmeliğin 18. maddesinde söz konusu talep şüpheli veya sanıktan gelmişse, karar alma usul ve sürecinin uygulanmaması belirtilmiştir. O halde, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının ilgili kurumdan söz konusu işlemi talep etmesi yeterlidir (Yönetmelik hükmünün uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz. Dursun, 2017, s. 2966.). Kovuşturma aşamasında ise sanık söz konusu işlemlerin yapılmasını mahkemeden talep edecek ve mahkeme de ilgili kuruma söz konusu talebi gönderecektir¹⁵. Şüpheli veya sanık talepte bulunmamış fakat müdahalelere rıza göstermişse de, mutlaka karar alınması gerekmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/3).

Diğer kişilerden mağdurun rıza göstermesi halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına ihtiyaç yoktur (CMK m. 76/2). Mağdur dışındaki diğer kişiler için ise, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinin 3. fıkrası geçerlidir. Fıkraya göre, "...diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir".

Muayenenin kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılabilmesi için müdahalenin kişinin sağlığına açıkça¹⁶ ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (Beden

olarak sorulan diğer sorular ise susma hakkı kapsamında değerlendirilmeli, muayenenin veya vücuttan örnek alınmanın kendisi susma hakkı kapsamına dahil olmadığını görüşündedir. Bkz. R. Doğan, 2019, s. 109.

¹⁵ Yönetmeliğinin 18. madde düzenlemesine göre, "Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir".

¹⁶ Kanunda yer olmayan "açıkça" ifadesinin Yönetmeliğe eklenmesi suretiyle kapsamın daraltıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. R. Doğan, 2019, s. 101; Apış, 2012, s. 293.

Muayenesi Yönetmenliği m. 5/3)¹⁷. Dış beden muayenesi açısından vücudun yalnızca elle ve gözle yapılan yüzeysel inceleme söz konusu olduğundan dolayı böyle bir zarar verme tehlikesi oluşmayacaktır. Ancak dış beden muayenesi bakımından da zarar verme tehlikesinin var olup olmadığının da dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz (Aynı yönde görüş için Bkz. Centel ve Zafer, 2015, s. 300; Dursun, 2017, s. 2968.).

CMK'nın 75/2. fıkrası ile iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması şüphelinin ya da sanığın söz konusu müdahaleler dolayısıyla sağlık durumlarına zarar gelmemesi şartına bağlanmıştır. Söz konusu işlemlerin şüphelinin veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespitinde şüpheli veya sanığın kişisel sağlık durumu esas alınır. Gerçekten de şüpheli veya sanığın hastalık ve tıbbi müdahale geçmişi ve bu kişiler nezdinde gerekli testlerin yapılması, söz konusu müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin anlaşılması açısından zorunludur (R. Doğan, 2019, s. 108.). Örneğin iç beden muayenesi olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale, şüpheli veya sanığın gerek maddi gerekse manevi sağlığı açısından gerçekleşmesi yakın bir tehlike içeriyorsa söz konusu müdahale gerçekleştirilemez. Gerçekten de Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4/3. maddesinde daha açık ve ayrıntılı bir ifadeye yer verilmiş, şüpheli veya sanığın sağlığına açık ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunması halinde söz konusu müdahalenin yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından söz konusu müdahalenin kişinin sağlığı açısından tehlikeli olup olmadığının çoğu zaman tespit edilemez. Bu nedenle söz konusu tespit hekim ya da sağlık personeli tarafından yapılır (Sarsıkoğlu, 2013, s. 702; Dursun, 2017, s. 2968.).

Doktorun taksirli davranışı sonucunda kişinin sağlığına zarar verilmesi halinde, yapılan beden muayenesi hukuka aykırı nitelik taşımayacak ve elde edilen delil kullanılacaktır (Mahmutoğlu, s. 8-9; Akbulut, Temmuz 2016, s. 111)¹⁸.

Muayeneden korkmak ve muayenenin oluşturduğu ruhsal baskı ya da muayenenin verdiği acılar ve geçici rahatsızlıklar tek başına zarar verme tehlikesi kapsamında kabul edilmemektedir (Mahmutoğlu, s. 8; Turhan, 2008, s. 1049; Akbulut, Temmuz 2016, s. 111; Sarsıkoğlu, 2013, s. 702, R. Doğan, 2019, s. 108.). Bu durumlarda tehlikenin objektif olarak değerlendirilmesi ve ölçülmesi mümkün değildir (R. Doğan, 2019, s. 108.). Tehlike belirlemesi yapılırken yaptırılan kişinin sağlık durumu esas alınmaktadır. Nitekim kişinin dış görünümü, psikolojisi ve acı duygusu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak bu müdahalenin sonucunda var olması kaçınılmaz olan acı duygusuna katlanması da gerekir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 32; Sarsıkoğlu, 2013, s. 702.).

Orantılılık / Ölçülülük bulunması gerekir

Beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması aynı zamanda koruma tedbiri olduğu için tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir. Orantılılık, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olmasını ifade etmektedir. Tedbirin uygulaması yüzünden ortaya çıkacak zarar ile amaçlanan sonuç arasında bir denge, oran olmalıdır (Aygün, 2016, s. 58; Sarsıkoğlu, 2013, 703; Kazaker, 2016, s. 180; R. Doğan, 2019, s. 113.). Nitekim beden muayenesine ya da vücuttan örnek alınmasına başvurmakla elde edilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğe verilecek zarar veya muhtemel zarar arasında denge bulunması gerekir.

¹⁷ Ancak kanunda m. 75/2'de dış beden muayenesi için böyle bir sınırlama söz konusu değildir.

