

VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANAYASAYA UYGUNLUĞU

(The Legal Character of the Process of Taking Body Samples and Its Convenient to the Constitution)

Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU*

ÖZET

Ceza muhakemesinde vücuttan örnek alma, elde edilen delilleri değerlendirmek bakımından birçok soruşturma ve kovuşturma kapsamında sıkça başvurulan bir işlemdir. Vücuttan örnek alma; olaydan geriye kalan belirtilerle, şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin vücutlarından alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan bir delil değerlendirme aracıdır.

Her ne kadar delil değerlendirme aracı olarak nitelendirilen bir işlem söz konusu olsa da, CMK'da bu işlemin uygulanması sıkı koşullara bağlanmıştır. Vücuttan örnek alma işleminin salt bir soruşturma aracı mı, yoksa bir koruma tedbiri mi olduğu bazı kurumların değerlendirilmesinde ayrı bir önem taşır. Nitekim bu işlemin hukukî niteliğinin belirlenmesi; şüpheli ya da sanığın vücutundan incelemeye olanak tanıyan örneklerin "rıza olmaması" durumunda zorla alınıp alınmayacağı ve şüpheli veya sanığın AY md. 38/5'de güvence altına alınan "susma hakkı" nı ihlal edip etmeyeceği sorununa da çözüm getirecektir.

Anahtar kelimeler: Vücuttan örnek alma, Susma hakkı, İlgilinin rızası.

Abstract

Taking body sample is used for evaluating the evidence which is acquired during the investigation and prosecution in the criminal procedure.

This proceeding allows of evidence for being compared with the sample which is taken from the suspect's or accused's body.

The legal character of taking body sample is important for solving some legal questions. In fact, some authors approach it as an investigating tool; some of them consider as an safeguard which is applied for acquiring the evidence upon on judge's or prosecutor's decision.

* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The identification of legal character of it also means for the right to silence which is ensured in the Art. 38/5 of 1982 Constitution. Because if the suspect or accused do not accept for giving sample on his/her own body, it is controversial that it is taken by force or not and if it is acquired forcibly, it is broken or not the Art. 38/5 of Constitution.

Keywords: Taking body sample, Right to silence, The consent of suspect/accused

GİRİŞ

Vücuttan örnek alınması, doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale oluşturur¹. Vücut bütünlüğü, AY'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz*” hükmüyle güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre, kişinin vücut bütünlüğüne ancak tıbbi zorunluluk gerektiren hallerde ve kanunla öngörülen durumlarda müdahale edilebilir. Tıbbi zorunluluk dışında adli amaçla bir kişinin vücudundan örnek alınabilmesi için, bu konuda kanunda bir düzenleme bulunması şarttır.

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, bilirkişi tayininin düzenlendiği 66. maddesinde, hazırlık soruşturmasında muayenesi gereken kişilerin Cumhuriyet savcısının talebiyle muayenelerinin yapılabileceği öngörülmüştü. Maddede bir cümle ile düzenlenen bu hükmün özellikle şüpheli ve sanık haklarının ihlaline yol açabileceği tartışmasıdır. Zira bu hükümde doğrudan vücuda müdahale oluşturan işlemin koşulları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş değildi. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, vücuttan örnek alınmasına ilişkin önceki kanun döneminde var olan boşluğu dolduracak şekilde ayrıntılı bir düzenleme getirerek bu konudaki ihtiyaca cevap vermeye çalışmıştır.

CMK md. 75'te şüpheli veya sanığa, md. 76'da da diğer kişilere ilişkin olarak vücuttan örnek alınması hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelere yer verilmesi çok isabetli olmakla birlikte, bu hükümlerde de pek çok yeni düzenlemede olduğu gibi, bazı sorunlar göze çarpmaktadır.

Kanundaki düzenlemelere paralel olarak CMK md. 82 çerçevesinde çıkarılan “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”te² de vücuttan örnek alma işlemine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

I. TEMEL BİLGİLER

Vücuttan örnek alma işlemi, ceza muhakemesinde sıkça başvurulan işlemlerden biridir. Vücuttan örnek alma, olay yerinde ya da mağdurun bedeni, elbiseleri veya

¹ CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 262.

² Resmi Gazete'de yayınlanma tarihi: 01.06.2005, No: 25832. Metin içerisinde “Yönetmelik” olarak kısaltması kullanılacaktır.

eşyaları üzerinde bulunan belirtilerle, şüpheli veya sanıktan ya da diğer kişilerden alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan bir işlemdir. CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde, şüpheli ya da sanığın veya diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle; saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi düzenlenmiştir. Aynı hükümlere, Yönetmeliğin 6. ve 8. maddelerinde de yer verilmiştir.

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale oluşturmasına rağmen beden muayenesinden farklı bir işlemdir. Nitekim beden muayenesinde, muayenenin konusu şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedeni iken; vücuttan örnek almada, vücuttan alınan örneklerdir. Muhakeme süresince somut olay kapsamında her iki işleme aynı anda başvurulabileceği gibi, farklı zamanlarda da başvurmak mümkündür.

Vücuttan örnek alma işlemi, olay yeri inceleme faaliyetini anlamlandırmada hayati önem taşır. Olay yerinin incelenmesi, suç faillerinin ortaya çıkarılmasında en sık başvurulan araştırma faaliyetlerinden biridir. Olay yeri incelemesinde, olay yerinde veya mağdur üzerinde delil niteliği taşıyabilecek her türlü belirti toplanır, çeşitli bilimsel ve teknik yöntemler kullanılarak araştırılır; elde edilen veriler belirlenir, korunur ve değerlendirilir³.

Yapılan bir dizi faaliyet sonucunda toplanan belirtilerin, ceza muhakemesi açısından “delil” olarak nitelendirilebilmesi için bir inceleme yapmak gerekir. Bu incelemenin konusunu, elde edilen belirtiler ile suç şüphesi altında bulunan kişiden alınan örnekler oluşturur.

Vücuttan alınacak “örnek”, bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali anlatmaktadır. Kanun koyucu, şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekleri, biyolojik ve diğer örnekler olarak bir ayırımı tabi tutmuştur. Vücuttan alınacak örnekler, kan, cinsel salgı, tükürük, gaita, sümük, balgam, ter, idrar örneği ya da saç, kıl, tırnak veya deri döküntüsü olabilir⁴. Olay yerinde bulunan parmak izi, tabanca, kovan, maske, düğme, şapka, kan lekesi, saç, sigara izmariti üzerindeki tükürük, diş izi, kıl, kan ve doku gibi biyolojik belirtilerle, elde edilen örnekler karşılaştırılır ve bunun sonucuna göre de soruşturma ile kovuşturma aşamaları ivme kazanabilir⁵. Nitekim Yargıtay birçok kararında CMK md. 75'e atıfta bulunarak elde edilen belirtiler ile sanıklardan alınan örneklerin inceleme sonucundaki delil değerinden söz etmektedir⁶.

