

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ŞÜPHELİ/SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

Ar. Gör. Özge APİŐ*

ABSTRACT

In today's Criminal Procedure Law, physical bodily examination of the suspect or the accused and taking samples have been become considerable evidences to reach factual truth.

Therefore, conducting an internal physical bodily examination on the suspect/the accused or third parties, or taking sample from their body and making molecular-genetic tests have been codificated in Turkish Criminal Procedure Code No: 5271. Although some deficiencies, this codification, when compared with the former Criminal Procedure Code (Code No: 1412), has been significant regulations. In this article it is aimed to determine these deficiencies and point out possible solutions.

KEY WORDS

Physical bodily examination, taking sample, suspect, accused, personal data, principle of legality

ÖZET

Günümüz ceza muhakemesi hukukunda, Şüpheli/sanığın beden muayenesi ya da bu kişilerin vücudundan örnek alınması, maddi gerçeğe ulaşmak bakımından önemli deliller haline gelmiştir. Bu nedenle, Şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi, vücudundan örnek alınması ve moleküler genetik incelemeler 5271 sayılı CMK'da düzenleme alanı bulmuştur. Bazı eksikliklerine rağmen, 1412 sayılı CMUK ile karşılaştırıldığında, 5271 sayılı CMK, oldukça önemli düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu makalede, bahsi geçen eksikliklerin tespiti ve bunlara ilişkin çözümlerinin sunulması amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Vücutun muayenesi, vücuttan örnek alınması, şüpheli, sanık, kişisel veri, koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesi

I- GİRİŞ

Ceza uyumsuzluğunun sağlıklı bir şekilde çözülmesi, maddi gerçeğe ulaşılması ve yargılama sonucunda verilen kararların uygulanması, ceza muhakemesi sırasında bir takım önlemlere başvurulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle şüpheli, henüz hakkında kesin bir hüküm yokken tutuklanabilmekte, suçun işlendiği sırada kullanıldığı düşünülen eşyaya elkonulabilmekte yahut şüpheli, sanık veya diğer kişilerin ev ya da iş yerlerinde arama yapılabilmektedir¹. Öte yandan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 ila 140. maddeleri arasında, daha çok keşif ve bilirkişi incelemesi niteliğine sahip ve fakat koruma tedbiri özelliği taşıyan birtakım tedbirler de vardır².

Günümüz ceza muhakemesi anlayışı, şüpheliden delile değil, delilden şüpheliye ulaşma anlayışı içinde olduğu için, tıp bilimi ve gen teknolojilerinden yararlanmak suretiyle, şüphelilerin tespitinin daha sağlıklı bir biçimde yapılması mümkün hale gelebilmiştir³. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu da CMK'da, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin beden muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve alınan bu örneklerin genetik incelemesinin yapılmasına ilişkin düzenlemelere, CMK m. 75 ve devamı maddelerinde yer vermiştir.

İşlenen bir suçla ilişkin delil elde etmek üzere, şüpheli veya sanığın bedeni üzerindeki yara, iz veya eserleri belirleyebilmek amacıyla muayene yapılabilecek, beden boşlukları incelenebilecektir. Örneğin, cinsel saldırı suçu açısından, kişinin bu suçla maruz kalıp kalmadığı, cinsel ilişkisinin ger-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 4. Bası, Beta, Kasım, 2005, s.225.

² ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.476.

³ ÇOLAK Haluk/TAŞKIN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2007, s.322.

çekleşip gerçekleşmediği, vajinal bölgede zorlama belirtilerinin bulunup bulunmadığı yahut anüs bölgesinin kontrol edilerek fiili livata eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilebilecektir⁴.

İşlenen suçu aydınlatmaya yarayan deliller ve bu anlamda tükürük, meni, kan, kıl, kepek, deri epiteli gibi biyolojik materyaller, boğuşma, yaralama, cinayet gibi olaylarda karşılıklı olarak mağdurun ve failin cildi üzerine ya da olayın özelliğine göre çevrede bulunan diğer kişilerin üzerine bulaşmış olabilir. Yine adli vakalar sonucunda kişilerin vücudunda sıyrık, yırtık, kanama, ekimoz, kırık ve benzeri iz bırakıcı yaralanmalar meydana gelebilir. Bu izlerin tespiti ve varsa biyolojik materyallerin temini, failin kimliğinin belirlenmesi ya da olayın aydınlatılması bakımından oldukça önemlidir⁵.

Anayasa'nın 17. maddesinde belirtildiği üzere,

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Anayasa'nın 17. maddesinden anlaşılacağı üzere, insan onuruna bağlı olarak, kişinin bedenine saygı duyulması, onun hakkı olup, bu hakkın kullanılması ya da korunması, insan kişiliğine yönelen her türlü saldırıyı yasaklamak suretiyle gerçekleştirilebilir. Her ne kadar bir suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeni ve barışının tekrar sağlanması ihtiyacı ile şüpheli, sanık yahut

⁴ ÇOLAK/TAŞKIN, s.327-328.

⁵ GÜNGÖR, Devrim/BAKŞİ, Okan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, Eylül, 2009, Cilt:8, Sayı:3, s.63

üçüncü kişilerin bedenine saygı hakkı yarışmakta ise de kanuni düzenlemelerle bu iki menfaat arasında bir denge kurulmaya çalışılmalıdır⁶.

Bu nedenle, Anayasa’da belirtilen haklar, özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle ve ancak kanunla sınırlandırabileceğinden, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi CMK’nun 74, 75 ve 76. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur⁷.

Beden muayenesi ve bedenden örnek alınması koşul ve şartlarının düzenlenmesinin temelinde, işlenen bir suçun izlerinin insan bedeninde kalması üzerine, bu izlerin aranıp bulunması, delillerin anlamlandırılarak suçun aydınlatılması gerekliliği yatmaktadır⁸. Bu anlamda beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasının amacı, soruşturma ve kovuşturmayla konu olan olayla ilgili delil elde etmektir⁹. Gerçekten de suçlar çoğu zaman tanıksız bir ortamda işlendiklerinden veya tanıklar zaman zaman gerçeği ifade etmediklerinden, suçluyu kesin olarak belirlemeye yardım eden bir teknolojiye yararlanmak, maddi gerçeğe daha sağlıklı bir biçimde ulaşılmasını sağlayacaktır¹⁰. Örneğin, yutulan delilin elde edilmesi halinde¹¹ veya olay yerinde elde edilen kan ile şüpheli/sanıktan alınan kan örneği ya da mağdurenin elbisesinden elde edilen cinsel salgı ile sanıktan alınan cinsel salgı örneğinin, laboratuvarda tahlil edilerek karşılaştırılması ve birbirine uyması durumunda önemli bir delil elde edilmiş olacaktır¹².

Beden muayenesi ve bedenden örnek alınması işlemleri birbirinden farklı işlemler olduğundan, bu işlemlerin kendilerine özgü amaçlarının olduğunu ifade etmek de yanlış olmayacaktır. Nitekim, beden muayenesinde amaç, bedenin iç ve dışında (üzerinde) delil elde etmek iken, bedenden örnek

⁶ **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, 2011, s.270.