¹⁸ R. Doğan'a göre, Yönetmelikteki yer alan "açıkça" ifadesi kullanılmasıyla birlikte yapılan müdahale nedeniyle sorumlu tutulmak için taksir düzeyinin ötesinde bilinçli taksir düzeyinde bir sorumluluğu gerekli kılmaktadır. Bkz.: R. Doğan, 2013, s. 101.

Örneğin, iç beden muayenesi ile elde edilecek sonuçlara başka bir tedbirle ulaşılması mümkün ise artık iç beden muayenesine başvurulmamakta (Aygün, 2016, s. 59; Kazaker, 2016, s. 180; Turhan, 2008, s. 1043; Özbek vd., 2015, s. 526.) ya da delil, dış beden muayenesi ile elde edilecekse iç beden muayenesine başvurulmamaktadır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 112.). Ancak tedbirin uygulanmasında neyin ölçü alınacağı ve hangi koşulların orantıyı tespitite kullanılacağı kanunda net değildir. Orantılılık açısından her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır (Aygün, 2016, s. 58.). Önemli olan şey ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmak için kişi hak ve özürllüklerine müdahale ettiği durumlarda kanunlarla çizilen sınırların aşılmasıdır (Kazaker, 2016, s. 180.).

Diğer kişiler üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 76'da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasından bahsedilmiştir. Şüpheli ile sanık dışındaki herkesin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bu madde kapsamında uygulanacaktır. M. 76'da yalnızca mağdur ve soy bağının araştırılmasına gerek duyulan çocuk ifadelerine yer verilmiştir. İfade ettiğimiz gibi, Yönetmelik m.7'de ve m. 8'de ise mağdur ve diğer kişiler demek suretiyle açıkça şüpheli ya da sanık dışında kalan kimselerin madde kapsamında yer aldığı anlaşılmaktadır¹⁹.

Bu düzenlemenin diğer kişiler bakımından uygulanabilir olmasının kabulü ile suçun aydınlatılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır (Centel ve Zafer, 2015, s. 304; Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 648; Dursun, 2017, s. 2974; Sarsıkoğlu, 2013, s. 710.).

Mağdur ve diğer kişiler kavramı sadece yaşayan kişileri kapsamakta, ölümler üzerinde yapılacak muayene ve örnek alınması CMK'nın 86. ve 87. maddelerinde yer alan adli muayene ve otopsi hükümlerine tabi olarak gerçekleştirilmektedir (R. Doğan, 2019, s. 119; Mahmutoglu, s. 18; Dursun, 2017, s. 2976, Sarsıkoğlu, 2013, s. 710 dipnot 88.).

CMK'da şüpheli ve sanık açısından iç ve dış beden muayenesi bakımından ayrıma gidilmesine rağmen diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi ayrımına gidilmeksizin, ortak koşullar belirlenmiştir.

Yetkili makam tarafından karar verilmesi gerekir

Diğer kişilerin dış ya da iç beden muayenesi, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasıyla aynı biçimde düzenlenmiştir. Diğer kişilerle ilgili beden muayenesinde de hâkim veya mahkeme karar merciidir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa Cumhuriyet savcısı da karar verebilir. Hakim veya mahkeme Cumhuriyet savcısının istemiyle karar verebileceği gibi beden muayenesi yapılması hususunda re'sen karar verebilir. Beden muayenesine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar vermiş ise söz konusu karar hâkim veya mahkemenin onayına 24 saat içerisinde sunulmalıdır. Bu durumda hâkim veya mahkeme beden muayenesi hakkında 24 saat içerisinde karar vermelidir. Aksi durumda karar onaylanmaz ise hükümsüz kalacaktır. Onaylanmayan karar sebebiyle elde edilen deliller hukuka uygun elde edilmediğinden kullanılamaz (CMK m. 76, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 7/1, 8/1).

Bu durumun dışında mağdurun rızası varsa bu işlemler için karar alınmasına ihtiyaç gerekmemektedir (CMK m. 76/2). Mağdurun rızasının geçerli bir rıza olması için mağdurun ayırt etme gücüne sahip olması, rızasının serbest iradesine dayanması ve muayene hakkında gerekli aydınlatmanın yapılmış olması gerekmektedir (R. Doğan, 2019, s. 120.). Karar

¹⁹ Aynı şekilde CMK m. 76 gerekçesinde de şüpheli ya da sanık dışında kalan kimselerden bahsetmiştir.

alınmasına gerek olmadığını ifade eden bu istisna, yalnızca tedbirin mağdur için uygulanacak olması halinde geçerli olacaktır. Ayrıca bu istisna sadece alınacak karara ilişkindir, tedbirin uygulanması ve diğer hususlar ise m. 76'da yer alan diğer şartlar dikkate alınarak gerçekleştirilecektir (Centel ve Zafer, 2015, s. 305; Yenisey ve Nuhoglu, 2015, s. 649; Dursun, 2017, s. 2978.).

Suçla ilgili bulunması gereken şartlar

CMK'nın diğer kişilerin beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasına ilişkin 76. maddesinde, tedbire karar verilecek soruşturma/kovuşturmada konu edilen suç açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Delil elde etmek amacıyla mağdur veya 3. kişiler üzerinde beden muayenesi ya da vücutundan örnek alma işlemleri her suçun araştırıldığı soruşturma/kovuşturmada yapılabilecektir. Burada 2 yıllık hapis cezası sınırı getirilmemiştir. Doktrinde şüpheli ve sanık dışında kalan diğer kişiler bakımından bu anlamda bir sınırlama öngörülmemesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür (Dursun, 2017, s. 2979. Aynı yönde görüş için Bkz. Sarsıkoğlu, 2013, s. 711; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 34.). Delil elde etmek amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sadece delil elde etmek amacıyla yapılmalıdır. Veri bankası oluşturmak, bilimsel deney yapmak veya bekaret kontrolü gibi amaçlarla yapılamaz.