³ YÜKSELOĞLU, E. Hülya – ÖZCAN, Şebnem – CEYLAN, Beyhan, “Olay Yeri İncelemesi ve Türkiye'deki Uygulamalar”, Polis Bilimleri Dergisi 2008, 10 (1), s. 64; AÇIKGÖZ, Nihal – HANCI, İ. Hamit – ÇAKIR, A. Hadi, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, AÜHFD, Yıl: 2002, C. 51, S. 2, s. 199 vd.

⁴ ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 371; KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara 2007, s. 120 vd.

⁵ POLAT, Oğuz, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar, Ankara 2004, s. 209 vd.; YÜKSELOĞLU – ÖZCAN – CEYLAN, s. 63; AÇIKGÖZ – HANCI – ÇAKIR, s. 206.

⁶ “...kanıt olma olasılığı bulunan kar maskelerinin bu niteliğinin korunması amacıyla muhafaza altına

Kanun'da şüpheli ya da sanığın vücudundan örnek alınmasına karar vermeye yetkili merciler belirtilmiştir (CMK md. 75/1). Bu hükme göre soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının veya mağdurun istemi üzerine sulh ceza hâkimi; gecikmede sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısı vücuttan örnek alınmasına karar verebilir. Gecikmede sakınca bulunması, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması ya da kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halinde söz konusu olur (Yönetmelik md. 3). Kanun koyucu, Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan bir hal gerekçesiyle vücuttan örnek alınmasına karar verebilmesinin geçerliliğini, onay prosedürüne bağlamıştır. Şöyle ki; Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunmalı; hâkim de yirmidört saat içerisinde karar vermelidir (CMK md. 75/1)⁷. Diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasına karar vermeye yetkili merciler de CMK md. 75'e paralel olacak şekilde CMK md. 76'da düzenlenmiştir.

Vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğundan, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir denge, bir oran olmalıdır. Orantılılık (ölçülülük) koşulunun öngörüldüğü madde hükmüne göre, üst sınırı iki yıldan az hapis cezası öngörülen suçlarda, şüpheli veya sanığın vücudundan kan, saç, tırnak, tükürük ve benzeri biyolojik örnekler alına-

alınıp kar maskelerinden elde edilecek kıl, kan, parmak izi vs. gibi materyallerle, sanıklardan 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesi uyarınca örnek alınıp karşılaştırılarak sanıklara ait DNA ve parmak izi bulunup bulunmadığı saptanarak ve yakının tarafından kollukta kendisine gösterildiği ileri sürülen ancak tutanaklarda bu hususa ilişkin bir açıklama olmayan silah ile kar maskeleri Mahkemece yakına-na gösterilip anlatımı saptandıktan ve yakınının teşhisteki açıklaması dikkate alınarak gereğinde anılan maskeler ile sanıkları teşhisinin olanaklı olup olmadığı bir kez de mahkemece denetlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının takdiri yerine eksik araştırmayla yazılı biçimde karar verilmesi..." (6. **Ceza Dairesi, E. 2008/810, K. 2008/11766**).

"Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 23.08.2006 tarih ve BYL.2006/3731 sayılı Ekspertiz Raporu içeriğinden; şüpheli Yücel'den alındığı belirtilen siyah renkli lastik ayakkabı üzerinde bulunan kan örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneği ile genotip olarak uyumlu olduğu, olay yerinden alındığı belirtilen 10 adet, maktulün üzerinden alındığı belirtilen üç adet ve olay yerinden alındığı belirtilen atkı 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 aldırılarak 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. **Ceza Dairesi, E. 2007/4784, K. 2008/4432**).

⁷ TURHAN, saç, tükürük, tırnak gibi tıbbi müdahale gerektirmeden şüpheli ya da sanığın vücudundan alınabilecek örnekler, adli kolluğun da karar verme yetkisine sahip olmasının yerinde olacağını düşünmektedir. Bkz. TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)", V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1048.

maz (CMK md. 75/5, Yön. md. 6)⁸. Diğer kişilerin vücutundan örnek alınmasına ilişkin olarak şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun cezasının belli bir ağırlıkta olması şartı aranmamaktadır. Şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun cezası hangi ağırlıkta olursa olsun, delil değerlendirmek amacıyla mağdurun, tanığın, üçüncü kişilerin veya çocuğun vücutundan örnek alma işlemleri yapılabilecektir.

Yetkili merciler tarafından verilen karar uyarınca vücuttan alınan örneklerin laboratuvar ortamında profesyonelce incelenmesi gerekmektedir. Buna olanak tanıyan hükme CMK'nın 78. maddesinde "Moleküler genetik inceleme" başlığı altında yer verilmiştir. Bu hükme göre, "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". 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.

Moleküler genetik inceleme, olay yeri incelemesi ile vücuttan örnek alınması işlemlerini tamamlayan ve anlamlandıran faaliyettir. Olay yeri inceleme ekiplerince toplanan her türlü belirti, soruşturma ya da kovuşturma kapsamında ilgili kişilerden alınan örneklerle karşılaştırılır. İnceleme kapsamında iki farklı analiz yapılmaktadır: Olay yerinden elde edilen "belirti" ile şüpheli veya sanıktan alınan "vücut örneği"nin analizi⁹. Yapılan analiz, niteliği gereği uzmanlık gerektirmektedir. Şüphesiz ki bilirkişi incelemesine başvurmaksızın, elde edilen belirtilerin kime ait olduğunu belirlemek imkânsızdır¹⁰.

CMK md. 79/1'e göre; moleküler genetik incelemeler yapılmasına soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme karar verebilir. Kararda inceleme için görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

⁸ KARÇKAY, şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasını bizzat kendisinin talep etmesi durumunda, CMK md. 75/5'te yer alan yüklenen suçun üst sınırının iki yıl ya da daha fazla olması zorunluluğunun, savunma hakkını sınırladığını düşünmektedir. Bu nedenle, yazara göre şüpheli ya da sanık vücutundan örnek alınmasını talep ederse, yüklenen suçun üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirse dahi, bu işlem yine de yapılmalı; ancak elde edilen veriler şüpheli ya da sanık aleyhine delil olarak kullanılmamalıdır. Bkz. KARÇKAY, Umut, "Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S. 12, Ağustos 2007, s. 85. Aynı görüş için bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 254, 256; İNCİ, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013; TURHAN, 1043, dipnot 40.

