

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI*

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

Yunus Emre BAĞLAR**

Geliş Tarihi: 10.06.2020

Kabul Tarihi: 04.12.2020

ÖZET

Günümüzde bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmeler ceza muhakemesi hukukumuzu da etkilemektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri de bu gelişmelerin ışığında mevzuatımızda yer edinen ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayan tedbirler arasındadır. Mülga 1412 sayılı CMUK'a göre 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenen muayene ve örnek alma işlemleri, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi sebebiyle ayrıca önem arz etmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde muayene ve örnek alma kavramlarının mevzuatımızda ve doktrinindeki duruşlarından bahsedilmiş, ikinci bölümde de tedbirin hukuki niteliği tartışılmıştır. Üçüncü bölümde tedbirin uygulanma koşulları şüpheli ve sanık ile diğer kişiler açısından ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Yine özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümler, soy bağı tespit edilecek çocuk ve tanıklıktan çekinme gibi özellik arz eden durumlar ayrıca incelenmiştir. Dördüncü bölümde tedbirin uygulanmasında rıza sorunu "nemo tenetur" ilkesi ışığında tartışılmıştır. Beşinci bölümde elde edilen verilerin akıbeti ve bu verilerin başka ceza muhakemesi işlemlerinde kullanılması hususlarında açıklamalar getirilmiştir. Son bölümde ise itiraz kanun yoluna ilişkin değerlendirmelerde bulunularak makale nihayete erdirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: beden muayenesi, vücuttan örnek alma, kişinin rızası, delil

ABSTRACT

In the modern day, the developments in science and technology effects our law on criminal procedure among other things. Physical examination and taking samples from the body processes are also among the injunctions that take place in our legislation and contribute to reveal tangible reality in the light of these developments. According to Former Law Period, examination and sample taking processes which were issued in more detail in 5271 numbered Law on Criminal Procedure present an exclusive importance in regard of concerning closely the individual rights and freedoms. In the first chapter of our study, the corresponding meanings of examination and sample taking concepts in our legislation and doctrine have been mentioned and in the second chapter, the legal eligibility of injunction has been discussed. In the third chapter, terms of the application of injunction has been approached under separate titles in terms of the suspect, the defendant and the other individuals. Also, the provisions regarding on conditions which are present importance such as breath test and blood drawing in the special law, paternity determination test for the kid and exemption from testifying. In the fourth chapter, the consent issue on the applying of injunction has been discussed under the light of "nemo tenetur" principle. In the fifth chapter, explanations have been made on the matters of the consequence of obtained data and using these data in other criminal procedures. In the last chapter, the article has been brought to an end by making evaluation regarding on objection by law.

Keywords: physical examination, taking body sample, consent of the individual, evidence

* Bu makale Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yürütülen "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Adıyaman Cumhuriyet Savcısı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, e posta: emrebaglar94@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0755-8923.

GİRİŞ

İtham ve tahkik sistemlerinin zamanla etkisini yitirmesi ile karma sistem olarak adlandırılan ceza muhakemesi anlayışı etkisini göstermeye başlamıştır. Bu sistemde, savcılık teşkilatının yapısının güçlendirilmesi ile delillerin tespiti, temini ve yorumlanması hususlarında farklı bakış açıları ortaya çıkmıştır.¹ Günümüzde; bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin ceza muhakemesini de etkilemesi sebebiyle delilden şüpheliye gitme anlayışı yerleşmiştir.² Ayrıca bu gelişmelerin bir sonucu olarak suçun aydınlatılmasında kullanabileceğimiz veriler çeşitlenmiş ve bu verilere daha rahat erişim sağlanması mümkün hale gelmiştir.³

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe giden yolda suça konu olayın aydınlatılmasını kolaylaştırmak ve muhakeme sonucunda verilecek kararların etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek için bazı tedbirlere de başvurulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen bu tedbirlerin bazıları, aynı zamanda keşif ve bilirkişi niteliği de taşımaktadır.⁴ Adli Tıp bilimindeki gelişmelerin ışığında özünde bir bilirkişilik faaliyeti olan muayene ve örnek alma işlemleri, suça konu olayın aydınlatılmasında daha etkin bir şekilde kullanılmaktadır.⁵

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında büyük önem arz eden delillerin temini, bilimdeki gelişmeler ile birlikte daha da kolaylaşmıştır. Ayrıca bilimin ışığında ceza muhakemesi sistemimizde yer edinen modern koruma tedbirleri ile birlikte neticeye daha hızlı ve etkili bir şekilde ulaşmak mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hüküm, bu amaca hizmet etmektedir. Yine olay yerinden elde edilen bulgular ile muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek delillerin karşılaştırılması neticesinde, teknolojik gelişmelerin de katkısıyla doğruluk oranı yüksek sonuçlar alınabilmektedir.⁶

Muayene ve örnek alma işlemleri kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmektedir. Bu durumda konunun anayasal boyutu karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerinin, muayene ve örnek alma

¹ Hakan Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi ve Örnek Alma*, Kızıllarslan Serisi 1, Ankara, 2007, s.26

² Ferhat Karabulut/ Ersin Karapazarlıoğlu/ Hamza Tosun, "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı", *TBB Dergisi*, S.120, 2015, s.409

³ Mahmut Kaplan/ Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, 2016, s.114

⁴ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.257-258

⁵ Kızıllarslan, s.26

⁶ Aydın Aygün, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016, s.50

tedbiri düzenlenirken göz önünde bulundurulması zorunludur. Bu sebeple 1412 sayılı CMUK döneminde konumuz olan tedbire ilişkin düzenleme yeterli güvenceyi sağlamaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu husus yalnızca metin üzerinde bir eksiklik olarak kalmamış, tedbirin ifasında da bütünlüğün sağlanmasını engellemiştir.⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 76. maddelerinde muayene ve örnek almaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca "*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik* te" de muayene ve örnek alma işlemleri ele alınmıştır. CMK'da muayenenin yanında vücuttan örnek alınması da düzenlenmiştir. Ayrıca konu, 5271 sayılı CMK'da daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu sebeple her ne kadar eksiklikler olsa da; CMK'nın mülga CMUK'a göre daha güvenceli bir usulü benimsediğini söylemek doğru olacaktır.⁸

I. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMLARI

Muayene ve örnek almaya ilişkin hükümler, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda Birinci Kitap, Üçüncü Kısım ve Üçüncü Bölümde, "*Gözlem Altına alma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığı altında düzenlenmiştir. Madde başlığında vücuttan örnek alınması kavramının mevcut olmadığı gözümüze çarpmaktadır. Ancak CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması birlikte ele alınmıştır. CMK'nın 77. maddesinde ise kadının muayenesine ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcuttur. Muayene işlemleri; iç ve dış beden muayenesi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ayrıca tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından da bir ayırım söz konusudur. Kanun koyucu şüpheli ve sanık ile diğer kişiler bakımından ayrı maddelerde düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin ise kanunda bir hüküm bulunmayıp, bu husus tamamıyla Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

5353 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değişiklik yapılmadan önce CMK'nın 75. maddesinde "bedenin tıbbi muayenesi" kavramı kullanılırken değişiklik sonrası metinde; "şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması" kavramları kullanılmıştır.⁹ Her ne kadar 5271 sayılı CMK'da genel olarak beden muayenesi

⁷ Tevfik Gülsoy/Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1-2, 2005, s.10

⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.2, 2013, s.1158

⁹ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.237

kavramı kullanılsa da; konumuz ile ilgili kavram konusunda kanun ve yönetmelikte bir bütünlüğün olmadığını söylemek doğru olacaktır. CMK'nın 75. maddesinde “beden muayenesi” tabiri karşımıza çıkmaktadır. CMK'nın 76. maddesinde ise “vücut” kelimesi kullanılmıştır. Devamında yine CMK'nın 81. maddesinde bu kez de “beden” kavramını görmemiz mümkündür. Ayrıca CMK'nın 82. maddesi uyarınca yürürlüğe giren Yönetmelik'te de kimi zaman “beden muayenesi” kavramı kullanılırken; kimi zaman da “vücut muayenesi” kavramı tercih edilmiştir. Her ne kadar beden ve vücut kavramları birbiri ile hemen hemen aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da; hem kanunda hem de yönetmelikte kavramsal tutarlılığın sağlanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.¹⁰

Muayene kavramı; “Bir kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma, sağlık muayenesi, gözden geçirme, araştırma, yoklama, kontrol” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹ Beden kavramı ise; “Canlı varlıkların maddi bölümü, vücut ve vücudun, baş, kol ve bacak dışında kalan bölümü, gövde” şeklinde ifade edilmiştir.¹² Yönetmelik'te bedenın tıbbî muayenesi; “Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler” şeklinde tanımlanmıştır. Mevzuatımızda iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmiş olması sebebiyle Yönetmelik'teki buna ilişkin tanımlar da önem arz etmektedir. Buna göre dış beden muayenesi; “Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi, İç beden muayenesi; Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” şeklinde açıklanmıştır. Tıp literatüründe iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrımın olmaması ve yönetmelikle kanunda kavramsal bütünlüğün bulunmaması, kavramların seçiminde özensiz davranıldığını göstermektedir.¹³

Ayrıca her ne kadar vücuttan örnek alınması ve iç beden muayenesi CMK'da aynı maddelerde ele alınmış olsa da; bunlar aynı işlemler şeklinde algılanmamalıdır. Öncelikle muayene işleminin konusu; tedbirin uygulandığı şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenleridir. Vücuttan örnek alınmanın konusu ise; işlem neticesinde elde edilecek örneklerdir. Ayrıca iç beden muayenesi ve örnek alma işlemlerine muhakemede eş zamanlı ihtiyaç duyulabileceği gibi bu işlemlerin farklı zamanlarda da uygulanması mümkündür.¹⁴ Kişinin vücudundan alınacak örnekler; kan, gaita, cinsel salgı, tükürük, saç, kıl, idrar

¹⁰ Kızıllarslan, s.19-20

¹¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim tarihi: 06/10/2019

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2019

¹³ Kızıllarslan, s.22

¹⁴ İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu, s.1159

olabilir.¹⁵ Bu noktada CMK’da ve Yönetmelik’te herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bu haliyle kişinin vücudundan alınabilecek örnekler hususunda sınırlı sayıda olma ilkesinin esas alınmayacağı söylenebilir.¹⁶

Doktrinde kavramların nasıl ele alındığına göz atacak olursak; Centel konumuz olan tedbir hakkında “vücudun muayenesi” kavramını kullanmış ve bunu; “Yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanması” şeklinde ifade etmiştir.¹⁷ Nevzat Toroslu da “vücudun muayenesi” kavramını kullanmıştır.¹⁸

Özbek; “ İç organlarda yapılan muayene ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde yapılan muayene ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesini de dış beden muayenesi” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹

İpekçioğlu beden muayenesini tanımlarken “inceleme” kavramını kullanarak; “Bedenin dış yüzeyinin ve içerisinin tıbbi yöntemlerle incelenmesi” şeklinde tanımlamıştır. Vücuttan örnek alınmasını ise; “Şüphelinin, sanığın, mağdurun, üçüncü kişilerin veya soy bağı belirlenecek olan çocuğun vücudundan kan, tükürük, saç, tırnak ve benzeri biyolojik örnekler alınması” şeklinde tanımlamıştır.²⁰

Öztürk/ Kazancı/ Güleç “beden muayenesi” kavramını kullanarak; “Bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılması” şeklinde tanımlamıştır.²¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu ise; “şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması” şeklinde ifade etmiştir.²²

¹⁵ Kızıllarlan, s.120

¹⁶ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.337

¹⁷ Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, *Polis Dergisi*, S.44, 2005, s.13

¹⁸ Nevzat Toroslu, *Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etme Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler*, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara, 2000, s. 327

¹⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.458

²⁰ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.70, S.19, 2012, s.21

²¹ Bahri Öztürk/ Behiye Eker Kazancı/ Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.214

²² Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2010, s.889

Hem mevzuatımızda hem de doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin kavramsal bir bütünlüğün bulunmadığını söylemek doğru olacaktır. Yine muayene için beden, örnek alma için vücut kavramlarının kullanılmasının bilimsel temelde bir açıklaması bulunmamaktadır. Kanaatimizce kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren muayene ve örnek almaya ilişkin kavramların özensiz seçilmesi, ceza muhakemesi hukukumuzun bilimselliğine de zarar vermektedir. Ayrıca şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunla değil de yönetmelik ile hüküm altına alınması, Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin, kişilik haklarının korunmasının kapsamını genişleteceği düşüncesindeyiz.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının 5271 sayılı CMK'da "gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi" başlığı altında düzenlenmesi, işlemin hukuki niteliği noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir.²³ Bu müdahaleler, hâkim açısından keşif incelemesi olarak düşünülebilirken, işlemi uygulayan hekim bakımından bir bilirkişilik faaliyeti şeklinde ele alınabilir. Ayrıca muayene ve örnek alma işlemlerindeki amacın delil elde edilmesi olduğu göz önüne alındığında; bu işlem, kararın uygulanmasının takibini yaparak sonuçlarını adli makamlara ileten kolluk birimleri bakımından da bir delil toplama faaliyeti olarak nitelendirilebilir.²⁴ Yine CMK'da ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınması ve uygulanmasının sıkı koşullara tabi tutulması nedeniyle koruma tedbiri özelliği ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, hukuki açıdan karma nitelikli bir işlem olduğunu ifade etmek gerekir.²⁵

Keşif işlemi, suça konu olayın meydana geldiği yer, olayın gerçekleştiği saat, hava şartları vb. tüm koşullar birlikte değerlendirilerek bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilecektir.²⁶ Muayene ve örnek almada ise keşifte olduğu gibi işlemi

²³ Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F. Saygılar Kırıt./ Esra Alan Akcan/ Özdem Özaydın/ Efser Erden Tütüncü/ Derya Altınok Villemin/ Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.537; Nur Centel/ Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.307-308; Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.218; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.460-461; İpekçioğlu, Örnek Alma, s.22; Gizem Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, C.19, Özel Sayı, 2017, s.2959-2960

²⁴ Kızıllarslan, s.287

²⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.460

²⁶ Şahin, s.258

hâkim veya savcı bizzat gerçekleştirmemektedir.²⁷ Bu işlem hekim veya diğer sağlık mesleği mensuplarınca icra edilmektedir. Bu sebeple her ne kadar muayene ve örnek alma Ceza Muhakemesi Kanunu'nda keşif başlığı altında düzenlenmiş olsa da; bizzat hâkim tarafından beş duyu ile gerçekleştirilmemesi sebebiyle özünde keşif faaliyetinin özelliklerini göstermediği kanaatindeyiz.

Her ne kadar mevzuatımızda bilirkişiliğe başvurma ihtiyari olsa da; hâkim veya savcılar açısından bilirkişi görevlendirmek bazı durumlarda bir zorunluluk halini almaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bu hususa işaret etmektedir. Muayene ve örnek alma işlemleri yalnızca hekim veya sağlık mesleği mensuplarınca gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

Koruma tedbirlerinin kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşıması sebebiyle yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.²⁸ Bu tedbirlerin uygulanması, maddi gerçekliğe ulaşmada bir araç özelliği göstermektedir. Bir diğer yönden, bazı koruma tedbirleri aynı zamanda sonrasında uygulanacak bazı tedbirler açısından bir araç olma niteliğindedir. Arama ve el koyma işlemlerinde buna benzer bir ilişki karşımıza çıkmaktadır.²⁹ Yine mevzuatımızda genel olarak koruma tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının karar verebileceği ön görülmüştür.³⁰

Her ne kadar dış beden muayenesi yalnızca yönetmelik ile ele alınmış olsa da; iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kanun ile düzenlenmiştir. Yine koruma tedbirlerinin genelinde olduğu şekilde bu işlemlere hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verebilmektedir. Ayrıca vücuttan alınan örneklerin moleküler genetik inceleme tedbirine veri sağlanması sebebiyle örnek alma işleminin moleküler genetik inceleme açısından araç olma özelliği taşıdığı söylenebilir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin ifade etmeye çalıştığımız tüm bu hususlar koruma tedbirlerinin genel özellikleri ile örtüşmektedir.

²⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu keşfi: “Hâkimin 5 duyu vasıtası ile yaptığı teftiş” olarak tanımlamıştır; Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap**, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.646

²⁸ Uğur Ersoy, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayıym Tayini**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.40

²⁹ Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.120

³⁰ “Ancak CMK 119. ve 90. maddelerinde farklı bir düzenleme gözümize çarpmaktadır. 119. maddede bazı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama koruma tedbirinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. 90. maddede ise yakalama işlemleri açısından bazı hallerde vatandaşların da bu işlemi gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumlar istisnai kabul edilmelidir.”, Ersoy, s.42

Uygulamada özellikle dış beden muayenesi ve arama koruma tedbiri arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Aramaya ilişkin hükümler CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde mevcuttur. Dış beden muayenesi ise yalnızca Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Dış beden muayenesinin kanunda açıkça düzenlenmemesi ve arama ile benzer yönlerinin mevcut olması sebebiyle dış beden muayenesi hakkında aramaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur.³¹ Dış beden muayenesinin Yönetmelik ile düzenlenmiş olması nedeniyle aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerektiği de savunulmuştur.³²