⁷ **YENİSEY, Feridun/KUNTER, Nurullah**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan, Mayıs 2011, s.326.

⁸ **CENTEL/ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.270.

⁹ **PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, 1. Cilt, Madde 1-218, Ankara, Kasım 2008, s.376.

¹⁰ **YAŞAR, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Madde 1-222, Seçkin, Ankara, 2007, s.489.

¹¹ **ÖZBEK**, s.480.

¹² **YAŞAR**, s.489.

alınması halinde, alınan örneğin olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırılması amaçlanmaktadır¹³. Bir başka ifadeyle, beden muayenesinde suçun işlenmesinin ardından bedendeki iz, eser ya da emare niteliğindeki delillerin elde edilmesi söz konusuysa, bedenden örnek alınmasında ise alınan örneğin, olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırmasının yapılması söz konusudur. Burada, kişinin bedeninden alınan örnekler (kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam, vs.¹⁴), biyolojik özellikleri tespit edilmek suretiyle, olay yerinden yahut mağdurun üzerinden elde edilen örneklerle karşılaştırılmakta, bu örneğin bedeninden örnek alınan kişiye ait olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle mevcut delillerin değerlendirilmesini sağlamaktadır. Böylece maddi olayın nasıl gerçekleştiği yahut failin kim olduğu gibi hususlar aydınlatılmış olmaktadır¹⁵. Dolayısıyla burada amaç, delil elde etmek olduğundan, deneme amacıyla insan bedeni üzerinde araştırma yapmak bu amaç dahilinde değerlendirilemez¹⁶.

II- BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından, canlı insan vücudunun tümünün veya bir kısmının izlenmesi, kontrol edilmesidir. Vücuda müdahale ise canlı insan vücudundan kan, idrar, sperm, sıvı alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına müdahale edilmesi anlamına gelir¹⁷.

¹³ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, F.Yasemin/ALAN, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2010, s.324.

¹⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s.377.

¹⁵ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271,273.

¹⁶ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.324.

¹⁷ CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, <http://nurcentel.com/makaleler/-yenitckvekadin.pdf>, s. 13. (Erişim Tarihi: 05.05.2011), MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010, s. 25

Belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda¹⁸ beden muayenesi konusunda ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Konu hakkında sadece bilirkişinin tayini başlıklı 66. maddenin 5. fıkrasında, “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle 1412 sayılı Kanun döneminde konu, doktrinde zaman zaman arama kapsamında, zaman zaman ise bağımsız bir koruma tedbiri olarak ele alınmıştır¹⁹. Ayrıca bu dönemde, son soruşturma safhası için de bir hükme yer verilmemiş, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının muayeneye ilişkin talimatı hangi koşullarda vereceği ve muayenenin hangi koşullarda yapılacağı hususları düzenlenmemiştir²⁰.

5271 sayılı Kanun'da ise vücudun iç muayenesi ve vücuttan örnek alınması, 75 ila 77. maddeler arasında düzenleme alanı bulduğundan, aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu değildir²¹.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin hukuksal niteliğinin karma bir özellik taşıdığını belirtmek gerekir²². Zira, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ve özellikle kişi dokunulmazlığına müdahale niteliği taşımakta olup²³ hem bilirkişilik ve hem de keşif özelliklerini de gösterir²⁴.

Beden muayenesi ile üst aramasının da farklı kavramlar olduğuna değinmek gerekmektedir.

Kişinin üzerinde ya da elbiselerinde bir delil araştırması söz konusuysa, üst aramasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Vücut içinde yahut

¹⁸ 20.04.1929 Gün ve 1412 sayılı Kanun. (20/04/1929 tarihli ve 1172 sayılı R.G.)

¹⁹ **CENTEL, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Armağanı, İstanbul, 1993, s.91,92.

²⁰ **GÜLSOY, Tefik/KÖK, Nezih**, Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_1.pdf adresinden, (Erişim Tarihi: 21.02.2011)

²¹ **CENTEL/ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271.

²² **ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.325.

²³ **ÖZBEK**, s.481.

²⁴ **ÇOLAK/TAŞKIN**, s.323.

yüzeyinde bir delil araştırması söz konusu ise 5271 sayılı CMK'nun 75-77. maddelerinin uygulanması gündeme gelecektir. Bunun yanı sıra üst aramasında kişi giysili olarak kontrol edilirken, beden muayenesinde kişiye giysisiz tıbbi girişimin yapılması söz konusudur²⁵.

Her ne kadar Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in²⁶ 3. maddesi gereğince, "kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi" dışı beden muayenesi olarak nitelendirilse de ağızda jilet saklanıp saklanmadığının tespiti için, tıbbi inceleme niteliğinde olmayan bakmanın arama sayılması gerektiği yönünde düşünceler de vardır²⁷.

Anayasa'nın 17. maddesine göre, "tıbbi müdahaleler ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz." O halde, beden muayenesi de beden bütünlüğüne yönelik olup, bu müdahale ancak kanuni bir temelinin olması ile mümkün olabilir²⁸. Zira ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan yasallık ilkesi, kişinin maddi ve manevi varlığına müdahalenin yasayla ve sıkı koşullara bağlı olarak düzenlenmesini zorunlu kılar²⁹.

III- BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMLARI

1) Dış Beden Muayenesi

²⁵ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.271.

²⁶ Adı geçen Yönetmelik, makalenin ilerleyen kısımlarında Beden Muayenesi Yönetmeliği olarak isimlendirilmiştir. (01/06/2005 tarihli 25832 sayılı R.G.)

²⁷ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, Ocak 2008.

²⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.922.

²⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.270.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin³⁰ tanımlar başlıklı 3. maddesine göre dış beden muayenesi, “*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini*” ifade etmektedir.

Dış beden muayenesi, 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Kanunla düzenlenmemiş olan dış beden muayenesine, Yönetmelik hükümleriyle açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Dış beden muayenesi, şüpheli/sanığın vücudunda başkalarına ait belirti yahut delillerin bulunması, vücutta iz ve yara aranması veya vücut ve organların yapısının tetkik edilmesi amaçlarıyla yapılabilir³¹. Ancak kulak, burun, boğaz ve içlerinde girişimsel yöntemlerle yapılacak bir muayene veya örnek alma işleminde, bu bölgeleri dış beden saymak mümkün olmayacaktır³².

Derinin ve bahsedilen organların genel görüntüsü, rengi, bu vücut bölgelerindeki sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, yaklaşık uzunluğu gibi hekimin basitçe gözlemleyerek kaydedebileceği bulgular dış beden muayenesi ile elde edilen inceleme sonuçlarındandır³³. Bu anlamda dış beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti işleminden de farklılık gösterir. Nitekim fizik kimliğinin tespitinde, şüpheli ve ya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri kayda alınır. Burada şüpheli ve ya sanığın bedeninde yer alan özellikleri, tıbbi inceleme maksadıyla değil, kimliğin teşhisi için incelenmektedir.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de Beden Muayenesi Yönetmeliği'ne göre dış beden muayenesi sayılmıştır³⁴. Bu anlamda örneğin,

³⁰ 01.06.2005 Tarihli, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik ifade edilmektedir.