⁹ ÖZBEK, Veli Özer, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1086; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "DNA Analizi", <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013, s. 1, 2.

¹⁰ Bilirkişi incelemesine ilişkin geniş bilgi için bkz. YILDIZ, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 273 vd.

Moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen veriler, kişisel veri niteliğindedir. Hangi amaçla elde edilmişse, bu amaç dışında kullanılamaz. Bu sonuçlar, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK md. 80/1). Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilerek dosyasında muhafaza edilir (CMK md. 80/2).

Şüpheli veya sanığın ya da diğer kişilerin vücudundan alınan örneklerin ya da olay yerinde, mağdur üzerinde bulunan belirtilerin olayı temsil etme gücü, ancak değerlendirme yapıldıktan sonra ortaya çıkabilir.

I. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale teşkil eden bir işlemdir. Ceza muhakemesinde özellikle elde edilen şahsa ait belirtilere, delil değeri tanınırken, vücuttan örnek alınması işlemine başvurmak kaçınılmazdır.

Vücuttan örnek alma işlemine başvurma amacı, var olan delilleri değerlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda şüphelinin, sanığın, mağdurun ya da üçüncü kişilerin vücudundan gerek parça, gerekse bir takım salgılar alınır ve eldeki belirtilerle karşılaştırma yapılır. Bu işlem, bedene müdahalenin diğer bir şeklini oluşturan beden muayenesinden ayrılmaktadır. Zira beden muayenesinde, şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin bedenlerinin iç ve dış yüzeyi incelenir ve tespitler yapılır¹¹.

Vücuttan örnek alınacak olan süjeler; şüpheli veya sanık, mağdur, soy bağı belirlenecek çocuk ya da üçüncü kişiler olabilir. Yapılacak işlem kapsamında bu süjelerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir.

CMK'nın sistematığına bakıldığında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümde "Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında düzenlenmiştir. Vücuttan örnek alma işlemi, kanunun "Muayene" başlıklı kısmında kaleme alınmıştır. Ancak ilgili maddelerde muayeneden daha geniş tedbirler öngörülmüştür. CMK, bu işlemleri, uygulandığı kişiler açısından bir ayırıma tabi tutarak, 75. maddede şüpheli veya sanığın, 76. maddede de diğer kişilerin beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına yer vermiştir.

Doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin hukuki niteliği tartışmalı bir konudur. Zira kanun koyucu, beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını "Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında düzenlemiş, ancak bu işlemlerin uygulanmasını koruma tedbirlerinde olduğu gibi sıkı koşullara bağlamıştır. Düzenleme bu şekilde olunca bu işlemlerin koruma tedbiri

¹¹ CENTEL – ZAFER, s. 266.

mi, yoksa bölüm başlığında sayılan diğer işlemler gibi soruşturma aracı mı oldukları tartışması gündeme gelmiştir¹². Nitekim bu bölümde düzenlenen gözlem altına alma, şüpheli veya sanığın bilincinin; ölünün adli muayenesi cansız bedeninin dış görünüşünün; otopsi de cansız bedeninin içinin incelenmesini ifade eder¹³. Keşif ise, olay yerinin, olaya ilişkin hususların beş duyu organı aracılığıyla algılanmasıdır¹⁴. Bu işlemlerin tümü nitelikleri gereği birer araştırma, soruşturma araçlarıdır. Bu işlemlerle, Kanun'un aynı bölümünde düzenlenen vücuttan örnek alma işlemi değerlendirildiğinde, bu işlemin koruma tedbirlerinin amacı olan delili güvence altına almaya yönelik olmadığı, bilâkis eldeki delilleri değerlendirmede kullanılan bir araç olduğu anlaşılır.

Kanun beden muayenesi ile vücuttan örnek almayı aynı maddede ve aynı

¹² Doktrinde ÖZTÜRK ve diğerleri, KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, ÖZBEK ve diğerleri, İNCİ, TURHAN beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını “Koruma Tedbirleri” kapsamında; TOROSLU – FEYZİOĞLU “Deliller” başlığı altında ele almaktadırlar. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F. Saygılar – ÖZAYDIN, Özdem – AKCAN, Esra Alan – ERDEM, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 493 (ÖZTÜRK ve diğerleri); KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 995 vd.; ÖZBEK, Veli – KANBUR, Mehmet N. – DOĞAN, Koray – BACAŞIZ, Pınar – TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 458 vd. (ÖZBEK ve diğerleri); ÖZBEK, s. 1085; ÖZBEK, Veli Özer, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 2, 2006, s. 366; İNCİ, www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013; TURHAN, s. 1026; TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 211. Ayrıca TOROSLU, vücut muayenesini esas itibarıyla suç delili elde etmek için başvuru bir yöntem şeklinde nitelemektedir. Bkz. TOROSLU, NEVZAT, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara 2000, s. 327.

ÜNVER – HAKERİ ise, beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını, koruma tedbiri olarak nitelemekle birlikte, Kanunun sistematığına uygun olarak delil değerlendirme araçları kapsamında inceler. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, s. 369 vd.

ŞAHİN - GÖKTÜRK de, vücuttan örnek alma işlemini beden muayenesiyle birlikte “Delillerin Toplanması” başlığı altında her iki evrede de başvurulabilecek bir işlem olarak değerlendirmektedirler. ŞAHİN, Cumhuriyet – GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku –II, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 47 vd.

CENTEL – ZAFER ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemini bedene müdahale üst başlığı altında “Delillerin Toplanması” bölümünde incelemekle birlikte; bedene müdahalenin hukuki niteliğini “karma” olarak nitelemektedir. CENTEL – ZAFER, s. 264 vd.

MAHMUTOĞLU'na göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hem koruma tedbiri, hem de bilirkişi incelemesi niteliğine sahiptirler. Bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013, s. 2.

SOYASLAN, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını soruşturma evresinde yapılan işlemler arasında değerlendirmektedir. Bkz. SOYASLAN, s. 253 vd.

¹³ KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 719, s. 623- 627.