Dış beden muayenesi sağlık personellerince yapılırken; arama faaliyeti genellikle kolluk görevlilerince icra edilmektedir. Arama ve dış beden muayenesi arasında tedbirin uygulanması sonucunda elde edilecek verilerin çeşitliliği bakımından da farklılık mevcuttur. Arama neticesinde; “yazılı belge, araç-gereç, fotoğraf, video ve benzeri” her türlü delil değeri taşıyan eşyaların ele geçirilmesi mümkündür. Bu noktada arama sonucunda elde edilecek delil niteliğindeki materyallerin çeşitlilik arz ettiği söylenebilir.³³ Dış beden muayenesi sonucunda ise sadece tıbbi veriler delil olarak elde edilebilecektir. Konuyu biraz daha özelde değerlendirdiğimizde; uygulamada en çok dış beden muayenesi ile üst aramasının arasındaki farklılık dikkatimizi çekmektedir. Üst araması kişinin bedeninin ve kıyafetlerinin üzerinde gerçekleştirilen bir delil arama faaliyetidir. Vücut içerisinde ve yüzeyinde gerçekleştirilen delil araştırma faaliyeti ise muayene niteliği göstermektedir. Üst araması yapılırken kişinin kıyafetleri üzerindedir. Muayene işlemlerinde ise kişinin bedeni çıplak gözle görülmek zorundadır.³⁴ Arama koruma tedbirinin konusu, gizli olan bir şeyin bulunmaya ve ortaya çıkarılmaya çalışılmasıdır.³⁵ İşitsel, kokusal ve görsel yolla ortaya çıkarılabilen şeylerin aramanın konusu olamayacağı belirtilmiştir.³⁶ Bu nedenle kişinin ağzında sakladığı bir delilin meydana çıkarılması, koltuk altında bulunan bir cismin ele geçirilmesi arama hükümleri kapsamındadır. Buradan cinsel bölgeler ve anüste gerçekleştirilecek işlemler haricinde koltuk altı, ağız gibi beden boşluklarına ilişkin faaliyetin arama niteliğinde olduğu söylenebilir.³⁷ Ancak arama sınırının aşılması işlemin muayene niteliğine varmamasına dikkat edilmelidir.³⁸

³¹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırtı/ Akcan/ Özyaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.538

³² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.317, aynı yönde; Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.220

³³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.319

³⁴ Centel/ Zafer, s.307

³⁵ Feridun Yenisey/ Rıfat Çulha/ Fahrettin Demirağ/ Ayşe Nuhoğlu/ Salih Oktar/ Durmuş Tezcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s.52

³⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.317

³⁷ Ayşe Nuhoğlu, “Beden Muayenesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2006, s.325

³⁸ “...Arama kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel

Sonuç olarak; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanması bir bilirkişilik faaliyetini zorunlu kılsa da; kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıması, kanunla düzenlenmesi ve uygulanma koşullarının koruma tedbirleri ile benzerlik göstermesi sebepleriyle koruma tedbiri özelliğinin ön planda olduğunu düşünüyoruz. Bu sebeple çalışmamızın genelinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminden “tedbir” şeklinde bahsedeceğiz.

III. AMACI

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan deliller ilk olarak soruşturma aşamasında toplanmaktadır. Olayların gelişimine göre delil toplama faaliyeti kovuşturma aşamasında da devam edecektir. Bu sebeple muhakemenin bütünü deliller üzerine temellendirildiğini söylemek doğru olacaktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının düzenlendiği CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde de amacın delil elde etmek olduğu belirtilmiştir.³⁹

Olay yeri inceleme ekiplerince olay yerinden elde edilecek bulgular ile şüphelinin CMK'nın 75. maddesi uyarınca vücudundan alınan örneklerinin DNA incelemeleri neticesinde maddi gerçeğe bir adım daha yaklaşmak mümkündür. DNA incelemesi neticesinde elde edilecek sonuçlar failin kimliğinin tespiti ve olayın tüm yönlerinin açığa kavuşturulmasında çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu gibi durumlarda şüpheli veya sanıktan alınan vücut örnekleri dosyadaki diğer delillerin tamamlayıcısı durumundadır. Her ne kadar bu bulgular, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında belge ve beyan delillerinde olduğu şekilde karşılaştırma yapılmaksızın tek başına sonuç vermese de; ilerleyen teknoloji ile birlikte delil değeri yüksek bilimsel veriler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰

Muayene işlemleri ise yaralama eylemleri açısından önem arz etmektedir. Mağdur şahıslar üzerinde yapılan dış beden muayenesi suçun vasfı noktasında bizlere yol gösterici olmaktadır. Örneğin; şahsın alınan doktor raporunda yaralama sonucu kemik kırığı meydana geldiyse TCK'nın 87/3. maddesi uyarınca verilecek ceza yarısına kadar arttırılacaktır. Yaralama eylemi mağdurun yüzünde sabit bir ize neden olduysa TCK'nın 87/1-c. maddesi

kâğıtları, kullandığı bilgisayar veya bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tâbi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir...”, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2013/410 Esas, 2014/512 sayılı Kararı

³⁹ Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.695

⁴⁰ Recep Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *TBB Dergisi*, S.142, 2019, s.96-97

uyarınca sanık hakkında verilecek ceza bir kat arttırılacaktır. Yine cinsel suçlarda mağdur üzerinde yapılan iç beden muayenesi sonucu elde edilen deliller, suçun sübutuna yönelik önemli veriler olarak karşımıza çıkmaktadır. Beden muayenesinin ayrıca adli olayların niteliğinin tespiti, kimliği meçhul şahısların kimliklerinin tespit edilmesi, kişinin gerçek yaşının tespit edilmesi, kişinin cezai ehliyetinin olup olmadığı, 12-15 yaş arası çocuklarda farik ve mümeyyizliğin tespiti amacıyla yapıldığını belirtmekte fayda olacaktır.⁴¹ Sonuç olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının amacının, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik delil elde etmek olduğunu söylemek gerekir.

IV. TEDBİRİN UYGULANMA KOŞULLARI

A. ŞÜPHELİ VE SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

1. Şüpheli Ve Sanığın İç Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması

a) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

CMK'nın 75. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine hâkim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının karar verebileceği düzenlenmiştir. Burada hâkim kavramı; soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimini, mahkeme kavramı ise kovuşturma aşamasında yargılamayı yürüten ceza mahkemesini ifade etmektedir.⁴² 5353 sayılı kanun ile CMK'nın 75. maddesinde yapılan değişiklikten önceki metinde "savcının şüpheli veya sanığın vücutundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınmasına karar verebileceği" belirtilmiştir. Değişiklikten sonra ise savcının hem şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine hem de vücutundan örnek alınmasına "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kapsamında karar verebileceği düzenlenmiştir.⁴³ Savcının vereceği karar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmadığı veya onaya sunulup da onaylanmadığı takdirde hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır. Bu durumda delil hukuka aykırı hale gelecektir.⁴⁴