Muayenenin kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir

Diğer kişilerin dış ve iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması ilişkin olarak 76. maddede muayenenin sağlığı tehlikeye düşürmeme ve cerrahi müdahalede bulunmama koşuluna bağlandığı görülür. Bu koşul, CMK'nın temel ilkelerden biri olan oranlılık (ölçülülük) ilkesini yansıtmaktadır (Dursun, 2017, s. 2979; Kazaker, 2016, s. 189; Özbek vd., 2015, s. 528; Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 127.). Delil elde etmek amacıyla diğer kişilerin bedenlerine ameliyat yapılarak müdahale edilmez (CMK m. 76, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 7). Bunun nedeni ise suçla doğrudan bağlantısı olmayan kimselerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla bu tedbire maruz kalmaları suretiyle haklarına en alt düzeyde müdahale edilmesidir (Dursun, 2017, s. 2978.). Cerrahi müdahale Yönetmelikte, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar olarak tanımlanır (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 3).

Muayene veya örnek alma tıbbi müdahale niteliğinde olup Yönetmeliğin 8/3. maddesine göre hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla gerçekleştirilmelidir.

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerini yapacak kişilerin özellikleri

Diğer kişiler bakımından tedbirin kim tarafından uygulanacağı konusunda CMK'da bir düzenleme yoktur. Yönetmelik m. 7 ve m. 8'de bu konu hakkında bir düzenleme bulunmaktadır. Mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ise, ancak bir tabip tarafından yapılabilir. Sağlık mensubu diğer kişilerin yetkili olması ise kabul edilmemiştir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 7). Bunun nedeni mağdur ve diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi ayırımına gidilmemiş olmasıdır (Sarsıkoğlu, 2013, s. 714.). Düzenlemenin kanunda değil de yönetmelikte yapılması eleştirilmiştir (Zafer, 2007, s. 197; Sarsıkoğlu, 2013, s. 714.).

Mağdur ve diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması işlemleri ise Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre tabip tarafından veya tabip gözetiminde bulunan sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılabilecektir.

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerine maruz kalan mağdur ve diğer kişilerin rızasının bulunması

Diğer kişilerin rızası bakımından ise bu kişilerin mağdur olup olmamasına göre ayrı belirleme yapılmalıdır. CMK'nın 76. maddesinin 2. fıkrasında, mağdur açısından özel belirleme yapılmış ve mağdurun rızasının varlığı halinde, beden muayenesinin yapılabilmesi için 1. fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmadığını kabul edilmiştir (CMK m. 76/2, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/2). Dolayısıyla, kişilerin vücutlarına yönelik gerçekleştirilen müdahaleler bakımından, mağdurun rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir (Kazaker, 2016, s. 190; Kızıllarslan, 2007, s. 262; Ünver ve Hakeri, 2015, s. 308.).

Mağdur dışındaki diğer kişiler için ise, Yönetmeliğin 18. maddesinin 3. fıkrası geçerlidir. Dolayısıyla, bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma evresinde ise hâkim veya mahkeme kararıyla beden muayenesi yapılabilecek ya da vücutlarından örnek alınabilecektir. Görüldüğü gibi mağdur dışındaki diğer kişilerin rızası bulunsa dahi yönetmelikte belirtilen makamların kararının varlığı aranacaktır.

Mağdur ya da diğer kişilerin rızalarının bulunmaması halinde işlemlerin zorla yapıp yapılmayacağı konusunda CMK'da açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinin 1. fıkrasında bu husus ifade edilmiştir. Buna göre, mevzuatta aranan tüm koşullar gerçekleşmiş ve kişi aydınlatılmış olmasına rağmen rıza göstermezse, kararın infazı için Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınacaktır. Dikkat etmek gerekirse, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde söz konusu düzenlemenin sadece diğer kişiler bakımından getirilmiş olması ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinde mağdur ve diğer kişiler ayrımı yapılmış olması sebebiyle, diğer kişilerin rıza göstermemesi halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınabileceği; mağdurun rıza göstermemesi halinde ise işlemlerin yapılamayacağı akla gelmektedir (Altunbaş, 2013, s. 339.).

Genital muayene CMK m.75/4 gereği, iç beden muayenesi niteliğine sahiptir. TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunda, suç konusu olarak tanımlanan eylem, yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderme/götürme veya muayene yapılmasıdır. Mağdurun genital muayeneye rızası olmadığında yetkili hâkim ve savcının kararıyla genital muayenenin gerçekleştirilmesi genital muayene suçu açısından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni teşkil eder (Kazaker, 2016, s. 191.). Ancak mağdura ikinci bir mağduriyet yaşatılmaması için işlemin zorla yapılmamasına özen gösterilmeli, ceza muhakemesinde var olan diğer delil elde etme yollarıyla sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır (Aynı yönde görüş için Bkz. Kazaker, 2016, s. 191.). Ancak var olan düzenlemeye göre, işlem zorla yapılsa olsa dahi zorlamaya maruz kalan kişilerin sağlığının tehlikeye düşmesine yol açmaması ve insanın onurunu zedeleyici nitelikte olmaması gerekir (Sancar, 2013, s. 307-308.). Bununla birlikte, AİHM Türkiye aleyhine açılan davada, şikâyetçinin gözaltındayken zorla jinekolojik muayeneye maruz kalmasını, AİHS'nin hükümlerinin ihlali olarak kabul etmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahale bakımından ilgilinin rızasının aranması gerekmektedir (Sancar, 2013, s. 308.).