¹⁴ CENTEL – ZAFER, s. 283.

koşullara bağlı olarak düzenlemiştir. Beden muayenesi, vücuttan örnek alınması işleminden farklıdır. Beden muayenesi şüpheli, sanık veya mağdur ya da üçüncü kişilerin bedeni üzerindeki delillerin elde edilmesine yöneliktir. Bu işlem sonucunda, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedeninde var olan deliller elde edilir. Amaç, beden üzerindeki delilleri güvence altına almaktır. Delilin kaybolmasını önleme amacı, koruma tedbirlerinin de temel amaçlarındandır.

Koruma tedbiri, *“tehlike tedbiri”* nin bir türü olup, *“tehlike”* denilen ve korkulan bir zarar ihtimaline karşı alınan tedbirdir. Tehlike tedbiri, *“tehlike”* nin yakın ve uzak olmasına göre bir ayırımı tabi tutulabilir. Tehlike uzaksa önlenmeye çalışılır; tehlike yakınsa artık bu tehlikeden korunmaya çalışılır. İlk durumda alınan tedbire önleme tedbiri; ikinci durumda ise koruma tedbiri adı verilir. İşte bedene müdahale ederken, delillerin kaybolma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmakta ve bunlar bir an önce güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle yakın tehlikeyi bertaraf edebilmek için derhal, gecikmeden tedbir alma zorunluluğu ortaya çıkar¹⁵. Beden muayenesinde de yakın tehlike delillerin kaybolmasıdır. Bu amaçla derhal tedbirin uygulanması ve delillerin elde edilmesi gerekir. Oysa ki, vücuttan örnek alma işleminde, ilgililerin vücudundan alınacak örneklerin devam eden muhakeme bakımından doğrudan bir delil değeri olmadığından, kaybolma, değiştirme, karartılma gibi delil olma özelliğini yok eden birtakım davranışlara maruz kalması söz konusu olmaz.

Beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemleri tek bir hüküm altında toplanınca, birlikte düzenlenen ve aynı koşullara bağlanan işlemlerin hukuki niteliği de tartışma konusu olmuştur. Zira bu işlemler ayrı ayrı değerlendirildiğinde farklı hukuki niteliklere sahiptirler. Ancak kanun koyucu işlemlerin uygulanmasını tek bir hükümde koruma tedbirlerine özgü koşullara bağladığından hukuki niteliklerinin karma bir yapı gösterdiği söylenebilir. Nitekim, soruşturma evresinde bilirkişi incelemesine hiçbir koşula bağlı olmaksızın Cumhuriyet savcısı karar verebilirken (CMK md. 63/3); bilirkişi incelemesi gerektiren beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına kural olarak hâkim, ancak gecikmede sakınca bulunması halinde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilir (CMK md. 75/1, md. 76/1). Bu hükümler dikkate alındığında, bu işlemlerin koşullarının koruma tedbirlerinin koşullarına paralel bir şekilde düzenlediği anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun bu başlık altında yer verdiği işlemlerin tümü nitelikleri gereği, bilirkişi incelemesi gerektiren işlemlerdir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bilirkişi incelemesinin zorunlu olduğu işlemlerdendir. CMK md. 63'e göre, *“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına ...”* karar verilebilir.

Her ne kadar vücuttan örnek alma işlemi bir koruma tedbiri niteliği taşıyorsa

¹⁵ KUNTER, s. 655-656.

da, bu işlemin uygulanma koşulları diğer soruşturma aracı olan işlemlerden daha farklı düzenlenmiştir. Farklılık, bu işleme koruma tedbiri gibi sıkı koşullar öngörülerek başvurulması ve uygulanmasındadır. Kanaatimizce kanundaki düzenleniş yeri itibariyle beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin hükme koruma tedbirleri arasında yer verilmesi daha isabetli olurdu.

II. VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ BENZER BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Elkoyma Koruma Tedbiri

Elkoyma, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasına yönelik bir koruma tedbiridir (CMK md. 123). Vücuttan örnek alma ise, şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin vücuduna ait bir örneğin alınmasına ve eldeki belirtilerle karşılaştırma yapılmasına olanak sağlayan bir işlemidir.

Elkoyma malvarlığına ilişkin bir tedbir iken, vücuttan örnek alma vücut bütünlüğüne yöneliktir. Elkoyma bir koruma tedbiridir; vücuttan örnek alma ise delil değerlendirme aracı olmasına rağmen, bu işlemin koşulları kanunda koruma tedbirlerine özgü koşullara paralel şekilde düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinde vücuda ait örnekler, incelemeye konu olmaksızın, devam eden muhakeme açısından bir anlam ifade etmezler¹⁶. Elkoymaya konu olan “eşya” lar doğrudan bir delil değerine sahip olabilirken, vücuttan alınan örnekler, mevcut delilleri değerlendirmede araç olarak kullanılırlar.

Elkoymaya konu olacak eşyalar, herhangi bir yerde olabilir. Oysa alınacak örnekler, soruşturma konusuna göre şüphelinin, sanığın ya da mağdur, tanık gibi üçüncü kişilerin bedenleri üzerinde bulunur.

Vücuttan örnek alma işlemi niteliği gereği bilirkişi incelemesi gerektirir. Elkoyma tedbiri ise, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde

¹⁶ Doktrinde ceza hukukçuları insan vücudunu, hukuki anlamda bir “mal” saymamaktadır; sadece maddi anlamda bir “eşya” olarak kabul etmektedirler. İnsan, vücudu üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir; şahsiyet hakkına sahiptir. Bu nedenle insan vücudu mal aleyhine işlenen bir suçta konu olamaz. Medeni hukukçular da insan vücudunun bir aynı hakkın konusu yapılamayacağını savunarak hukuken eşya kavramı dışında kaldığını ileri sürerler. Bu nedenle de insan vücudu üzerinde ne kanunun ne de bir başka kişinin bir hak tesis etmesi mümkün değildir. Ancak insan vücudunun bir parçasının veya vücudun ürettiği kan, ter, tükürük gibi biyolojik sıvıların vücuttan ayrılmasıyla, parça veya sıvı eşya durumuna girer. Kural olarak bu parçanın ayrıldıktan sonra, ayrıldıkları şahsın mülkiyetine tabi olacağı doktrinde kabul edilir. Bu nedenle vücuttan alınan örnekler, vücuttan ayrıldıktan sonra “eşya” olarak kabul edildiklerinden hırsızlık suçuna veya kanunda düzenlenen bir başka suçta örneğin mala zarar verme suçuna konu olabilirler. Bkz. EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 554-555; OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, s. 4-5.

zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasıyla sınırlı olarak uygulanır, herhangi bir inceleme işlemi yapılmaz.