⁴¹ Bıçak, s.696

⁴² Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

⁴³ Şahin, s.237

⁴⁴ "Anayasanın 38/6. maddesi gereğince kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. CMK'nın 206/2a maddesi uyarınca kanuna aykırı delilin reddolunacağı, 217/2. maddesi uyarınca da sanığa yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş delille ispat edileceği ve CMK'nın 230/1b maddesi gereğince de mahkûmiyet hükmünde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. CMK'nın 75/1. maddesine göre de, "Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı Yönetmelik'in üçüncü maddesinde: “*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâl*” şeklinde tanımlanmıştır. Burada savcı somut olayın durumuna göre gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunup bulunmadığı tahlil edecektir.⁴⁵ Eğer muhakeme açısından önem arz eden bir delilin kaybolma durumu söz konusuysa gecikmesinde sakınca bulunan bir halden bahsedilebilir. Kanunda tedbire karar verecek makam

*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 hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.” şeklinde hüküm mevcuttur. Somut olayda, Hatay Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan sanığın uyuşturucu kullandığı yönündeki duyumlar üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının 30/07/2013 tarih ve 2013/10427 soruşturma numaralı evrakında Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla CMK'nın 75/1. maddesi gereğince sanığın vücutundan idrar örneği alınmasına karar verildiği, ancak kararın yasal sürede hâkim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınmayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 12.09.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, **Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2017/10820 E, 2018/9086 sayılı kararı***

⁴⁵ “...13/06/2017 tarihli olay tutanağına göre Elazığ 1. Sulh Ceza Hâkimliği'nin olay tarihini de kapsayan 17/05/2017 tarihli ve 2017/1196 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden kollukça şüphe üzerine yapılan kaba üst aramaları esnasında şüphelilerin bulunduğu araçtan esrar kokusu geldiğinin fark edilmesi üzerine, araçta detaylı adli arama yapılması için kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği ve Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu değerlendirilerek hâkim kararı beklenmeksizin araçta arama yapılmasına ve ayrıca şüphelilerden kan veya idrar örneği alınmasına karar verildiği, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılan arama sonucunda şüphelilerin içinde bulunduğu araçta esrar ele geçirilerek el konulduğu ve idrar örneklerinde yapılan tahlillerde de esrar tespit edildiğinin anlaşılması karşısında, esasen önleme araması kararının dahi yeterli olduğu olayda kolluk tarafından talep edilmesi üzerine ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından da arama emri verilmiş olduğu, kaldı ki somut olayda suçüstü halinin varlığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yapılan el koyma ve şüphelilerin vücutundan örnek alınması işlemlerinin Cumhuriyet savcısına CMK'nın 127 ve 75. maddeleri ile tanınmış yetkiler olduğu anlaşıldığından, yasaya uygun olan el koyma ve şüphelilerin vücutundan örnek alınması işlemlerinin hâkim tarafından onaylanması talebinin kabulü yerine reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerindedir...” , **Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2018/786 E, 2018/4486 Sayılı Kararı**

düzenlenirken muhakeme evreleri açısından bir ayırım gözetilmemiştir. Bu sebeple savcının kovuşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan bir hal durumunda tedbire karar verip veremeyeceği tartışma konusu olmuştur. Kovuşturma evresinde yetkinin yargılamayı yürüten mahkemede olduğu göz önüne alındığında; savcının kovuşturma aşamasında muayene ve örnek almaya ilişkin gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında karar alarak bunu mahkemenin onayına sunması muhakeme evrelerin temel özellikleri ile uyuşmamaktadır.⁴⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin kesin sınırlar ile birbirinden ayrıldığını görmemiz mümkündür. İddia makamının ceza yargılamasında duruşmalara katılarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu aşikârdır. Duruşma savcısı yargılamanın gelişimine göre yeni deliller ortaya çıktığında veya soruşturma aşamasındaki eksiklikleri gidermek adına mahkemeden beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanmasını talep edebilecektir. Ancak kovuşturma aşamasında karar vermeye yetkili merci yargılamayı yürüten ceza mahkemesidir. Bu haliyle her ne kadar tedbire karar verecek makam düzenlenirken muhakeme evreleri açısından bir ayırım gözetilmese de; savcının kovuşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut bulunduğu iddiası ile tedbire karar veremeyeceği kanaatindeyiz.

Yine usulüne uygun alınmış karar bulunmadan iç beden muayenesinin gerçekleştirilmesi halinde cezai sorumluluk doğabileceğini hatırlatmakta fayda olacaktır. CMK'nın 75/4. maddesinde cinsel organlar ve anüste yapılacak muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, 5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra madde metnine girmiştir.⁴⁷ Türk Ceza Kanunu'nun 287/1. maddesi; “*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindedir. Kanun koyucu bu suretle toplumsal kaygılar nedeniyle bekâret kontrolü yaptırılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır. İç beden muayenesini gerçekleştirecek olan tabip öncelikle usulüne uygun alınmış hâkim, mahkeme veya savcı kararının bulunup bulunmadığına bakacaktır. Karar olmadan muayeneyi gerçekleştirmesi halinde tabip de muayeneyi yapan olarak sorumlu tutulabilecektir. Hâkim veya savcı kararının hukuka uygun olmadığı durumlarda yapılan muayeneler hususunda da kasıt olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer iç beden muayenesinin koşullarının mevcut bulunduğu zannedilerek bu şekilde bir yanılgıya düşülmüş ise bu noktada bir kasıt olmadığı kabulü gerekir. Bu durum, hâkim veya savcının o anki hukuki kanaati ile ilgilidir. Suçun taksirli halinin düzenlenmemesi sebebiyle hâkim veya savcı bu hususta TCK'nın 287. maddesi kapsamında

⁴⁶ Centel/Zafer, s.313

⁴⁷ Şahin, s.237

sorumlu tutulamayacaktır.⁴⁸ Ayrıca TCK'nın 257/2. maddesi: “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin ifasında ihmali davranışlarda bulunan sağlık personeli ve kolluk görevlilerinin, TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Karar alma sürecini başlatmak için şüpheli, sanık veya mağdur tedbirin uygulanmasını talep edebilecektir. Her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmese de; katılanın da kovuşturma aşamasında muayene ve örnek alma talebinde bulunabileceğinin kabulü gereklidir.⁴⁹

b) Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Bir Kişi Tarafından Uygulanması