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından da kaçınabilir. CMK'nın 76. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Tanıklıktan çekinme

sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcisinin izin olmadıkça kullanılmaz”, düzenlemede tanıklıktan çekinme sebepleri arasında ayırım yapılmamıştır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 10. maddesinde ise, tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda CMK’nın ilgili hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. CMK’nın 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde belirtilen nedenlerden biriyle kişinin beden muayenesinden çekinebileceği düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilere bu işlemlerin kendileri üzerinde yapılmasına izin vermeme haklarının olduğu hatırlatılmalıdır (CMK m. 45/3, 48; Altunkaş, 2013, s. 340; R. Doğan, 2019, s. 126.). Diğer kişilere, tanıklıktan çekinme hakkı nedeniyle, beden muayenesinden çekinebileceği bildirilmeden beden muayenesi yapılmışsa, beden muayenesi sonucu elde edilen delil kullanılamayacaktır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 118.).

Çocuk veya akıl hastasının çekinmesi hakkında kanuni temsilcisi karar verir. Bu kişiler tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda ise görüşleri alınır. Bununla birlikte kanuni temsilcisinin kendisinin şüpheli veya sanık olması halinde bu konuda hâkim karar verir. Beden muayenesinden çekinmeye ilişkin düzenlemede, tanıklıktan çekinmeye ilişkin m. 45/2’le²⁰ paralellik sağlanmamıştır. Zira karar verme yeteneği sahip olan çocuk veya akıl hastasının beden muayenesinden veya vücuttan örnek alınmasından çekinme noktasında yetkisi kabul edilmemiştir. Ancak tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olanların görüşünün alınması benimsenmiştir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 101.). Dikkat etmek gerekirse, bu düzenleme Kanunun ve Yargıtay’ın uygulamasıyla tutarlı değildir. Zira örneğin TCK m. 103’te yer alan 15 yaş sınırını esas alarak, Yargıtay 15 yaşını bitirmiş kişilerin rızasını kabul etmekte ve bu kişilerin şikâyet hakkını tek başına kullanabileceklerini benimsemektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 101-102.). Bu nedenle, kanuni temsilci muayeneye rıza göstermezse, 15 yaşını bitirmiş çocuk şikâyetçi olsa bile beden muayenesi yapılamayacak ve yargılama sonucunda beraat kararının verilmesi söz konusu olabilecektir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 102). Bununla birlikte, aile içinde işlenen suçlarda suçun failinin ebeveynlerden biri olması veya aileden biri olması halinde, kanuni temsilcisi olarak çocuk üzerinde beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemlerinin yapılmasına şüpheli veya sanık statüsünde olmayan ebeveynlerden biri ya da her ikisi tarafından karar verilecektir. Bu halde diğer ebeveynin ya da çocuklarının cezalandırılacağı endişesiyle ebeveynlerin bu işlemlerin yapılmasına rıza göstermemeleri söz konusu olabilir (Altunkaş, 2013, s. 341; Akbulut, Temmuz 2016, s. 102; Nuhoğlu, 2006, s. 333; Kazaker, 2016, s. 193-194; Mahmutoğlu, s. 23.). Doktrinde bu sakıncalı durumdan kurtulmak için, üzerinde gerçekleştirilecek beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemlerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayacak durumda olan çocuk ve akıl hastası bakımından bu işlemlerin yapıp yapılmayacağı konusunda yetkinin, sadece kendisine bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Ayırt etme gücü olmayan çocuklar ve akıl hastaları için ise, bu yetki hâkim veya mahkemeye bırakılmalıdır (Altunkaş, 2013, s. 341-342; Akbulut, Temmuz 2016, s. 102; Nuhoğlu, 2006, s. 333; Kazaker, 2016, s. 193; Mahmutoğlu, s. 23.).

CMK’nın 76/4. maddesi ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 10/4. maddesi doğrultusunda, kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması halinde hâkim kararıyla söz

²⁰ CMK m. 45/2’e göre, “Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez”.

konusu işlemler yapılabilecek olmakla birlikte, kanuni temsilcisinin izni olmadıkça elde edilen deliller kullanılmaz (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 127; Zafer, 2007, s. 196.). Bu durumla ilgili aile içi işlenen suçlarda, özellikle cinsel suçlarda sorun yaşanacağı belirtilmektedir. Zira şüpheli veya sanık olmaktan çıkan kanuni temsilci delilin kullanılmasına izin vermezse adaletin yanıtılması söz konusu olacaktır. Bu nedenle karar verme yeteneği bulunmayan çocuklarda hâkim veya mahkemenin yetkili olduğu düzenlemesinin yapılması daha yerinde olacaktır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 103; Nuhoğlu, 2006, s. 333; Mahmutoğlu, s. 23; R. Doğan, 2019, s. 126).

Beden Muayenesinin ve Vücuttan Örnek Alınmasının Uygulamaları

Beden muayenesi yapılacak kişi öncelikle muayene için çağrılır. Muayenesi yapılacak kişi kendi gelmişse muayenesi yaptırılır, gelmezse gerekli önlemlerin alınması gerekir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18). Bu durumda kişi zorla yakalanarak doktor önüne getirilir ve muayenesi yapılır (Centel ve Zafer, 2015, s. 300; Akbulut, Temmuz 2016, s. 112.).

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinde, “*bu konuda aydınlatılmış olmaları*” ifadesi kapsamında işlem yapılmadan önce kişiye niçin beden muayenesine gerek duyulduğu, ne yapılacağı, elde edilecek delilin işlenen suç açısından önemi de açıklanmalıdır. Bu aydınlatmayı muayeneyi gerçekleştirecek hekim yapmalıdır (Akbulut, Temmuz 2016, s. 112).

Hekim muayeneyi yaparken bilirkişi sıfatıyla beden muayenesi yaptığı şüpheli veya sanığa sorular sorabilir (CMK m. 66). Ancak susma hakkı çerçevesinde şüpheli veya sanığın kendisine sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddesinde yer alan düzenlemeye göre muayeneyi kabul etmeyen kişi hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından gerekli önlemler alınır.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 20. maddesine göre, muayeneyi yapan hekim, muayene sonucu oluşturduğu raporları, üç nüsha hâlinde düzenler. Raporun düzenlendiği sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hâkimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilir. Raporun bir nüshası raporun düzenlendiği sağlık kuruluşunda kalır.