³¹ **ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s. 279, **TURHAN, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.293.

³² **KIZILARSLAN, Hakan**, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Kızıllarlan Serisi, Ankara, 2007, s.150.

³³ **GÜNGÖR/BAKŞI**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1115.htm, (Erişim Tarihi: 05.10.2010)

³⁴ **ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326

midede herhangi bir şey bulunup bulunmadığının belirlenmesi için mide röntgeninin çekilmesi bu niteliktedir³⁵. Fakat belirtmek gerekir ki, özellikle havaalanlarında yolcuların uçağa binmelerinden önce, girişimsel olmayan görüntüleme yöntemleriyle kontrole tabi tutulması beden muayenesi niteliğinde olmayıp, önleyici arama niteliğindedir³⁶.

Belirtmek gerekir ki, bedene müdahale etmeksizin ve vücuttan da örnek almaksızın yapılan bir incelemenin var olduğu durumlarda, “bakarak inceleme”nin söz konusu olduğu ve bu gibi durumlarda “arama”ya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır³⁷. CMK’da dış beden muayenesine ilişkin hükümlere yer verilmemiş olması nedeniyle, doktrinde, bu kurum açısından arama koruma tedbirine ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerektiğini savunanlar olduğu gibi³⁸ bu durumun, dış muayeneden elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirdiğini savunanlar da vardır³⁹. Zira bu görüş taraftarlarına göre, koruma tedbirleri Kanunilik İlkesi’ne tabidirler ve kanunda açıkça düzenlendikleri takdirde uygulanabilirler. Bu konuda kıyas yapılması da mümkün değildir.

Dış beden muayenesinin yapılması konusunda karar verecek merci açısından ise Yönetmeliğin 5. maddesi gereğince, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle dış

³⁵ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.479.

³⁶ 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 7. maddesinin f bendine göre özel güvenlik görevlilerinin, “Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme” yetkileri vardır. Yine, Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik’in 22 maddesine göre, “Yolcuların ve kabin bagajlarının kargo, posta paketi ve uçağa verilen yüklerin kontrolünde; metal, el ve kapı dedektörleri, röntgen cihazları, düşük basınçlı hücre, koklama dedektörleri (patlayıcı, uyuşturucu) ve köpek kullanılır.”

³⁷ YENİSEY/KUNTER, s.328-329.

³⁸ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/ SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326, 327.

³⁹ ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s. 279.

beden muayenesinin yapılabileceği söylenebilir. Ancak buradaki “*talebiyle*” kavramının, “*kararıyla*” anlamına gelip gelmediği, bir başka ifade ile şüpheli/sanığın dış beden muayenesine, ayrı bir makam tarafından karar alınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁰.

Kanaatimizce, dış beden muayenesinin, belli ağırlıktaki suçlar açısından değil de tüm suçlar açısından kabul edilen bir kurum olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, dış beden muayenesi için ayrı bir makamın kararının alınmasına gerek bulunmamaktadır. Yönetmelik hükmü açık olup, dış beden muayenesinin Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, dış beden muayenesinin kanuni bir temeli olmayıp, yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiş olması nedeniyle, elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışmalı hale gelmiş olmasıdır. Bu nedenle, kanunda düzenleme alanı bulmaması nedeniyle zaten hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelen dış beden muayenesine kim tarafından ve nasıl karar verileceği de teorik açıdan önemini yitirmektedir.

2) İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 3. maddesine göre iç beden muayenesi, “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*” ifade etmektedir.

CMK'nun 75/4. maddesine göre, cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. Ayrıca, dış beden muayenesi kapsamında girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemi, kişinin cinsel organları ile ilgili ise iç beden muayenesinin varlığı kabul edilmelidir⁴¹. Ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında yapılan muayene, girişimsel olmamak şartıyla, iç beden muayenesi değildir⁴².

Vücuttan örnek alınması ise CMK'nun 75/1. maddesine göre, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya cinsel salgı gibi biyolojik örnekler alın-

⁴⁰ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.482.

⁴¹ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.326.

⁴² ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010, s.280.

masıdır. İdrar, mide sıvısı, saç, tükürük, tırnak, dışkı gibi benzeri örnekler de bu hükmün kapsamındadır. Dolayısıyla, madde hükmü dahilinde sayılan örneklerin sınırlı sayı ilkesi içinde değerlendirilmediğini belirtmeliyiz⁴³.

Şüpheli, sanık ya da mağdurun vücutundan örnek alınması iki nedenle söz konusu olabilir.

Birinci neden, işlendiğinden şüphe duyulan suça ilişkin delil elde etmektir. Kişilerin giysileri dışında açıkta kalan cilt bölgelerine sıçramış kan, tükürük gibi lekeler, ateşli silah kullanımı sonucu ellerde bulunabilen barut artıkları, mağdurun cinsel organlarında bulunabilecek meni salgısı, önemli nitelikte delil olabilir. Yine aynı şekilde, vücutta bulunan kıl parçaları ya da mağdur ile failin boğuşması sonucu mağdurun üzerinde kalan faile ait kan, kıl, kepek, deri hücreleri gibi maddeler delil olabilecek önemli doğal belirtilerdir⁴⁴.

İkinci neden ise karşılaştırma yapmak ihtiyacıdır. Suça konu olayla ilgili olarak elde edilmiş delil niteliğindeki bir biyolojik maddenin kime ait olduğunun tespiti, yapılacak inceleme ve analizler sonucu elde edilecek verilerin şüpheli, sanık veya mağdurdan alınan referans numunelerden elde edilecek verilerle karşılaştırılması ile mümkün olabilmektedir⁴⁵.

⁴³ **YURTCAN, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta, 2007, s.290, “Mağdurenin annesi ile uzun yıllara dayalı gayri resmi ilişkide bulunan sanığın, bu beraberliği bitirmek istemesi üzerine, mağdurenin zorla ırzına geçtiği iddiasının ortaya atıldığı, akabinde emanete alınan giysiler üzerinde rastlanan sperm örneklerinin sanığa ait olmadığına saptanması ve mağdurede darp, cebir izinin bulunmaması da nazara alındığında, sanığın aşamalarındaki istikrarlı savunmasının aksini kabule elverişli, mahkumiyetine yeterli kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine, oluşturma uygun düşmeyen yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” **Y5.CD., 12.05.2005, 2862-7321, PARLAR/HATİPOĞLU**, s.379.

⁴⁴ **GÜNGÖR/BAKŞİ**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1115.htm, (Erişim Tarihi: 05.10.2010)

⁴⁵ **GÜNGÖR/BAKŞİ**, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1115.htm, (Erişim Tarihi: 05.10.2010), “Dosya kapsamına göre; şüphelinin bulunduğu araçta ele geçen ve şüpheli tarafından içildiği kesin olarak belirlenemeyen içilmiş esrarlı sigaranın, onun tarafından içilip içilmediğinin ortaya çıkarılabilmesi için, DNA incelemesinde kullanılmak

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 23. maddesine göre, kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Bu anlamda yönetmeliğe göre, bu haller beden muayenesi ve örnek alınması tedbiri kapsamına girmeyecektir⁴⁶.