Kanun koyucu elkoymaya ve vücuttan örnek alınmasına karar verecek makamlar bakımından da her iki tedbir arasında farklılıklar öngörmüştür. Şöyle ki; şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısının karar verebilme yetkisi, işlemin gecikmesinde sakınca bulunması¹⁷ koşuluna bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Soruşturma evresinin amiri Cumhuriyet savcısıdır, gecikmesinde sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısı şüphelinin vücutundan örnek alınmasına karar verebilir; bu kararını, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin onayına sunmak zorundadır¹⁸. Hâkim de yirmidört saat içerisinde kararını vermelidir. Aksi halde onaylanmayan karar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK md. 75/1).

CMK md. 75/1 uyarınca Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hallerde verdiği vücuttan örnek alma kararını, yirmidört saat içerisinde hâkim veya mahkeme onayına sunması zorunludur. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının verdiği kararı sulh ceza hâkiminin onayına sunması doğru olmakla birlikte, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının bu kararı vermesi ve mahkeme onayına sunması sistemin işleyişine uygun düşmemektedir. Kovuşturma aşamasında yetkili makam mahkemedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de sanığın vücutundan örnek alınmasına karar veren makam, yine mahkeme makamı olmalıdır. Zira soruşturma evresinde dosya Cumhuriyet savcısının elindedir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bir an önce eldeki belirtiyeye delil değeri tanımak amacıyla, yirmidört saat içerisinde sulh hâkiminin onayına sunma ve hâkimin de yirmidört saat içerisinde onaylama şartlarına bağlı olarak Cumhuriyet savcısına da karar verme yetkisi tanınmıştır. Oysa ki kovuşturma aşamasında, dava dosyasının içeriği mahkemenin bilgisindedir, bu nedenle bu evrede artık Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi ve bu kararı mahkemeye onaylatma koşulu, kovuşturmanın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu durum, kanun koyucunun yargıçlık ve mahkeme makamlarının hangi evrede neden yetkili olduklarını karıştırdığının bir göstergesidir¹⁹.

Diğer yandan şüpheli ya da sanık dışındaki muhakeme süjelerinin veya soy

¹⁷ Gecikmede sakınca bulunması, Yönetmeliğin 3. maddesinde, "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁸ ÖZTÜRK ve diğerleri de, gecikmede sakınca nedeniyle Cumhuriyet Savcısının beden muayenesine karar vermesine ilişkin düzenlemenin yalnızca soruşturma evresinde geçerli olduğunu savunurlar. ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 496.

¹⁹ Aynı görüş için bkz. CENTEL – ZAFER, s. 271.

bağı araştırılacak çocuğun vücudundan örnek alınmasında şüpheli ile sanık hakkında öngörülen karar alma usulü benimsenmiştir (CMK md. 76/1). Bu işlemin yapılabilmesi için mağdurun rıza göstermesi halinde ise karar alınmasına gerek yoktur (CMK md. 76/2).

Elkoyma kararını vermeye yetkili merciler ise CMK md. 127'de belirtilir. Buna göre, elkoymaya kural olarak hâkim; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri karar verebilir (CMK md. 127/1).

Kanun koyucu, vücuttan örnek almada kural olarak hâkim kararını aramaktadır. Bununla birlikte, gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği kararın yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunulmasını ve hâkimin onayı için de yirmidört saatlik bir süre koşulunu öngörüp, kolluk amirinin yazılı emri ile bu işleme başvurma yolunu kapatmıştır. Elkoyma tedbirinde ise hem Cumhuriyet savcısının hem de kolluk amirinin yazılı emrinin hâkim onayına sunulması, hâkimin de elkoymadan itibaren kırksekiz saatlik bir sürede kararını açıklaması koşul olarak öngörülmüştür. Aksi takdirde elkoyma kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (CMK md. 127/1, 3).

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alma işleminin yapılabilmesi, yüklenen suçun üst sınırının iki yıl veya daha fazla olması şartına bağlanmıştır. Orantılılık (ölçülülük) koşulunun öngörüldüğü madde hükmüne göre, yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir oran olmalıdır (CMK md. 75/5, Yön. md. 6). Oysa ki, elkoyma tedbirine başvurabilmek için soruşturulması ya da kovuşturulması yürütülen suçun belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir.

Gerek vücuttan örnek alma işleminin, gerekse elkoyma tedbirinin, uygulama alanını sınırlayan bir takım istisnalar mevcuttur. Tanıklıktan çekinme hakkını haiz olan kişiler vücuttan örnek alma işleminden kaçınabilirler (CMK md. 76/4). Elkoyma tedbirine ilişkin olarak ise tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler, delil olabilecek ya da müsadere konusunu oluşturabilecek malvarlığı değerlerini, istem üzerine göstermek ve teslim etmekle yükümlüdürler. Gösterme ve teslim etme yükümlülüğünden kaçınmak disiplin hapsinin uygulanmasına neden olur. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin kaçınması halinde ise disiplin hapsini uygulamak mümkün değildir (CMK md. 124/1, 2).

B. Fizik Kimliğin Tespiti

Fizik kimliğin tespiti, adli amaçla şüpheli veya sanığın fiziki kimliğinin tanımlanmasını sağlayan parmak ve avuç içi izinin, beden ölçülerinin, bedeninde yer alıp da teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleriyle sesinin, görüntülerinin ve fotoğraf kaydının alınmasına yönelik faaliyetlerin bütünüdür (CMK md. 81). Bu tespit, olay yeri incelemesi sırasında elde edilen birtakım belirtilerin değerlendirilmesine

yardımcı olan bir tür fişlemedir. Bu amaçla alınan izler, şüphelinin veya sanığın fizikî kimliğini ortaya koyar. Oysa vücuttan örnek alma işleminde, olay yerinde bulunan belirtilerin şüpheliye, sanığa ya da üçüncü kişilere ait olup olmadığını belirlemek üzere, bu kişilerden örnek alınması söz konusudur.

Fizik kimliğin tespitine, Cumhuriyet savcısı karar verir. Vücuttan örnek alma işleminde Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlanmıştır. Ayrıca kanun koyucu, Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hal gerekçesiyle vermiş olduğu kararın geçerliliğini, yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunması, hâkimin de yirmidört saat içerisinde kararı onaylaması koşuluna bağlamıştır (CMK md. 75/1).

Fizik kimliği tespit edilecek olan süjeler, şüpheli veya sanık konumunda olan kişilerdir (CMK md. 81). Vücuttan örnek alma işlemine ise şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişiler için de başvurulabilir (CMK md. 76).

III. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN AY MD. 38/5 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bazı suç tiplerinde vücuttan örnek alma işlemine başvurmak, delilleri anlamlandırma bakımından kaçınılmazdır. Olaydan geriye kalan ve şahsa ilişkin bir belirtinin karşılaştırılmasını sağlamak ve bu belirtiyeye delil değeri tanımak için, ilgilinin vücutundan örnek alınması gerekir.

Vücutundan örnek alınacak olan süjenin, bu işlemin yapılmasına AY md. 38/5'te yer alan "*Hiçkimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" hükmünü ileri sürerek rıza göstermemesi durumunda, bu işlemin zorla yapılabilir yapılamayacağı hususu tartışılmalıdır.

Kanaatimizce AY md. 38/5'teki hükümde geçen "*suçlayıcı beyan*" ve "*suçlayıcı delil göstermek*" ifadelerine yüklenen anlamı ortaya koymak ve vücuttan örnek alma işleminin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar vermek, konuya açıklık getirmek bakımından zorunludur.

Ceza muhakemesi hukukunda "*beyan*" bir delil çeşididir. Beyan delili, tanıktan, şüpheli ya da sanıktan elde edilebilir. Tanık, şüpheli veya sanık, her ceza muhakemesinde başvurulması kuvvetle muhtemel olan delil kaynaklarındandır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gerek şüpheli veya sanıktan, gerekse tanıklardan olayla ilgili bildiklerini anlatmaları istenir. Kanunda olayın tanığı olan kişinin, tanıklıktan çekinme haklarının bulunması durumunda (CMK md. 45, 46, 48) bu çekinme sebeplerine dayanarak, vücutları üzerinde yapılacak olan işleme rıza göstermemeleri hususu düzenlenmiştir (CMK md. 76/4).

Tartışılması gereken konu şüpheli ya da sanığın, vücutundan örnek alınarak, kendini veya yakınlarını suçlayan bir delil göstermeye zorlanıp zorlanamayacağıdır.

Bir başka deyişle, şüpheli ya da sanığın vücutundan örnek alınması, AY md. 38/5'in özünü oluşturan ve açıkça CMK md. 147'de düzenlenen ifade ve sorgu sırasında hatırlatılması zorunlu olan susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışılmalıdır.

CMK md. 147/1, (e) bendinde²⁰ susma hakkının sadece yüklenen suçla ilişkin olarak şüphelinin veya sanığın bildiklerini anlatmaktan kaçınma hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda şüpheliye ya da sanığa tanınan hak, aktif olarak olaya ilişkin bir anlatım yapmama hakkıdır. Bu nedenle şüpheli ya da sanığın, aktif herhangi bir davranışını gerektirmeyecek şekilde gerek delillerin toplanmasında, gerekse değerlendirilmesinde bedenleri inceleme konusu yapılabilir, vücutlarından örnek alınabilir²¹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun esin kaynağını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da benzer bir düzenleme mevcuttur. Şüpheli veya sanığın sağlıklarına zarar verme tehlikesi bulunmadığı takdirde rızaları olmasa dahi tıbbi kurallara göre bir hekim tarafından vücutlarından kan alınabilir veya başka türlü müdahale yapılabilir (Alman CMK md. 81a/1). Şüpheli veya sanığın, vücutlarından örnek alınması işleminde iradelerinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bu kişilerin aktif bir davranışla bu işlemleri kolaylaştırması yükümlülüğü söz konusu değildir. Şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişiler içinse, bu kişilerin rızalarının bulunmaması halinde, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için işlemin gerçekleştirilmesi gerektiği zorunlu olduğu takdirde, hakkında uygulanan disiplin para yaptırımına rağmen ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasını reddetmesi veya gecikmede tehlike bulunması halinde, alınacak özel bir hâkim kararı ile bu işlemleri yerine getirmek mümkündür (Alman CMK md. 81c/6)²².

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükme karşın, CMK'da vücutundan örnek alınması işlemine maruz kalacak olan kişinin rızasının olmaması durumunda nasıl davranılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yönetmeliğin 18. maddesinde “...şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen ... örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin ... vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır” hükmü düzenlenmiştir.

²⁰ CMK md. 147/(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

²¹ SOYASLAN, şüpheli veya sanığın vücutundan aleyhine delil olabilecek örneklerin zorla alınması işleminin AY md. 38/5'e aykırı olacağını ileri sürmektedir. Bkz. SOYASLAN, s. 256. TOROSLU da konuyu bir başka açıdan değerlendirerek, sanığın, vücudunun muayene edilmesine direnmesi halinde, kendi hakkında verilen kararlara uyma zorunluluğu bulunduğu gerekçesiyle, zorla bu yöneme başvurmayı insan haklarına aykırı bulmakta; elde edilen delilin de hukuka aykırı olacağını savunmaktadır. TOROSLU, s. 327.

²² Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesinin çevirisi için bkz. KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, İstanbul 2005, s. 365-373.

İlgili hüküm uyarınca, öncelikle, vücudundan örnek alınacak olan kişiye tedbirin içeriğinin anlatılmış olması gerekir. Buna rağmen, ilgili kişi vücudundan örnek alınmasına rıza göstermezse, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından işlemi yapabilecek ölçüde gerekli önlemlerin alınabileceği hükümde belirtilir. Gerekli önlemler; işlemi yerine getirmeyi sağlayacak, yani rıza olmasa dahi bu direnci kırmaya yetecek önlemlerin alınmasını ifade eder. O halde, ilgili kişi rıza göstermese dahi, zorla örnek almanın gerektirdiği her türlü önlem alınabilecektir. Söz konusu kişilerin rızasının bulunmamasına rağmen, orantılılık ilkesi çerçevesinde mâkul bir güç kullanılabilir²³.

Konuyla ilgili tartışılması gereken bir başka husus da, hükmün düzenlendiği hukuki metne ilişkindir. İlgilinin örnek alma işlemine karşı direnmesi durumunda, zor kullanılacağı ve gerekli önlemlerin alınacağına ilişkin hükmün kanunla düzenlenmesi gerekir²⁴. Kanun koyucu ise, bu hükmü yönetmelikte düzenlemeyi tercih etmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, ancak tıbbi zorunluluklar gerektirdiğinde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir.