Muayene edilmesi ile vücuttan örnek alınması amacıyla sevk edilen kişi dışında başka bir kişinin muayene edilmemesi için Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli önlemler alınır. Tabip veya sağlık mesleği mensuplarınca, sevk edilen kişinin kimliği konusunda şüpheye düşülmesi halinde durumun derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 21).

Yetkili merciler tarafından verilen karar uyarınca vücuttan alınan örneklerin laboratuvar ortamında profesyonelce incelenmesi gerekmektedir. Bu husus CMK'nın 78. maddesinde “Moleküler genetik inceleme” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “(1) 75 ve 76'ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır”. Yönetmeliğin 3. maddesinde de “Moleküler genetik inceleme: gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kişilerin, kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması” şeklinde tanımlanmıştır.

Beden muayenesi ile vücuttan alınan örnek kişisel veri niteliğinde olup, başka amaçla kullanılamaz (CMK m. 78). Dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından başkasına verilemez. Bu bilgiler kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı karar verilip kesinleşmesi hallerinde

derhal, Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilir ve bu durum dosyada bulunacak şekilde geçirilir (CMK m. 80/2). İlgili Yönetmelikte beden muayenesi ile vücuttan alınan örneğin, Cumhuriyet savcısının uygun göreceği usullerle yok edileceği belirtilmiştir. Mahkûmiyet kararı verilmesi halinde elde edilen bilgilerin yok edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu bilgilerin nerede saklanacağı hususunda bir açıklama yoktur (Kaplan ve Aydın, Haziran 2016, s. 129; Özbek vd., 2015, s. 527; Sarsıkoğlu, 2013, s. 716.).

Hukuka Aykırı Beden Muayenesi ile Vücuttan Örnek Alınmanın Sonuçları ve Denetimi

CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrası gereğince, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller kullanılamamaktadır. Nitekim elde edilen delillerin kullanılabilmesi için hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olmaması gerekmektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumuna başvurulabilmesi için kanunda belirtilen şartların mutlaka yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, yetkisiz hakimin muayeneye karar vermesi, suçun belli bir ağırlıkta olması şartının gerçekleşmemesi, muayenenin kişinin sağlığını tehlikeye sokması vb. haller (Sarsıkoğlu, 2013, s. 716-717.) bu işlemleri hukuka aykırı hale getirecektir. Hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılması ise mutlak bozma sebebidir (CMK m. 289).

Gerek şüpheli veya sanık gerekse mağdur ve diğer kişiler bakımından başvurulacak olan beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemlerine ilişkin alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilecektir (CMK m. 75/6 ve 76/5). İtiraz kanun yolu asıl olmak üzere hakim kararlarına karşı olup, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna ancak bu konuda kanunda açıkça bir hüküm olması halinde gidilebilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise bu işlemlere savcılık da karar verebilmekte, fakat 24 saat içerisinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulması gerekmektedir. Aksi takdirde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır, elde edilen deliller ise kullanılmaz hale gelir (CMK m. 75/1 ve 76/1).

Hukuka aykırı olarak kuruma başvurulması nedeniyle CMK'nın 141/3. maddesine göre "Birinci fıkrada yazan haller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir". Bunun için beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması Cumhuriyet savcısının veya hâkimin talebiyle hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmişse, kişi bu fıkraya göre devletten tazminat isteyebilecektir (Dursun, 2017, s. 2983.). Kolluğun işlemlerinden dolayı da kişinin genel hükümlere göre tazminat alması söz konusu olabilecektir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 118). Kişilerin yetkili hâkim veya savcı kararı olmaksızın muayeneye tabi tutulması genital muayene suçunun oluşmasına sebebiyet verir. Genital muayene dışında kalan, hukuka aykırı şekilde gerçekleştiren beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri ise TCK'nın 86. ve 87. maddelerinde düzenlenen kasten yaralama suçü kapsamında değerlendirilebilecektir (Altunkaş, 2013, s. 343; Sarsıkoğlu, 2013, s. 717.).

Kadının Beden Muayenesi ile Vücuttan Örnek Alınması ve Değerlendirme

CMK'nın 77. maddesinde muayene edilecek kişinin kadın olmasına ilişkin özel belirleme yapılmıştır. Maddeye göre, "Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır". Aynı yönde bir hüküm Yönetmeliğin 11. maddesinde de yer almaktadır. Yönetmeliğin 11/2. maddesine göre, "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". CMK'nın 77. maddesinin gerekçesine göre ise, "Madde, kadının muayenesine ilişkin olup, genel ahlak anlayışına uygun bir düzenleme getirmiştir". Dolayısıyla, genel ahlak anlayışına göre kadının muayenesinin bir kadın hekim tarafından

yapılması daha doğru kabul edilip hükümler buna uygun şekilde düzenlenmiştir (Sancar, 2013, s. 249; Dursun, 2017, s. 2980; Centel ve Zafer, 2015, s. 307; Sarsıkoğlu, 2013, s. 709.).