CMK'nun 75. maddesine göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

IV- ŞÜPHELİ veya SANIĞIN İÇ BEDEN MUAYENESİ ve VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ ŞARTLARI

üzere şüphelinin tükürük ve kan örneklerinin alınmasının gerekmesi ve bu delillerin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden olması nedeniyle, yukarıda belirtilen bozma kararına uygun olarak, Pendik 1. Sulh Ceza Mahkemesince 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesi uyarınca gerekli kararın verilmesinden sonra söz konusu incelemenin yaptırılarak, alınacak bilirkişi raporunun mevcut ve gerek duyulursa toplanacak diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceğinin belirlenip, takdir edilmesinin gerekmesi..." Y10.CD., 15.05.2007, 8598-5708, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

⁴⁶ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.480, "20.06.2002 tarihli suç yeri inceleme raporu içeriğinden, olay yerinde maktulün yakınında bulunan üzerinde kan lekesi ve kıl olan tahta parçası ile sigara izmariti ve mağdurun sağ avuç içinde bulunan kılın, gerekli inceleme yapılması amacıyla laboratuara gönderilmek üzere olay yeri inceleme ekibinde görevli personel tarafından alındığı anlaşılmakla, elde edilen delil ve delil niteliği taşıyan bu materyaller üzerinde inceleme yaptırıp yaptırılmadığı, yaptırılmış ise sanıklardan alınacak kan ve doku örnekleri ile elde edilen materyallerin birlikte Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı'na gönderilerek DNA analizleri yaptırılıp, sanıklara ait olup olmadığı tespit edildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerektiği düşünülmeksizin eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi..." Y 1.CD., 24.05.2004, 2333-1935, **PARLAR/HATİPOĞLU**, s.379.

1) Belli Ağırlıkta Bir Suçun İşlendiği Şüphesi

İç beden muayenesi veya bedenden örnek alınmasına, şüpheli yahut sanığın, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun faili yahut ortağı olduğu konusunda somut belirtilerin olması durumunda karar verilebilecektir. Şüpheli yahut sanığa yüklenen suç birden fazla ise söz konusu iki yıl ve daha fazla hapis cezası sınırının belirlenmesinde her bir suç birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır⁴⁷.

Bu durumda iç beden muayenesi açısından örneğin, terk, çocuk düşürme, tehdit, hakaret, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi suçlarda söz konusu tedbire başvurulamaz. Dış beden muayenesine ise her suç bakımından başvurulabilecektir⁴⁸. Bu anlamda dış beden muayenesinin yapılabilmesi için, suçun belli bir ağırlıkta olması aranmamıştır⁴⁹.

Suç şüphesi, şüpheli yahut sanığın bedenine müdahale edilmesi durumunda ortaya çıkacak ise beden muayenesine ilişkin hükümlere başvurmak gerekir. Zira, vücuda müdahalenin amacı, var olan bir şüpheyi güçlendirmek yahut çürütmek amaçlı olmalıdır⁵⁰.

Yüklenen suçun kovuşturma aşamasında niteliğinin değişmesi nedeniyle, suça karşılık gelen cezanın, iki yıllık sınırın altına inmesi durumunda beden muayenesi yoluyla elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilememesi gerekir. Ayrıca, bedenden alınan örnekler, kararın alınmasında etkili olan suç ve o suçun ispat edilmesi için kullanılabilir; başka bir suçun ispatı için kullanılması gerekiyorsa, yeni bir hakim kararı alınmalıdır⁵¹.

⁴⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

⁴⁸ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.483.

⁴⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

⁵⁰ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.276.

⁵¹ YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.4, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIdxLvl=5> (Erişim Tarihi: 01.10.2010), 2007 yılında Virginia Temyiz Mahkemesi tarafından verilen ve farklı bir yorum içeren Bayan Berry kararı bu açıdan ilgi çekicidir: 23 Haziran 1991 yılında kendisine gerçekleştirilen bir cinsel saldırı suçu üzerine Bayan

2) Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük İlkesi açısından dikkat edilmesi gereken husus, suçun ağırlığının yapılan muayeneyi/müdahaleyi haklı gösterip göstermediğidir. Muayene/Müdahale, amaca ulaşmak açısından kesin olarak zorunlu ve fiilin ağırlığı ile orantılı ise yapılmalıdır⁵². Bir başka ifadeyle, beden muayenesi ya da vücuttan örnek alınması ile elde edilecek yarar ve verilmesi imkan dahilinde olan zarar arasında bir değerlendirme yapılacaktır⁵³. Bu koşulsuz, kanun koyucunun, kişiye isnat edilen suçun belli bir ağırlıkta olmasını aramasıyla sağlanmıştır⁵⁴.

Ayrıca, nitelik olarak daha hafif olan başka bir tedbirle aynı sonuca ulaşabilmek mümkünse, bu tedbire başvurulmamalıdır; zira delil elde etmek için muayenenin zorunlu olması gerekir⁵⁵.

Berry muayeneye alınmış, vücudundan “PERK” (Physical Evidence Recovery Kit) yöntemiyle, faile ait DNA örnekleri elde edilmiştir. Bayan Berry’nin davası, 1991’den 2003 yılına kadar soruşturulamamış fakat 2003 yılının başlarında, bir başka mağdura karşı cinsel saldırı suçu işlediği gerekçesiyle Bay Anderson yakalanmıştır. Yakalama üzerine Bay Anderson’dan alınan DNA örnekleri, DNA Bankasındaki bilgilerle karşılaştırıldığında, bu örneklerin Bayan Berry’den alınan örneklerle uyduğu görülmüştür. Bunun üzerine çıkarılan arama emrine uygun olarak Bay Anderson’dan, yeni bir karşılaştırma yapmak amacıyla, bukal (oral) swap örneği alınmış, Bayan Berry’nin vajinal swaplarından elde edilen sperm kalıntılarıyla yeniden uyuma sağlanmıştır. Bay Anderson jüri tarafından suçlu bulunması üzerine Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak, bir suçun soruşturması üzerine kendisinden alınan DNA örneklerinin, bu soruşturma ile bağlantısı olmayan başka bir suçun soruşturulmasında delil olarak kullanılması nedeniyle, Anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Temyiz Mahkemesi ise diğer daire kararlarına ve Virginia Kanunu’na (Code § 19.2-310.2:1) atıfta bulunarak, “...bir suç nedeniyle yakalanması üzerine kişinin, parmak izi alınması gibi bir takım rutin işlemlere tabi tutulacağını, bunun gibi kimliğin belirlenmesinde daha açıklayıcı olan DNA örneklerinin alınması ile parmak izi alınması arasında bir fark olmadığını, makul bir sebep üzerine alınan bu örnekler bakımından, meşru bir kamu çıkarı bulunduğundan, bunlar üzerinde “dokunulmazlık”/“mahremiyet” iddiasında bulunulmasının mümkün olmadığını, söz konusu örneklerin, şüpheli/sanığın yakalandığı suçun aydınlatılmasında kullanılabileceği gibi geçmişteki ya da gelecekteki suçların aydınlatılmasında da kullanılabileceği” hükmüne varmıştır. www.courts.state.va.us/scndex.htm (Erişim Tarihi: 09.03.2012).