CMK'nın 75/3. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişinin yerine getirebileceği hüküm altına alınmıştır. Sağlık mesleği mensupları TCK'nın 280. ve Yönetmelik'in 3. maddesine göre: “*Tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri*” ifade etmektedir. Yönetmelik'te ise şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin “*ancak tabip tarafından*”, vücuttan örnek alınmasının ise “*tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından*” gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile CMK'nın 75. maddesinde değişiklik yapılmadan önce; şüpheli ve sanığın muayene ve örnek alma işlemlerini “hekim veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi” gerçekleştirebilecek idi.⁵⁰ CMK'nın 75. maddesinin değişiklikten sonraki hali incelendiğinde, sağlık mesleği mensuplarının muayene ve örnek alma işlemlerini tabibin denetimi olmadan doğrudan gerçekleştirebileceği sonucu çıkmaktadır. Yönetmelik hükümleri şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene tedbiri açısından “*ancak tabip tarafından*” yerine getirilebileceğine ilişkin düzenleme ile kanun hükmünü sınırlandırmıştır. Yine örnek alma tedbiri açısından sağlık mesleği mensuplarının hekim gözetimi olmadan doğrudan bu işlemi yapamayacağını hüküm altına alarak bir sınırlama yoluna gitmiştir.

⁴⁸ Ayşe, Nuhoğlu, “Genital Muayene Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.2993

⁴⁹ Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Derleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.436

⁵⁰ Şahin, s.237

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanmasının, kişi hak ve özgürlükleri ile yakında ilişkili olması ve koruma tedbiri niteliği taşıması sebebiyle daha sıkı şartlara bağlanması, hakkında tedbir uygulanan kişi açısından kişilik haklarının korunması kapsamını genişletecektir. Kanaatimizce; sağlık mesleği mensuplarının muayene ve örnek alma işlemlerini ancak tabip gözetiminde yapması daha uygun olacaktır.

Ayrıca tedbiri uygulayacak kişiler bakımından yönetmelik ve kanun hükümleri arasında bariz farklılıklar bulunmaktadır. Kanun ile açıkça düzenlenmiş bir konunun kapsamının yönetmelikle sınırlandırılmasının doğru olmadığını ifade etmek gerekir. Yine kanun ve yönetmelikteki tedbiri kimlerin uygulayacağına ilişkin farklılıkların, uygulamada kafa karışıklıklarına yol açabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple, kanun tasarısına benzer şekilde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının “*ancak tabip veya tabip gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu kişi*” tarafından yapılabileceğine ilişkin bir kanuni düzenleme ve yönetmelikte de iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması ayırt edilmeksizin benzer bir uyarılma yapılması daha doğru olacaktır.

c) Tedbirin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

CMK'nın 75/2. maddesi gereğince; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri uygulanırken kişinin sağlığına zarar vermeme şartı aranmaktadır. Bu husus Yönetmelik'te: “Açıkça ve öngörülebilir bir zarar tehlikesi” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yaparak; maddi gerçekliğe ulaşılması ile temin edilecek hukuki yararın kişinin sağlığından daha önemli olmadığını vurgulamıştır. Bu fıkra aslında bize orantılılık ilkesini hatırlatmaktadır. Eğer şüpheli ve sanık hakkında uygulanan tedbirin kişinin sağlığını tehlikeye sokma ihtimali mevcut ise bu durumda kişinin tedbire katlanma yükümlülüğü aşılmış ve orantılılık ilkesine aykırı hareket edilmiş olacaktır.⁵¹

Tedbir uygulanırken sağlığa zarar verme hususunun kuvvetli bir ihtimale dayanması gerekir. Yalnızca geçici korku, kaygı durumlarında sağlığa zarar verme tehlikesinin mevcut olmadığı kabul edilmelidir.⁵² Bu şekilde bir tehlike öngörülmesine rağmen tedbirin uygulanması durumunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Çünkü burada zarar, tedbiri uygulayan kişilerin hukuka aykırı davranışı neticesinde değil; bizzat müdahalenin gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁵³

⁵¹ Kızıllarslan, s.234

⁵² Centel/ Zafer, s.312

⁵³ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erişim: <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, s.9

Müdahalenin sağlığa zarar verme tehlikesinin mevcudiyetine ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için tıp bilgisi zorunludur. Bu sebeple tedbire karar verecek hâkim veya savcı bu hususta bir tereddüte düştüğü takdirde tabipten bilirkişi sıfatıyla görüş almalıdır.⁵⁴ Tedbirin daha sonraki bir tarihte uygulanması sağlığın zarar görme tehlikesini ortadan kaldıracaksa tedbirin uygulanmasının ertelenmesinde fayda olacaktır.⁵⁵

d) Üst Sınırı İki Yıl ve Daha Fazla Cezayı Gerektiren Bir Suça İlişkin Olması

CMK'nın 75/3. maddesinde kanun koyucu şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemlerinde suçun niteliği açısından bir sınırlama yapma yoluna gitmiştir. Bu durumda üst sınırı iki yıldan daha az ceza ön görülen suçlara ilişkin yürütülen muhakemede şüpheli ve sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri uygulanamayacaktır.

Bazı durumlarda soruşturma konusu suçun üst sınırının iki yıldan fazla olması nedeniyle şüpheli ve sanık hakkında muayene ve örnek alma tedbiri uygulansa da; kovuşturma evresinde suçun niteliği değişerek üst sınırı iki yıldan daha az bir suça dönüşmüş olabilir. Bu durumda elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecek ve hükme esas alınamayacaktır.⁵⁶ Yine kovuşturma evresinde suçun niteliğinin değişmesi sebebiyle sanık hakkında yargılama yapılan suçun üst sınırı iki yıldan fazla bir suç haline gelebilir. Böyle durumlarda da; tedbir için ön görülen diğer koşulların da mevcut olması halinde kovuşturma evresinde tedbirin ifası için bir engel yoktur.⁵⁷

Üst sınırı iki yıldan az suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda; sanığın rızası ve talebi var ise tedbir uygulanabilmelidir.⁵⁸ Şüpheli ve sanığa bu hak tanınmadığı takdirde kendi lehine delil sunma ve savunma hakkı sınırlandırılmış olacaktır. Ancak şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak tedbir hakkında diğer kişilerde olduğu gibi rızası halinde karar gerekmediğine ilişkin bir düzenleme mevcut bulunmadığından, burada yine kanunda ön görülen karar prosedürünün uygulanması gerektiği unutulmamalıdır.