Bu anlayış doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 33; Sancar, 2013, s. 252.)²¹. Bir görüşe göre, bir kadın muayene sırasında, kadın hekim talep etmezse, maddenin gerekçesindeki anlayışla olay yorumlanırsa, kadının utanma duygusunun olmadığı ve dolayısıyla ahlak anlayışında bir zaaf olduğu sonucuna varılacak demektir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 33; Sancar, 2013, s. 252.). Doktrinde, düzenlemenin nedeni olarak kadının utanma ve hayâ duyguları kabul edilmiştir (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 33; Kızıllarlan, 2007, s. 272.). Buna göre kadın özellikle de genital muayene sırasında karşı cinsten biri tarafından muayene edilmekten çekinebilir ve utanabilir. Maddeye ilişkin getirilen bir diğer eleştiri ise, maddenin başlığı ve içeriğinde yer alan cinsiyet ayrımcılığıdır. Ayrımcılık²² hem muayenesi yapılacak kişi açısından hem de hekimler açısından söz konusudur (Sancar, 2013, s. 250.). Muayene yapılacak kişi açısından duruma bakıldığında, düzenlemenin yalnızca kadınla ilgili sınırlanmasının doğru olmadığı kabul edilmelidir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 106; Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 34; Kazaker, 2016, s. 195.). Bir erkeğin de genital muayenede bir kadın hekimden utanabileceği, bundan çekinebileceği düşünülmelidir (Aynı yönde görüş için Bkz. Sancar, 2013, s. 250; Kazaker, 2016, s. 195.). Doktrinde mevcut belirlemenin erkek şüpheli, sanık veya mağdur muayenesinin talebi halinde erkek doktor tarafından yapılmasını da yasaklamadığı, bunun için de kişinin muayenesinin erkek hekim tarafından yapılmasını isteyebileceği belirtilmektedir (Şahin, 2017, s. 65; Kazaker, 2016, s. 195.). Bununla birlikte, hastanın “kendi doktorunu, sağlık personelinin, sağlık birimini özgürce/serbestçe seçme hakkı” vardır (Ünver, Nisan 2007, s. 209.). Dolayısıyla ayrımcılık (kadın-erkek ayrımı) yapılmaksızın hastalara “seçim yapma özgürlüğü” verilirken sanık, şüpheli ya da mağdur muayenesinde bunun kadınla sınırlı şekilde belirlenmemesi, istek ve imkanın varlığı halinde bu hak ve özgürlüğün verilmesi gerekmektedir.

Hekimler açısından durum değerlendirildiğinde ise, yapılan muayenenin bir arama niteliğinde değil, tıbbi bir müdahale niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Aramada kadının kadın tarafından, erkeğin erkek tarafından aranması söz konusu olabileceken, nitelik itibarıyla tıbbi müdahale niteliği taşıdığından cinsiyet ayrımcılığına yer verilmesi doğru olmayacaktır (Sancar, 2013, s. 250.). CMK'nın 77. maddesiyle esas amaç cinsel suç mağduru kadınların korunmasıdır. Zira saldırıya uğramış bir kadının, karşı cinsten bir hekim tarafından muayene edilmesi onda bir travma yaratabilir²³. İlgili maddede kanun koyucu kadının muayenesi yerine genital muayenesinden söz etmiş olsaydı, gerekçede yer alan anlayış ve utanç duygusunun engellenmesi amacı daha mantıklı düşünüle bilirdi. Ancak kanun koyucu sadece jinekolojik muayene değil kadının her türlü muayenesinde bir kadın hekim isteyebileceğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir (Sancar, 2013, s. 250.). Bunun yanında, söz konusu düzenlemenin muayeneyi yapacak hekimleri zan altında bıraktığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Erkek hekimleri güvenilmez ve mümkün olduğu ölçüde kadın hastalardan uzak tutacak bir anlayış ortaya çıkmaktadır (Aksoy İpekçioğlu, 2012, s. 33; Akbulut, Temmuz 2016, s. 107.). İfade ettiğimiz üzere, beden muayenesi tıbbi bir muayenedir. Tıbbi etik ilkelerine ve hekimlik

²¹ Sancar'a göre, genel ahlak anlayışının düzenlemenin gerekçesi olarak kullanılması, kadının hangi pozisyon biçimi koyduğu burada da belli olduğunu düşünmektedir. Bkz. Sancar, 2013, s. 252.

²² Bir görüşe göre burada ayrımcılık kadın lehine pozitif ayrımcılık ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Görüş hakkında Bkz. Sancar, 2013, s. 251.

²³ Sancar'a göre böyle bir düşünce hem düzenleme hem de maddenin gerekçesinin amacını aşmaktadır. Bkz. Sancar, 2013, s. 250, 308.

mesleğinin gereklerine uygun yapılmalıdır. Muayene yapılırken tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket edilmelidir. Muayene yapılırken, temel ilkelere riayet edilmesi ve fiziksel değerlendirme yöntemlerine uygun davranılması gerekir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 108; Sancar, 2013, s. 250.).

Kadının muayenesine ilişkin düzenlemenin kadın veya erkek ayrımı yapılmadan kişinin isteği halinde kadın veya erkek doktor tarafından muayene edilecek şekilde hüküm altına alınması ve bu yapılacak düzenlemede 11. maddenin 2. fıkrasındaki gibi belirlemeye yer verilmemesi gerekmektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 108, 120.).

Düzenleme ile ilgili bir diğer eleştiri ise, muayene edilecek kadının kadın hekim isteminin yerine getirilebilmesinin olanakların elverdiği ölçüde mümkün olmasıdır. Doktorinde katıldığımız görüşe göre, böyle bir belirlemeye yer verilmesi doğru olmamıştır. Kanunda olanaklar elverdiği ifadesi kullanıldığından, olanaklar elvermediğinde ne yapılacağına açıklığa ifade edilmesi ve hükmün kötüye kullanılmasının engellenmesi gerekmektedir (Akbulut, Temmuz 2016, s. 107; Dursun, 2017, s. 2981.). Ancak hükümde bu belirlenmemiştir. Doktrinde, kadın hekimin bulunmaması durumunda artık muayenenin erkek hekim tarafından gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir (Kazaker, 2016, s. 195; Özbek vd., 2015, s. 532.). Yönetmeliğe göre ise, kadın hekim bulunmaması halinde muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilecektir. Bu düzenlemeyle de erkek hekime güvenilmediği ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca, düzenlemenin utanma duygusuyla ilgili olduğu görüşü de burada önemini yitirmektedir. Zira muayenede kadın sağlık görevlisinin bulunmasının kişinin utanma duygusunu ortadan kaldırmayacağı ortadadır.

Mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi, yapılacak kişinin kadın olması ve bunu istemesi halinde ve olanaklar elverdiği ölçüde kadın tabip tarafından yapılacaktır (CMK m. 77, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 11). Dikkat etmek gerekirse, CMK m. 77’de ki düzenleme sadece beden muayenesine ilişkindir, vücuttan örnek alınması ile ilgili değildir. Bu durum doktrinde bir eksiklik olarak eleştirilmektedir (Kazaker, 2016, s. 196; Altunkaş, 2013, s. 346; Zafer, 2007, s. 146.).

Şüpheli veya sanık kadın, beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının rızasını gösterirse, mahkeme, hâkim veya savcının kararı olmadan işlem yapılmayacaktır (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/3). Kadın, mağdur sıfatına sahip olması durumunda ve rıza gösterirse karar alınması gerek yoktur (CMK m. 76/2, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/1). Kadının rızası yoksa Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/1). Cinsel suçlarda mağdur kadın üzerinde gerçekleştiren işlemler cinsel ilişkiyi kanıtlamaya ve faili bulmaya yönelik işlemdir. Mağdur kadın rıza göstermezse ve başka yolla suçu kanıtlamanın mümkün olmadığı durumlarda; zor işlem yapılması yerine iddianın kanıtlanamamış sayılması yerinde olacaktır (Sancar, 2013, s. 307.).

CMK’nın 76. maddesine göre diğer kişiler üzerinde muayene yapılması ve vücutlarından örnek alınması, işlemin kişilerin “sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması”na bağlıdır. Bu ifadeden yalnızca fiziksel zarar anlaşılmakta, psikolojik zarar ise burada dikkate alınmamaktadır (Sancar, 2013, s. 306.). Oysaki mağdur özellikle de cinsel saldırıya uğramış bir kadın ise, bu muayenelerde fiziksel zarardan çok psikolojik zarardan bahsetmek mümkündür. Bunun için gerçeğe ulaşmak için elde edilecek menfaatle, yapılacak işlemler sonucunda ortaya çıkabilecek zarar arasındaki oran hem fiziksel hem de psikolojik yönden ele alınıp değerlendirilmelidir (Aynı yönde görüş için Bkz. Sancar, 2013, s. 306.).

Bu itibarla özellikle cinsel suç mağduru kadının muayenesi çoğu zaman yeni travmalara yol açabilmektedir. Teknik altyapının eksikliği ve bu işlemleri gerçekleştiren kişilerden bu

konuda özel eğitim almamış olmaları sebebiyle alınan raporların doğru ve yeterli olmaması işlemlerin tekrarlanmasına, tekrarlanan işlemler ise mağdur kadının tekrar mağdur olmasına neden olmaktadır (Centel, 2013, s. 10; Altunkaş, 2013, s. 349; Sancar, 2013, s. 308.). Tekrarlanan muayeneler mağdurun ruh sağlığını bozacağından bu uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir (Sancar, 2013, s. 309.). Bunun için de öncelikle cinsel bir suç söz konusu ise, kadın hekimin jinekolog veya genital muayene deneyiminin olması aranmalıdır (Sancar, 2013, s. 308.). Bu işlemin nerede yapılacağı konusunda ne CMK’da ne de Beden Muayenesi Yönetmeliğinde düzenlemelerde açıklık bulunmaktadır. Oysaki bu işlemler vücut bütünlüğüne müdahale niteliğindeki işlemlerdir. Dolayısıyla icrası insan onuruna aykırılık teşkil etmemeli ve işlem sırasında kötü muamelede bulunulmamalıdır. İşlemlerin yapılacağı yerlerin de bu kapsamda belirlenmesi önemlidir (Altunkaş, 2013, s. 347.). İşlemler, aydınlatılmış, ısıtılmış ve gerekli aletleri ile donatılmış bir odada yapılmalıdır. Oda içerisinde tuvalet ve duş bulunmalıdır. İki ile dört saat süren işlemlerden sonra cinsel suç mağdurunun yıkanmasına imkân sağlanmalıdır. Cinsel suç mağduru olan kadınlara, bu konuda özel eğitim almış kişiler tarafından işlem sırasında refakat edilmesi gerekir. Bu durum hem işlemin daha hızlı bitmesini sağlayacak hem de işlemlerin tekrar yapılmasını engelleyecektir (Centel, 2013, s. 10; Altunkaş, 2013, s. 348-349; Sancar, 2013, s. 308.). Muayene sırasında gerçekleştirilecek sözlü aşağılamalar ve kötü davranışlar vb. olumsuzluklar, suç mağduru olan kadını suçu ihbar etmekten alıkoyabilmektedir (Sancar, 2013, s. 308.).

Sonuç

CMK’da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hükmü gereğince delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesinin yanında, kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere CMK’nun konuyu hukuki açıdan çerçevesini çizmekte, Beden Muayenesi Yönetmeliği ise kanun kapsamı dışında hareket ederek yeni düzenlemeler getirmektedir. Söz konusu düzenlemelerin kanunda açıkça düzenlenmemiş ve bu hususların yönetmelik ile düzenleme altına alınmış olması doktrinde eleştirilmektedir. Gerek şüpheli ve sanık, gerekse bunların dışında kalan kişilerin haklarında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için kanun koyucu birçok şart öngörmüştür. Hukuka aykırı olarak yapılan işlem ve elde edilen deliller kullanılmaz, kullanılması halinde mutlak bozma sebebi sayılmaktadır. “Kadının muayenesi” ise CMK’nın 77. maddesinde muayene edilecek kişinin kadın olmasına ilişkin özel belirleme yapılmıştır. Buna göre kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Kadın, şüpheli veya sanık ya da mağdur olması fark etmez. Kadın Şüpheli sanık veya mağdura böyle bir muayene söz konusu olursa elverdiği hallerde kadın hekim tarafından muayene yapılabileceğinin hatırlatılması gerekir. Bu düzenleme bir yandan kadının utanma duygusu sebebiyle incitilmemesine imkân tanınmış, diğer yandan söz konusu düzenleme doktrin tarafından birçok eleştirilere maruz kalmıştır. En önemli eleştirilerden biri söz konusu düzenlemenin cinsiyet ayırımına yol açtığı yönündedir.