⁵² CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, s.81

⁵³ ÖZBEK, s.483.

⁵⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

⁵⁵ MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc, (Erişim Tarihi: 09.05.2011), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), Jalloh/Almanya kararında, uyuşturucu madde şüphelisine kusturucu madde verilerek, suç konusu maddelere ulaşılmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuş olduğu gibi, bu tür bir müdahalenin in-

3) Kararın Bulunması

Hakim, soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakimi, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkemedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da iç beden muayenesine karar verilebilir⁵⁶. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesine göre, “*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali*” gecikmesinde sakınca bulunan haldir.

Cumhuriyet savcısının bu kararı soruşturma evresinde geçerli olup, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacak, hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verecek ve onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacaktır. Böylece elde edilen delillerin kullanılması da mümkün olmayacaktır⁵⁷.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 5. maddesi doğrultusunda bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabileceğinden, karar verilmesine gerek yoktur⁵⁸.

san onurunu zedeleyici nitelikte olduğuna hükmetmiştir. Nitekim İHAM'ne göre somut olayda, delillere, bunların doğal yollarla çıkmasını beklemek suretiyle de ulaşmak mümkün iken, kusturucu kullanılmasının kabul edilmesi mümkün değildir.

http://www.fluechtlingsrat-hamburg.de/content/EUROPEANCOURTOFHUMAN-%20RIGHTS_110706.pdf, (Erişim Tarihi: 06.05.2011).

⁵⁶ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.329

⁵⁷ Hollanda'da 2001 yılında yapılan düzenleme ile gerekli olduğu hallerde, hücresel materyallerin yanılmak/aldatmak suretiyle şüpheliden alınabileceği kabul edilmiştir. Örneğin bu düzenlemeye göre, şüpheliye kollukta kahve ikram edilip, içmesinin sağlanmasının ardından geriye kalan tükürük kalıntılarının DNA analizi için kullanılması mümkündür. Söz konusu metoda ilk kez, polis ile işbirliği içinde olmayı reddeden ve içtiği sigara izmariti kullanılmak suretiyle DNA analizi yapılan Marianne Vaatstra davasında başvurulmuştur. M'CHAREK, Amade, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, www.onlinelibrary.wiley.com (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

⁵⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.277.

Şüpheli veya sanık muayeneye rıza göstermiş ise hakim veya mahkeme yahut duruma göre Cumhuriyet savcısından karar alınmasının zorunlu olup olmadığı hususunda ise gösterilen bu rızanın, karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekir⁵⁹. Zira, bir müdahaleye razı olma, insan onuru ve bir temel hakka müdahale özgürlüğünün kamu çıkarıyla sınırlı olması nedenleriyle sınırlıdır⁶⁰. Ayrıca, şüpheli ya da sanığın rızası, bu rızayı ortadan kaldıran ya da etkileyen bir çok nedenin var olduğu bir ortamda ortaya çıkmış olabilir.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/2. maddesinde, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayenelerinin yapılabileceği ya da vücutlarından örnek alınabileceği düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, Sulh Ceza Hakimi'nden istemde bulunacak ve bu istemin hukuka uygun olup olmadığı Sulh Ceza Hakimi tarafından değerlendirilecektir.

Bu anlamda iç beden muayenesi gerek istem üzerine ve gerekse de re'sen, karar alınmak suretiyle yapılabilir. Şüpheli yahut sanığın bu tür bir istemde bulunma hakkının varlığı, savunma hakkı gereğidir. Şüpheli/sanığın istemde bulunması halinde de iç beden muayenesine ilişkin diğer koşulların oluşup oluşmadığına da bakılacaktır.

Hukuka uygun bir hakim kararı varsa, şüpheli, yapılacak olan muayeneye katılmak mecburiyetindedir⁶¹. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/1. maddesinde, "*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına*

⁵⁹ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.330, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/3 maddesine göre, "*Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.*"

⁶⁰ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.279.

⁶¹ YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.4, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLv1=5>, (Erişim Tarihi: 01.10.2010).

ve 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.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bir başka ifadeyle şüpheli ya da sanık, beden muayenesine, bedeninin keşif konusu yapılmasına katlanmak zorundadır; rıza aranmamaktadır⁶². Bu kişilerin susma hakkını kullanması, kendilerine bir takım koruma tedbirlerinin uygulanmasına ya da soruşturma işlemlerinin yapılmasına engel olmaz. Zira şüpheli veya sanığın bu tür işlemlere katlanma yükümlülüğü ve buna bağlı olarak da bu işlemlere boyun eğilmediğinde işlemlere zorlanma gerekliliği söz konusudur⁶³. Ancak, muayeneye katlanma mecburiyeti, “aktif olarak yardım etmek” mecburiyetini de içermemektedir⁶⁴.

Bunun yanında, şüpheli/sanığın bedenine zorlanmak suretiyle müdahale edilmesinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte düzenlemelere yer vermesi bakımından, Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesi “Yasallık İlkesi”ne aykırılık teşkil eder niteliktedir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da beden muayenesi sonrasında elde edilen vücut örneklerinin, hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ya da yok edilmesi gerekirken yok edilmemiş veriler olmasından yararlanılarak kullanılmasının mümkün olmamasıdır. Aksi halde 5237 sayılı TCK gereğin-

⁶² Hollanda’da DNA örnekleri, 1980’lerde şüpheli/sanıktan gönüllülük esasına dayalı olarak alınmış ve ceza soruşturması/kovuşturmasında delil olarak kullanılmıştır. 1990 yılında ise, Maastricht’te görülen bir davada, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçlarının şüpheli/sanığının, DNA analizi için kan ve tükürük örneği vermek istememesi üzerine konu, Temyiz Mahkemesi’nde tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, Hollanda Anayasası’nın 11. maddesinde, kişilerin vücut dokunulmazlığının korunduğunu ve bir kimsenin vücutundan zorlama suretiyle örnek alınmasının Anayasa’nın 11. maddesinde belirtilen bu temel hakkının ihlal ettiğine ve bu tür bir DNA analizi için örnek alınmasının yasal bir düzenlemeyi gerektirdiğine hükmetmiştir. M’CHAREK, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, www.onlinelibrary.-wiley.com (Erişim Tarihi: 09.03.2012).

⁶³ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.160.

⁶⁴ ŞAHİN, *Cumhur*, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005, s.241.

ce, “*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*” ya da “*Verileri Yok Etmeme*” suçları oluşabilecek, elde edilen deliller de hakim, mahkeme ya da savcı kararı olmasına rağmen, hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, bu örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları da 5271 sayılı Kanun’un 80/1. maddesi bakımından kişisel veri niteliğinde olup bu veriler başka bir amaçla kullanılamayacak ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir.