Bu görüşü destekleyen bir başka husus da, vücuttan örnek alınması işleminin tıbben bir müdahale oluşturması; bu nedenle de bu işlemin tıbbi müdahalenin koşullarına tabi olmasıdır. Tıbbi müdahale koşulları arasında ilgilinin rızasının alınması koşulu vardır²⁵. Salt bu açıdan bir değerlendirme yapılırsa ilgilinin rızası olmaksızın bedene yönelik tıbbi müdahaleler hukuka aykırılık teşkil eder. İstanbul Protokolü'nde de bu koşul belirtilmiştir²⁶. Ancak Protokolde yer alan bu koşulu Anayasa'nın 17. maddesini dikkate alarak yorumlamamız ve bir sonuca ulaşmamız gerekir. Anayasa'nın 17. maddesine göre kişinin vücuduna rızası olmaksızın müda-

²³ CENTEL – ZAFER, s. 278.

AİHM de 11.7.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararında (Başvuru no: 54810/00) delil elde etmek amacıyla rıza olmamasına rağmen vücuda yapılan müdahalenin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele oluşturmaması gerektiğini belirterek, zorlamanın orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi hususuna vurgu yapmıştır. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. TURHAN, s. 1065 vd.

²⁴ Aynı görüş için bkz. CENTEL – ZAFER, s. 278.

²⁵ FİNCANCI, Şebnem Korur – YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 143 vd.

²⁶ “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu – İstanbul Protokolü”, AY md. 90/5'e göre iç hukuka dahil edilen bir belge değildir. Henüz bağlayıcılığı olmayan, ancak tavsiye niteliğinde dikkate alınması gereken bir belgedir.

Protokolde “*Bilgilendirilmiş Onam*” başlığı altında “... sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil, aklı başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidirler” görüşüne yer verilmiştir. Ayrıca Protokolde, Dünya Tabipler Birliği'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne de atıfta bulunulmuştur. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre “*Hasta yeterli bilgilendirmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir*”.

hale edilemez, ancak kanun ile buna istisna getirilebilir. O halde, ancak CMK'da ya da bir başka kanunda yer alması koşuluyla, ilgilinin rızasının yokluğu halinde bu müdahaleyi gerçekleştirmek mümkün olacaktır²⁷.

Bu bağlamda özel kanunlarda düzenlenen alkol muayenesi kapsamında vücuttan kan örneği alınmasına yönelik işlemlerin zorla yapılıp yapılamayacağı tartışılan bir diğer konudur. CMK md. 75/7'de alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin olarak *özel kanunlardaki hükümlerin* geçerli olacağı belirtilmiştir. Özellikle trafikte seyredirken polis tarafından durdurulan araç sürücüsünün alkolmetreye üflemeyi reddetmesi halinde, bu kişinin alkollü olup olmadığına karar verebilmek amacıyla hastaneye götürülmesi ve kan örneği alınması gerekir²⁸. Kişinin hastanede de bu örneği vermekten kaçınması halinde, polisin zorla bu kan örneğini aldırma yetkisi vardır. Nitekim PVSK md. 16'ya göre *“Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir”*. Zira polis, aracı kullanan kişinin alkollü olup olmadığını belirlemek ve kişi alkollü ise bunun hukuki sonuçlarını ona uygulamakla yükümlüdür. Polisin bu görevini yerine getirirken karşılaşacağı herhangi bir direnme karşısında, direnişi kırmaya yetecek oranda zor kullanma yetkisi vardır. Trafikte araç kullanırken alkolmetreye üflemeyi reddeden, sevk edildiği hastanede kan örneği vermeyi kabul etmeyen kişinin, alkollü olduğu sonucuna varmak ve TCK md. 179/3 kapsamında *“trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu”*nu işlediğini iddia etmek doğru değildir. Bu suçu işleyebilmek için araç kullanan kişinin alkolün etkisiyle aracı sevk ve idare edemeyecek halde olması ve bu şekilde araç kullanması gerekir. Araç sürücüsünün alkolmetreye üflememesi ya da kan örneği vermemesi onun alkollü olduğu sonu-

²⁷ ÜNVER – HAKERİ, s. 382; AİHM bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine ilişkin bir kararında, şüphelinin gözaltındayken zorla genital muayeneye maruz kalmasını, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kararda, Mahkeme kişinin fizik bütünlüğüne yapılan müdahalelerin kanunla düzenlenmesi, kanunda herhangi bir hüküm olmaması nedeniyle de somut olay bakımından ilgilinin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Y.E./Türkiye'ye Karşı (Başvuru no. 24209/94) Karar, Strasbourg/22 Temmuz 2003. Karar için bkz. CENGİZ, Serkan – TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, TBBD, S. 52, 2004, s. 371.

²⁸ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu md. 48/2'ye göre *“Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir”*.

Karayolları Trafik Yönetmeliği md. 97/4'e göre de *“(7)Bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile mütevaciz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi durumlarda; sürücüler adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldırma suretiyle alkol tespitleri yaptırılır. Yapılan tespitin değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurulur sonuç belirlenir ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirilir”*.

cunu doğurmaz. Polisin elinde araç sürücüsünün alkollü olduğuna dair bir rapor bulunması, direnme halinde PVSK md. 16'da düzenlenen orantılı zor kullanma yetkisine dayanarak kan örneği alınmasını sağlaması ve buna ilişkin raporu elde etmesi gerekir²⁹.

Yönetmeliğin 18. maddesinde yer alan “gerekli önlemler” alınır ifadesi tüm muhakeme süjeleri için geçerli olmasına rağmen, kanaatimizce ilgilinin rızasının bulunmaması durumunda nasıl hareket edileceğini, müdahaleye maruz kalacak kişiye göre değerlendirmek yerinde olur. Zira vücuttan örnek alma şüpheliye, sanığa ve bu kişiler dışında kalan diğer kişilere uygulanabilen işlemlerdir.

Şüpheli veya sanığın rızasının olmaması, bu kişilerin vücutlarından zorla örnek alınmasının mümkün olup olmayacağı sorununu karşımıza çıkarır. Bu sorunun çözümü muhakemenin devamı açısından son derece önemlidir.