Kaynakça

- Akbulut, B. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara.
- Akbulut, B. (Temmuz 2016). *Dış Beden Muayenesi*, TAAD, Y. 7, S. 27, ss. 83- 123.
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2012). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXX, S. 1, ss. 19-38, (Beden Muayenesi).
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2013). “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasa Uygunluğu”, *MÜHF-HAD, (Özel Sayı)*, C. 19, S. 2, ss. 1157-1175, (Vücuttan Örnek Alma).

- Alan Akcan, E. (2015). “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 3949- 3997.
- Altunkaş, A. (2013). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans No. 1 Ceza Hukuku*, İstanbul, ss. 301-352.
- Apiş, Ö. (2012). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *MÜHF-HAD*, C. 18, S. 1, ss. 267-296.
- Aygün, A. (2016). *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*, Erişim Tarihi: 12.06.2018, https://www.dergipark.gov.tr%2Fdownload%2Farticalfile%2F271158&usg=AOvVaw1zgWZlftHHm9CMykT_YFlz.
- Boyacı, A. (2013). “Ceza Muhakemesinde Davaya Katılma”, *İÜHFD*, C. LXXI, S. 1, ss. 157-175.
- Centel, N. (2013). “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?”, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1*, İstanbul, ss. 1-12.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul.
- Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik. (2005, 1 Haziran). Resmi Gazete (Sayı: 25832).
- Çetin, S. H. (2009). “Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, ss.1-33.
- Değirmenci, O. (2008). “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *TBBD*, S. 77, ss. 33-86.
- Doğan, R. (2019). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *TBBD*, (142), ss. 93- 132.
- Doğan, S. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara.
- Dursun, G. (2017). “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan*, C. 19, Özel Sayı, ss. 2955- 2996.
- Erem, F. (Aralık 1962). “Ceza Davasına Müdahalenin Lüzumsuzluğu”, *Adalet Dergisi*, S.11-12, ss. 1202- 1205.
- Ertuğrul, H. (2008). “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, ss. 687- 699.
- “Girişimsel Radyoloji Nedir?”, <http://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140>.
- Güngör, D. ve Bakşi, O. (2009). “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, *Adli Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 3, ss. 63- 71.
- Güngör, M. (2019). “Mağduriyetin Giderilmesi Açısından Uzlaştırma Kurumu İle Mağdur Hakları Tasarısının İncelenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, Y. 4, ss. 189-230.
- Hacıoğlu, B. C. (1994). “Türk Ceza Adalet Sistemi İçinde Suç Mağdurunun Korunması Sorununun Çözümü Üzerine Bir Deneme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, ss. 191-201.
- Hakeri, H. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara.
- İnci, Z. Ö. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://www.turkhukuk sitesi.com>
- Kafes, V. (2011). “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, *AÜHFD*, C. 60, S. 1, 2011, ss. 83-156.
- Kaplan, M. ve Aydın, Ö. (Haziran 2016). “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 3, ss. 113-134.

- Karakaş Doğan, F. (2013). “Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, *MÜHFD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2*, ss. 1007-1029.
- Karakaş Doğan, F. (Temmuz-Ağustos 2011). “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, *TBBD, C. 95*, ss. 197-234.
- Katoğlu, T. (2012). “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *AÜHFD*, 61 (2), ss. 697-702.
- Kazaker, G. (2016). “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Ceza Hukuku Dergisi, C. 11, S. 31*, ss. 173-201.
- Kızıllarlan, H. (2007). *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2014). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara.
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2006). *Ceza Muhakemesi Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul.
- Mahmutoglu, F. S. “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erişim Tarihi: 07.10.2018, <http://www.fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cd4656d7818071225.pdf>. ss. 1-25.
- Nuhoglu, A. (2006). “Beden Muayenesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2*, ss. 323-336.
- Nuhoglu, A. (Şubat 2002). “Cinsel Suç Mağduru Kadının Beyanı ve İspat”, *Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu*, ss. 49-67.
- Özbek, V. Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara.
- Pamuk, G. (2013). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Şahsi Hak Talebinde Bulunma Hakkı”, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans No. 1 Ceza Hukuku*, İstanbul.
- Sancar, T. Y. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, 1. Baskı, Ankara.
- Sarsıkoğlu, Ş. (2013). “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *ERÜHFD, C.VIII, S. 2*, ss. 693-722.
- Şahin, C. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 8. Baskı, Ankara.
- TBMM. (8 Mayıs 2015). *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*, 2. Cilt.
- Turhan, F. (2008). “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Ankara, ss.1025-1074.
- Uslu, F. (2013). “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, *Ankara Barosu Dergisi, S. 4*, ss. 243-260.
- Ünver, Y. (2003). “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, *Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet, XIII. Dünya Kriminoloji Kongresi*, İstanbul, ss. 11-71.
- Ünver, Y. (Nisan 2007). “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, *Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 1*, ss. 199-234.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara.
- Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara.

Zafer, H. (2007). “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler”, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1*, 17 Kasım 2006, İstanbul, ss. 184-208.