Bunun yanında DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı hazırlanmış olsa da 5271 sayılı Kanun’un 80. maddesi, DNA Bankası kurulması bakımından çelişki oluşturacak nitelikte bir hükümdür. Zira, 80. madde ile elde edilen verilerin imhası ve bu verilerin başka bir amaç için kullanılamaz hale getirilmesi öngörülmektedir.⁶⁵ Böylece, alınan bu örnekler üzerinde, başka bir suç bakımından ileride inceleme yapılmasının engellenmiş olduğunu söylemek mümkündür⁶⁶.

4) Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

Sağlık hakkı⁶⁷, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin sağlığını kapsadığından, zarar verme ihtimalinin kişinin dış görünümü, acı duygusu ve psikolojisi açısından değerlendirilmesi gerekir⁶⁸.

Müdahale, sağlık açısından tehlike yaratmamalıdır. Burada müdahalenin türü değil, şüpheli ya da sanığın sağlık durumu belirleyicidir. Geçici ağrı yahut sıkıntılar dışında muayenenin devam süresini aşan ve beden bütünlüğü açısından önemli bir ihlal oluşturan müdahaleler yasaktır⁶⁹.

⁶⁵ ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006, s.173

⁶⁶ KOCA, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006, s.221.

⁶⁷ Sağlık hakkı, kişi bakımından sağlıklı bir ortamın oluşturulması yanında, mevcut sağlık durumunun korunması ve sağlığı bozulmuşsa iyileştirilmesi haklarını kapsar. ÇAKMUT (YENERER), Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003, s. 50.

⁶⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.276.

⁶⁹ MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

Müdahalenin, şüpheli/sanığın sağlığı açısından bir tehlikelilik hali yaratıp yaratmayacağıının, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmesi çoğu zaman imkansız olduğundan, bir başka ifadeyle bu halde tıbbi bir meselenin varlığı söz konusu olduğundan, bilirkişi olarak hekim ya da sağlık personeline başvurulmalıdır⁷⁰. Zarar verme tehlikesinin varlığı ya da yokluğu, bu işlemi yapacak kişi tarafından belirlenecektir⁷¹. Bu konuda soyut olarak bedene yapılan müdahalenin niteliği değil, somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu belirleyicidir⁷². Her tıbbi müdahalede bulunabilecek risk ve sapmalar, bu müdahalenin sağlayacağı fayda göz önünde alındığında kabul edilebilir olmalıdır. Tıbbi müdahale, somut bir sağlık sorunu yaratmamalı yahut var olan sorunu tetiklememelidir⁷³.

Delil elde etmek amacıyla, şüpheli/sanığın bedeni üzerinde cerrahi müdahalelerde bulunup bulunulamayacağı hususunda ise CMK'nun 75. maddesi dahilinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda örneğin kişi, bir uyuşturucu madde kaçakçısı olup, plastik tabletlere yerleştirdiği uyuşturucuyu yutması halinde, cerrahi müdahale⁷⁴ yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır⁷⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, 5271 sayılı Kanun'un 76. maddesinde, şüpheli ve sanık dışındaki kişiler açısından, cerrahi müdahalenin yapılamayacağı açıkça düzenlenmiş ve 75. maddesinde böyle bir hükme yer verilmemiş olması nedeniyle, şüpheli ve sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşuluyla, cerrahi müdahalenin yapılabilmesinin mümkün olaca-

⁷⁰ ÖZBEK, s.483, ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s.331.

⁷¹ YURTCAN, s.290.

⁷² MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011).

⁷³ GÜNGÖR, Devrim/BAKŞİ, Okan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, Eylül, 2009, Cilt:8, Sayı:3, s.65,66

⁷⁴ Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde cerrahi müdahale, "Tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar" olarak tanımlanmıştır.

⁷⁵ ÇOLAK/TAŞKIN, s.330.,

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 2. maddesine göre cerrahi müdahale, "tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları" ifade etmektedir.

ğı ifade edilmektedir⁷⁶. Kanaatimizce de, iç beden muayenesine ilişkin şartların var olması ve özellikle Ölçülülük İlkesi'ne aykırılık teşkil etmemesi şartıyla, şüpheli ya da sanık açısından cerrahi müdahale yöntemine başvurmak mümkün olabilecektir. Ancak burada ölçülülüğün değerlendirilmesi açısından, suç teşkil eden fiil karşılığında öngörülen cezanın miktarı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, işlediği fiilin karşılığında öngörülen ceza iki yıl olan bir kimsenin, ağır bir cerrahi operasyona tabi tutulması, ölçülü olmayacaktır.

5) Özel Kanunlarda Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Bir Hüküm Bulunmaması

5271 Sayılı Kanun'un 75/7. maddesi uyarınca, iç beden muayenesi açısından aranan bu şart, 5353 sayılı Kanun değişikliği ile getirilmiş olup, düzenleme ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/2 ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesiyle getirilen düzenlemeler kastedilmektedir.

2918 Sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu'nun 48/2. maddesine göre, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılabilir, tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenecektir.

Nitekim Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesine göre, polislin yakalama yetkisini kullandığı hallerde, uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilecektir.

5237 Sayılı Kanun'un 179/3. maddesine göre, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle “*emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde*” olmasına rağmen araç kullanan kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine aynı Kanun'un 180. maddesi, trafik güvenliğini “*taksirle*” tehlikeye sokmayı suç haline getirmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen sarhoşluk fiili ve Karayolları Trafik Kanunu'ndaki alkollü araç kullanma suçu diğer örneklerdir. Bu anlamda yukarıda belirtilen bu suç veya kabahatlerin işlendiği hususunda ma-

⁷⁶ ÇOLAK/TAŞKIN, s.330.

kul şüphe bulunduğu izlenimini veren bir hal varsa, CMK'nun 75/7. maddesinde özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş olduğundan, hakim, mahkeme ve ya Cumhuriyet savcısı kararı aranmaksızın, şüpheliden kan örneği alınabilecektir. Ancak bu şekilde alınan kan örneği, sadece yetki veren kanun kapsamındaki suçun belirlenmesi için hukuka uygunluk sebebi oluşturacak, başka suçlara ilişkin delil elde etmek gerekiyorsa, bu konuda hakimden ayrıca karar alınması gerekecektir⁷⁷.

6) Müdahaleyi Yapacak Kişi

CMK'nun 75/3. maddesine göre, iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması koruma tedbiri, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4. maddesine göre ise iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılabileceği belirtilmek suretiyle, kanun hükmünün sınırlanmış olduğunun söylenmesi mümkündür⁷⁸.

5237 sayılı TCK'nun 280/2. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, sağlık mesleği mensubu diğer bir kişiden anlaşılması gereken, dış tabibi, ebe, hemşire, hastabakıcı, sağlık memurudur⁷⁹.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, dış beden muayenesi de ancak tabip tarafından yapılabilecektir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayıldığından, bu tür incelemeler hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından gerçekleştirilebilecektir. Şüpheli veya sanığın vücuttan örnekler alınması halinde ise bu müdahale, hem 5271 sayılı Kanun'a ve hem de Yönetmelik'e

⁷⁷ YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s.3, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLv1=5>, (Erişim Tarihi: 01.10.2010/15:00).