Ayrıca soruşturma evresinde şüpheli hakkında birden fazla farklı suçtan soruşturma yürütüldüğü de vakidir. Bu durumda konumuz olan tedbir uygulanırken her suç için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Üst sınırı iki yıldan fazla ceza ön görülen suçlar bakımından tedbir uygulanabilecekken, üst sınırı iki yıldan az olan suçlar bakımından tedbir uygulanmamalıdır.⁵⁹

⁵⁴ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.463

⁵⁵ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.259

⁵⁶ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

⁵⁷ Özen, s.434

⁵⁸ Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.230; aynı yönde diğer bir görüş için; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.271-272

⁵⁹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Gezer/ Kırıt/ Akcan/ Özaydın/ Tütüncü/ Villemin/ Tok, s.540

Yine cezasının üst sınırı “iki yıla kadar” olarak düzenlenen suçlarda, Yargıtay “iki yıla kadar” ifadesini iki yıldan az şeklinde değerlendirmeyerek bu suçlarda şüpheli ve sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanabileceğine karar vermiştir.⁶⁰

2. Şüpheli Ve Sanığın Dış Beden Muayenesi

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi kanun ile düzenlenmediği için bu konuda yönetmelik hükümlerine göz atmakta fayda olacaktır. Yönetmelik’in 5/1. maddesinde: “Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.” şeklinde düzenleme mevcuttur. Yönetmelik’te tedbiri talep edebilecek kişiler düzenlenmiş ancak tedbir kararını hangi makamın vereceğine ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir. Şüphesiz bu noktada bir belirsizlik söz konusudur. Doktrinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin CMK’nın 75. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunanlar⁶¹ olmakla birlikte; kanunda bir düzenleme olmaması sebebiyle yönetmelik hükümleri uyarınca yapılacak şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin hukuka aykırı olacağını da savunanlar mevcuttur.⁶²

Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi hakkında, kanunda bulunan eksiklikler ve yönetmelikle kanun arasındaki farklılıklar sebebiyle bir önceki bölümde de açıklamaya çalıştığımız şekilde eleştiriler mevcuttur. Kanaatimizce; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi hakkında kıyasen CMK’nın 75. maddesinin uygulanmasından ziyade şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi kanun ile açıkça düzenlenmelidir. Çünkü önceki bölümlerde açıkladığımız

⁶⁰ ...” Dosya kapsamına göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak” başlıklı 191/1. maddesinde yer alan, “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması” başlıklı 75/5. maddesinde yer alan “Üst sınır iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.” şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında, şüphelilerin üzerlerine atılı eylemin üst sınırının iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suç olmayıp, iki yıla kadar hapis cezası gerektirmesi karşısında, şüphelinin kan ve idrar örneklerinin alınabileceği cihetle, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu...”, **Yargıtay 9. Ceza dairesinin 2015/6512 E. 2015/4911 sayılı kararı**, Aynı yönde diğer kararlar için bakınız: “10. Ceza Dairesi 2012/20312 E. , 2013/63 K ve 10. Ceza Dairesi 2014/1869 E. , 2014/1563 K.

⁶¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.462

⁶² Yener Ünver/ Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.295

üzere; muayene ve örnek alma tedbiri kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. Yönetmelik ile yapılan düzenleme şüphesiz Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerine aykırılık oluşturarak kişilik haklarının korunmasının kapsamını daraltmaktadır. Yine soruşturma aşamasının amirinin savcı olduğu düşünüldüğünde, savcının talimatı olmadan kolluk görevlilerinin yalnızca bir yönetmelik hükmüne dayanarak şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirini uygulayabilmeleri doğru olmamıştır. Kanaatimizce kolluk birimlerinin bu işlemi gerçekleştirebilmesi arzu ediliyorsa bu durum açıkça kanunda düzenlenmelidir. Yine talep edebilecek makamın yanında karar verecek makamın da açıkça düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

Yönetmelik'in 5/2. maddesinde; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılabileceği öngörülmüştür. Yönetmelik'in 5/4. maddesinde ise; girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin dış beden muayenesi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda; gözaltında yapılan muayene ve stetoskop ile yapılan dinleme de dış beden muayenesi sayılacaktır.⁶³ Yönetmelik hükmünün devamında; bu işlemlerin “tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu” tarafından gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Fizyoterapistin fizik tedavi uygulaması, radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi işlemler; sağlık mesleği mensuplarının tabip gözetiminde yapabileceği işlemler arasında sayılabilir.⁶⁴ Yönetmelik'in 5/3. maddesinde: “müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması “ hususu düzenlenmiştir. Bu konuda da; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde açıkladığımız hususlar geçerlidir. Temel anlamda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin ayrıntılı bir şekilde tamamen kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylememiz gerekir.

B. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

1. Hâkim, Mahkeme Veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

Öncelikle kanunda diğer kişiler hakkında uygulanacak tedbir açısından, iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmeden uygulama koşullarının düzenlendiğini belirtmemiz gerekir. CMK'nın 76. maddesinin başlığı “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” olmasına karşın madde metninde yalnızca mağdurdan bahsedilmiştir. CMK'nın 76/3. maddesinde de soybağı tespit edilecek çocuktan bahsedilmesi sebebiyle diğer kişilerden

⁶³ Berrin Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.27, 2016, s.93

⁶⁴ Ayşe Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 s.32

kastedilenin, mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuk olduğunu ileri sürenler olsa da; bu durum diğer kişilerin kapsamı ile ilgili soru işaretlerini ortadan kaldırmamaktadır.⁶⁵ Yönetmelik'in 7. maddesinde ise “mağdurun ve diğer kişilerin...” şeklindeki düzenleme ile diğer kişilerin kapsamına yalnızca mağdurun girmediği ifade edilmiştir. Kanaatimizce; kanunda yalnızca mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuktan bahsedilerek, yönetmelik ile bunun sınırlarının genişletilmeye çalışılması doğru olmamıştır. Bu hususta diğer kişilerin kapsamının açıkça kanunda belirtilmesi faydalı olacaktır.