Kanaatimizce bu işlemlerin koruma tedbiri niteliği ağır bastığından vücutundan örnek alınacak şüphelinin veya sanığın rızaları aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilir. Ancak diğer kişilerden mağdur için aynı tezi savunmak mümkün değildir. Örneğin özellikle cinsel saldırı suçlarında mağdurun genital muayenesinin yapılması ve örnek alınması gerekiyorsa, ancak mağdur bedeni üzerinde muayeneye ve örnek alınmasına rıza göstermiyorsa, zorla bu müdahaleyi yap(tır)mak doğru değildir. Zira cinsel saldırıya uğrayan kişi, hem bu suçun mağdurudur, hem de zorla bu işlemlere tabi tutularak ikinci kez mağdur durumuna düşürülmektedir. Bununla birlikte cinsel saldırıya uğradığını söyleyen mağdur bu müdahaleye rıza göstermezse, Cumhuriyet savcısının iddiayı ispat edememe olasılığı ortaya çıkabilir. Mağdur da böyle bir olasılığın çıkması halinde, müdahaleye rıza göstermemesinin sonucuna katlanmak zorundadır.

Kanaatimizce özellikle mağdur kadınların ispata ilişkin olarak vücutundan cinsel salgı alınmasını zorunlu hale getiren yönetmelikteki düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir ve bu hükmün zorunluluğu şüpheli veya sanıkla sınırlı olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir başka husus, şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasına rıza göstermesi ya da kendilerinin bu müdahalelerin yapılmasını talep etmesi halinde karar prosedürünün izlenip izlenmeyeceği konusudur. Kanunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmeliğin 18. maddesinde talep şüpheli veya sanıktan gelmişse, karar alma usulüne gerek olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının ilgili kurumdan işlemi talep etmesi yeterli olacaktır. Kovuşturma evresinde ise sanık mahkemeden talepte bulunmalı ve mahkeme de sanığı ilgili kuruma göndermelidir. Şüpheli veya sanık

²⁹ KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, kolluğun teknik cihazlar kullanarak ya da ilgili kişinin buna itiraz etmesi üzerine kan örneği olarak alkol muayenesi yapmaya yetkili olduğunu belirtmektedir. KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, s. 1013, 1023.

talepte bulunmamış fakat müdahalelere rıza göstermişse de, mutlaka karar alma sürecinden geçilmelidir (Yön. md. 18/3). Kanun koyucu, bu hükümlerle kolluğun şüpheli ya da sanığı, rıza göstermeye zorlayarak hâkim veya savcıdan karar alma usulünü bertaraf etmesini önlemiştir³⁰.

Diğer kişilerden mağdurun rıza göstermesi halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına ihtiyaç yoktur (CMK md. 76/2). Mağdur dışındaki diğer kişiler içinse, Yönetmeliğin 18. maddesinin 3. fıkrası geçerlidir. Buna göre, “... 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”.

SONUÇ

Vücuttan örnek alınması, ceza muhakemesinde sıkça başvuru alan delil değerlendirme araçlarından biridir. Bu işlem, 5271 sayılı CMK’da yer verilen ayrıntılı bir düzenlemeye hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

Vücuttan örnek alma; şüphelinin, sanığın ve diğer kişilerin vücudundan biyolojik örnek veya diğer materyalleri elde etmek amacıyla gerçekleştirilen bir işlemdir. Alınan örneklerin tek başına bir anlamı yoktur; bu örnekler eldeki belirtilerle karşılaştırılarak, bu belirtilerin delil değeri kazanmasında kullanılır. O halde, vücuttan örnek alma doğrudan delil elde etme yöntemi değil, eldeki belirtilerin anlamlandırılmasını sağlayan delil değerlendirme araçlarından biridir. Kanun koyucu, bu işlemlere Kanunun Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümünde “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığında yer vermesine rağmen, bu işlemler için koruma tedbirlerinin koşullarına paralel bir düzenleme öngörmüştür.

Vücuttan örnek alma işlemi, AY md. 38/5’te ifade edilen susma hakkını ihlal etmemektedir. Kişi vücudundan örnek alınmasına rıza gösterebilir veya göstermeyebilir. Rıza göstermemesi durumunda, vücudundan zorla örnek alınması, ilgilinin olaya ilişkin bildiklerini anlatmama hakkına hâlel getirmez. Zira şüpheli ya da sanığın susma hakkı, olay hakkında bildiklerini anlatmamasıyla sınırlıdır.

Vücuttan örnek alınmasına maruz kalacak olan şüpheli veya sanık ya da diğer kişilerin bu işleme rıza göstermemeleri durumunda, zorla vücutlarından örnek alınabileceğine ilişkin olarak kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Muhakemenin devamı açısından son derece önemli olan bu husus, Yönetmeliğin 18. maddesindeki hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hükme göre “...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”.

³⁰ ÜNVER – HAKERİ, s. 381.

Kanaatimizce vücuttan örnek alma işlemi gerçekleştirilirken koruma tedbirlerinin zorlayıcı olma niteliği gereği, ilgili kişinin vücudundan örnek alınabilecek şüphelinin veya sanığın rızaları aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilecektir. Diğer yandan mağdur için zorlayıcı tedbir uygulanması doğru değildir. Her ne kadar bu durum karşısında Cumhuriyet savcısı iddiasını ispat edememe riski ile karşılaşacak olsa da, mağduru örnek vermeye zorlamak, onu ikinci kez mağdur etmek anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Nihal – HANCI, İ. Hamit – ÇAKIR, A. Hadi, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, AÜHFD, Yıl: 2002, C. 51, S. 2, s. 199-206.
- CENGİZ, Serkan – TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, TBB, S. 52, 2004, s. 365-372.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999.
- FİNCANCI, Şebnem Korur – YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142-146.
- İNCİ, Zekiye Özen, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013.
- KARÇKAY, Umut, “Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S. 12, Ağustos 2007, s. 83- 85.
- KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara 2007.
- KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.
- KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, İstanbul 2005.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013 (**Beden Muayenesi**).

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “DNA Analizi”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atıf Tarihi: 30.04.2013
(DNA Analizi).
- OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997.
- ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray – BACAKSIZ, Pınar – TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012
(ÖZBEK ve diğerleri).
- ÖZBEK, Veli Özer, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 2, 2006, s. 357-406.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1076 – 1132.
- ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, M. Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F. Saygılar – ÖZAYDIN, Özlem – AKCAN, Esra Alan – ERDEM, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012 **(ÖZTÜRK ve diğerleri).**
- POLAT, Oğuz, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar, Ankara 2004.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- ŞAHİN, Cumhur – GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 2. Baskı, Ankara 2013.
- TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesi’nde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1025 – 1075.
- ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013.
- YÜKSELOĞLU, E. Hülya – ÖZCAN, Şebnem – CEYLAN, Beyhan, “Olay Yeri İncelemesi ve Türkiye’deki Uygulamalar”, Polis Bilimleri Dergisi 2008, 10 (1), s. 61-80.
- YILDIZ, Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 273-345.