⁷⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.280.

⁷⁹ ÇOLAK/TAŞKIN, s.332. Madde 280/2: "Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır." Şeklinde-dir.

göre ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir.

Tıbbi müdahaleler, tıp biliminin kabul ettiği yöntemlerle gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla, tıp bilimi açısından kabul görmeyen ve daha önce denenmemiş yöntemlerin şüpheli veya sanık üzerinde denenmesi yasaktır. Bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak amacıyla bu işlemler yapılamayacaktır⁸⁰.

Kadının muayenesi, CMK'nun 77. maddesi doğrultusunda, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Yine, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre, kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir. Erkek şüpheli ya da sanıklar bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ise, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan Eşitlik İlkesi bakımından tartışmaya açıktır.

Diğer yandan, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18/1. maddesine göre, *“Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.”*

Bu anlamda beden muayenesi veya bedenden örnek alınması, şüpheli veya sanığın rızası hilafına da gerçekleşebileceğinden, kişiye zor kullanılmasını da kapsayan bu halin yasa yerine yönetmelikle düzenlenmesinin yerinde olmadığını ifade etmek gerekir⁸¹.

⁸⁰ ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.281.

⁸¹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.286.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesinde ifade edilen, “gerekli önlemler alınır ibaresi” nin ihtiva ettiği zor kullanma yetkisi, Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımladığı sağlık kavramı ile çelişmektedir. ARICAN, Nadir, Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010, s. 23

Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması şüpheli/sanığın rızası ile olabileceği gibi, rızası olmaksızın gerektiğinde zora başvurulabilir. Burada zor kullanmanın sınırı olarak, 5237 sayılı Kanun'un 256. maddesi, Polis Vazife ve Salahiyeti Hakkında Kanun'un ise 16. maddesini göz önünde bulundurmak gerekir.

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler de beden muayenesine veya örnek vermeye zorlanamayacaktır. Bu halde kişi, tanıklıktan çekinme sebeplerini gerekçe göstererek muayeneden ve vücuttan örnek alınmasından kaçınabilir. Çocuk ve akıl hastalarının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Kanuni temsilci şüpheli/sanık konumundaysa, bu konuda hakim karar verir. Çocuk veya akıl hastası, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumdaysa onun da görüşü alınır.

V- TEDBİRİN HUKUKA AYKIRI OLARAK UYGULANMASININ SONUÇLARI

5271 Sayılı Kanun'un 75. maddesindeki şartlara uyulmaksızın yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilen deliller, ceza muhakemesinde kullanılamaz. Eğer 75. madde dahilinde belirtilen şartlar yerine getirilerek, elde edilen bilgiler ancak yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilir. Dolayısıyla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesi için artık gerekli olmadığı durumlarda, bu bilgilerin yok edilmesi gerekecektir⁸².

Böylece, CMK'nun 75/1. maddesinde yer alan bu düzenlemeyle, bir delil yasağına yer verilerek, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin insan hakları esaslarına uygun olması amaçlanmıştır⁸³. Ayrıca, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 38. maddesine 2001 yılında eklenen, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" hükmüyle de paralel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır⁸⁴.

⁸² MAHMUTOĞLU, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011)

⁸³ DEMİRDAĞ, Fahrettin, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şubat 2007, 1. Baskı, s.131.

⁸⁴ YURTCAN, s.290.

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda, CMK'nun m.141 ve devamında düzenlenmiş bulunan, hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacak, tazminat genel hükümler çerçevesinde talep edilebilecektir⁸⁵.

CMK'nun 75. maddesi gereğince alınacak hakim ve mahkeme kararlarına, yine CMK'nun 267. ve 271. madde hükümlerine göre itiraz edilebilecektir⁸⁶.

CMK'nun 80. maddesine göre, 75, 76 ve 78 inci maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılmayacak, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir. Aksi takdirde 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesinde düzenleme alanı bulan “*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*” veya 138. maddesinde yer alan “*Verileri Yok Etmeme*” suçları gündeme gelebilecektir⁸⁷.

Nitekim İHAM, muhakemenin beraat ya da düşme kararıyla son bulmuş olmasına rağmen, bu suçlamalara ilişkin olarak alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin muhafaza edilmeye devam edilmesinin, Sözleşme'nin 8. (Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması) ve 14. (Ayrımcılık Yasağı) maddelerine aykırı olduğu iddiasını incelediği *S. ve Harper/İngiltere* davasında, başvurucuları haklı bulmuştur. Zira Mahkeme'ye göre, bu davada da olduğu gibi, suç işlediğinden şüphe duyulan fakat bahsi geçen suçtan mahkum olmayan kişilere ait verilerin depolanması, kamu ile kişinin yarışan hakları arasında adil bir dengenin sağlanması gerekliliği nedeniyle haksızdır ve sorumlu devlet bu konuda sınırlarını aşmıştır⁸⁸.

⁸⁵ ÖZBEK, s. 484.

⁸⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s.377.

⁸⁷ ÇOLAK/TAŞKIN, s.334.

⁸⁸ İHAM, adı geçen kararında 1984 tarihli Polis ve Suç Delilleri Kanun'un 64. maddesine de değinmiştir. Mahkeme, Sorumlu Devlet'in, Kanun'un 64. maddesinin, başvuruda bulunanın parmak izi ve DNA kayıtlarının depolanması bakımından iç hukuktaki kanuni kaynağını oluşturduğu ve bu anlamda soruşturma nedeniyle alınan parmak izi ya da örneklerin, bunların alınma amaçları ortadan kalksa da depolanabileceği yönündeki savunmasına katılmıştır. Fakat Mahkeme, aynı zamanda 64. maddedeki kişisel bilgilerin depolanması şartlarının belirsiz olduğunu ve bu tedbire başvurma koşulları ve tedbirin kapsa-

Kişisel bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilecek ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilecektir. Bu durumda itiraz yolunun kullanılıp kullanılmamasına göre, kanunun itiraz kanun yolu için öngördüğü on beş günlük süre de göz önünde bulundurularak, bu süre beklenecek, süre geçmeksiz delillerin ortadan kaldırılması yoluna gidilemeyecektir⁸⁹.

SONUÇ

Çağdaş ceza yargılamasında, şüpheliden delile değil, delilden şüpheliye ulaşılması ve özellikle maddi gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkarılması, gelişen tıp bilimi ve gen teknolojilerinden yararlanmak suretiyle sağlanmaktadır. Bu nedenle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin beden muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve alınan bu örneklerin genetik incelemesinin yapılmasına ilişkin düzenlemelere, CMK'nun 75 ve devamı maddelerinde yer verilmiştir.

Bahsi geçen düzenlemeler, 1412 sayılı CMUK ile kıyaslandığında, oldukça önemli düzenlemeler getirmiş olmakla birlikte, bir takım eksikliklerin olduğunu ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, dış beden muayenesine ilişkin hükümlere, 5271 sayılı Kanunu'nda yer verilmemiş, bu muayene çeşidine ilişkin kurallar, Beden Muayenesi Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu durum ise dış muayeneden elde edilen delillerin, hukuka uygunluğunun tartışmalı hale

mı bakımından daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu Kanun'un, tedbirin süresi, verilerin muhafazası, kullanımı, bu verilere üçüncü kişilerin erişimi, verilerin bütünlüğünün ve gizliliğinin korunması, verilerin yok edilmesi ve kötüye kullanılmasının engellenmesi için asgari güvenceler getirmesi gerektiğine de değinmiştir.

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20Press%20EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2011),

⁸⁹ YURTCAN, s.291.

gelmesine neden olmakta ayrıca Kanunilik İlkesi'ne de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle dış beden muayenesinin, bir an önce kanuni bir temele kavuşturulması gerekir.

Aynı şekilde, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesine göre, 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 vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınabilecektir. Bu anlamda söz konusu önlemler, “zorlamayı” da ihtiva edebilecektir. Ancak şüpheli/sanığın bedenine zorlanmak suretiyle müdahale edilmesinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte düzenlemelerin ancak yasa ile yapılabileceği düşünüldüğünde, Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesi “Yasallık İlkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir ve bu düzenlemenin bir an önce kanuni bir zemine kavuşturulması gerektiğini belirtmek gerekir.

Bununla birlikte CMK'nun 75. maddesi düzenlemesinin kendi içerisinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliği ile Kanun arasında çelişkili ifadelerin olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira, 75. maddeye göre, vücuttan örnek alınması, şüpheli veya sanıktan alınacak örnekler bakımından biyolojik örnekler ve diğer örnekler olmak üzere ikili bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu anlamda biyolojik örnek, kan veya buna benzer örnekler, diğer örnekler ise saç, tırnak, tükürük gibi örneklerdir. Kanun Koyucu'nun “diğer örnekler” olarak yaptığı ayırımın da aslında bir çeşit biyolojik örnek olduğu düşünülürse, 75. madde kapsamında, şüpheli ya da sanıktan alınacak örnekler bakımından yapılan bu ayırımın, teorik veya pratik bir faydası bulunmamaktadır. Aynı şekilde, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal olarak tanımlanan örnek kavramı açısından da “diğer materyal” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Bu anlamda Kanun Koyucu'nun biyolojik olmayan “diğer örnek” ya da “diğer materyal”den kastının ne olduğu açık bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

Ayrıca, 75. maddenin 2. fıkrasında iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartının, “di-

ğer örnek” ya da “diğer materyal” bakımından aranmadığını, ancak Beden Muayenesi Yönetmeliği’nin 6. maddesinde, zarar verme tehlikesinin bulunmamasının vücuttan alınan tüm örnekleri kapsayacak şekilde düzenlenmiş olduğunu belirtmemiz gerekir.

Değnilmesi gereken diğer bir husus, CMK’da, gerek iç beden muayenesi ve gerekse vücuttan örnek alınması bakımından “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması” şartı aranırken, Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde, “açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi”nden bahsedilmiş olmasıdır. Beden Muayenesi Yönetmeliği bakımından temel farklılık, “öngörülebilir zarar verme tehlikesi” ifadesinden değil “açıkça” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Nitekim zarar verme tehlikesinin öngörülemezlikte olması halinde, ceza hukukunun genel kuralları gereğince zaten kişinin taksir düzeyinde dahi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu ihtimalde en fazla kaza ya da tesadüften söz edilebilir. Ancak, zarar verme tehlikesinin açık olması gerekliliği, bu müdahaleye karar veren ya da müdahaleyi yapan kişinin sorumluluk alanının daralmasını sağlamakla birlikte, aynı zamanda tedbirin uygulanmasını şüpheli/sanık aleyhine genişletmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirleri, işlenen bir suçun aydınlatılması açısından oldukça önemli tedbirler olmakla birlikte, üzerinde çeşitli müdahale ve incelemelerde bulunulacak şüpheli/sanığın hakları açısından da bir o kadar önem arz etmektedir. Nitekim, şüpheli ve sanığın da insan onuruna bağlı olarak, beden bütünlüğüne, kanuni bir zemin olmaksızın yahut yasal zeminin şartlarına uyulmaksızın müdahalede bulunulması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Zira, delil elde etme yahut olay yerinde elde edilen bir delilin şüpheli/sanıkla bağlantısını kurmak amacıyla, ya şüpheli ya da sanığın bedenindeki iz ve ya eserler araştırılacak yahut bu kişilerden kan, sperm, tükürük vs. gibi örnekler alınmak suretiyle, alınan örneğin olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırmasının yapılması suretiyle vücut dokunulmazlıkları ihlal edilecektir. Bu nedenle söz konusu tedbirlerin, yasal bir zemine kavuşmuş olmasının önemli bir gelişme olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Buna bağlı olarak da, koruma tedbiri özelliğini de gösteren kurum, CMK’nun 141. mad-

desinde düzenlenen “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” kapsamına alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ARICAN, Nadir**, *Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları*, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Bası, 2011
- CENTEL, Nur**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Armağanı, İstanbul, 1993
- CENTEL, Nur**, *Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın*, <http://nurcentel.com/-makaleler/yenitckvekadın.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2011)
- ÇAKMUT (YENERER), Özlem**, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003
- ÇOLAK Haluk, TAŞKIN, Mustafa**, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin, Ankara, 2007
- DEMİRDAĞ, Fahrettin**, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı Şubat 2007.
- GÜLSOY, Tefik, KÖK, Nezh**, *Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*, http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2005_IX_1.pdf (Erişim Tarihi: 21.02.2011)
- GÜNGÖR, Devrim, BAKŞI, Okan**, *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler*, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:3, 2009
- KIZILARSLAN Hakan**, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma*, Kızıllarlan Serisi, Ankara, 2007
- KOCA, Mahmut**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, Ocak 2008

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/-bedenmuayenesi.doc (Erişim Tarihi: 09.05.2011)

MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi, Fasikül, Yıl:2, Sayı:7, Haziran 2010

M'CHAREK, Amade, Silent Witness, Ariculate Collective: DNA Evidence and The Inference of Visible Traits, www.onlinelibrary.wiley.com (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, F.Yasemin, ALAN, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2010

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, 1. Cilt, Madde 1-218, Ankara, Kasım 2008

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006

ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2010

ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD, Yıl:1, Sayı:2, Seçkin, Aralık 2006

YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Madde 1-222, Seçkin, Ankara, 2007

YENİSEY, Feridun, KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan, Mayıs 2005

YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi,

<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>
(Erişim Tarihi: 01.10.2010)

YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 4. Bası, Beta, Kasım, 2005

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta, 2007

<http://www.courts.state.va.us/scndex.htm> (Erişim Tarihi: 09.03.2012)

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20Press%20EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2011)