Diğer kişilerin hem iç ve dış beden muayenesine hem de vücutlarından örnek alınmasına, hâkim veya mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verecektir. Madde metnindeki değişiklikten önce mağdurun muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin savcıya karar verme yetkisi tanınmamıştır. 5353 sayılı kanunla CMK'nın 76. maddesinde yapılan değişiklik ile mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında savcıya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında karar verme yetkisinin tanındığını görmemiz mümkündür. Yine mağdurun rızasının varlığı halinde iç beden muayenesinin uygulanması için karar alınmasının gerekli olmadığına ilişkin CMK'nın 76. maddesinin 2. fıkrası da değişiklikle birlikte madde metnine girmiştir.⁶⁶ Bu konudaki rıza hukuka uygun ve geçerli bir rıza olmalıdır.⁶⁷ Ayrıca tedbire rıza gösterecek mağdura olayın önemine ilişkin ayrıntılı bilgilendirilme yapılmalıdır. Tedbire ilişkin bilgilendirme kişinin rızasını açıklamadan önce ve eksiksiz şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu koşullar yerine getirilmediği takdirde rıza hukuka aykırı olacağı için elde edilen deliller de hukuka aykırı sayılacaktır.⁶⁸

Rızaya ilişkin hükümde yalnızca mağdurdan bahsedilmesi sebebiyle mağdur dışındaki kişilerin tedbirin uygulanmasına rıza göstermesi durumunda aynı karar prosedürünün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında da bir boşluk söz konusudur. Bu husus bizlere kanunda diğer kişilerin kapsamının açıkça belirlenmesinin önemini bir kez daha hatırlatmaktadır. Ayrıca diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde olduğu şekilde cezanın miktarı açısından bir sınırlandırma yoluna gidilmemiştir. Bu haliyle tüm suçlar açısından diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanabileceği söylenebilir.

⁶⁵ Ünver/ Hakeri, s.301

⁶⁶ Şahin, s.243

⁶⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.339

⁶⁸ Hakan Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2016, s.31-32

2. Muayenenin Tabip Tarafından Yapılması

CMK'da diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirileceğinin kanunda açıkça belirtilmemesi sebebiyle bu hususta şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine ilişkin CMK'nın 75. maddesindeki hükmün kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur.⁶⁹ Yönetmelik'e göre; diğer kişiler açısından iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmediğinden, diğer kişilerin hem iç hem de dış beden muayenesi ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecektir. Diğer kişilerin vücudundan örnek alınması ise "ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından" gerçekleştirilebilecektir. Yine bir önceki bölümde açıkladığımız üzere girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri dış beden muayenesi sayıldığından, diğer kişiler hakkında icra edilecek girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemleri de ancak tabip tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda bir hastanede radyoloji teknisyeni bulunması halinde dahi mağdurun röntgenini yalnızca doktorun çekebileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Bu hususta "tabip veya tabip gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu" şeklinde bir düzenleme daha doğru olurdu. Kanaatimizce; muayene raporunda muayeneye yetkili olmayan bir kimsenin imzasının bulunmasının elde edilen verileri hukuka aykırı hale getirebileceği⁷⁰ de göz önüne alındığında; diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirilebileceği hususunun açıkça kanunda düzenlenmesi doğru olacaktır.

3. Sağlığı Açıkça Ve Öngörülebilir Şekilde Tehlikeye Düşürmemesi

CMK'nın 76. maddesinde diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinde; "*kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemek*" koşulu ön görülmüştür. Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde diğer kişilerin hem muayene hem de örnek alma işlemleri bakımından "*sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek*" koşulu getirilmiştir. Sağlığı tehlike düşürmeme hususu mevzuatımızda soyut bir şekilde ifade edilmiş olup, bu konuda açıklayıcı bir hükme ihtiyaç vardır. Ayrıca bu durumda hâkim veya savcının eğitim alanı dışında kalması sebebiyle bilirkişi sıfatıyla tabipten görüş alınması gereklidir.⁷¹ Diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma tedbiri açısından kişinin "*sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek*" şartının aranması, kanun koyucunun muhakeme neticesinde elde edilecek

⁶⁹ Öztürk/ Kazancı/ Güleç, s.239; Gülsoy/ Kök, s.17; Mahmutoğlu, s.21, Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.134

⁷⁰ Aydın, s.134

⁷¹ Kızıllarslan, s.236

kamusal menfaat ile kişinin sağlığı arasında bir denge gözeterek orantılılık ilkesini ön planda tuttuğunu göstermektedir.⁷²

4. Cerrahi Müdahalede Bulunmamak

CMK'nın 76. maddesinde diğer kişiler hakkında uygulanacak tedbire ilişkin cerrahi müdahale yasağı ön görülmüştür. Aynı husus Yönetmelik'in 7. maddesinde de belirtilmiştir. Buna göre diğer kişilerin sağlığına herhangi bir zarar verme tehlikesi olmasa dahi cerrahi müdahalede bulunulamayacaktır. Kanun koyucunun orantılılık ilkesini esas alarak bu şekilde bir düzenlemeye gittiği söylenebilir.⁷³

Mevzuatımızda her ne kadar diğer kişiler açısından cerrahi müdahale yasağı düzenlense de; bunun sınırları somut olarak belirlenmemiştir.⁷⁴ Ayrıca şüpheli ve sanık hakkında cerrahi müdahalenin yasaklanmamış olmasından, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamının şüpheli ve sanığa göre daha geniş tutulduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu durumu doktrinde eleştirenler de olmuştur. Buna göre, sağlığına zarar vermemek koşuluyla rızaları halinde diğer kişilere ilişkin delil elde etmek amacıyla cerrahi müdahalede bulunulması mümkün olmalıdır.⁷⁵

C. SOYBAĞI TESPİT EDİLECEK ÇOCUK

Soybağı; bir kimsenin geldiği soya ilişkin bir silsileyi ifade etmektedir. Bütün hukuk sistemleri açısından çocuğun soybağının tespiti özel önem arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda da soybağı ile ilgili hukuk davaları ele alınmıştır⁷⁶ Çocuğun soybağının gerçek olup olmadığı, toplumsal ve ailevi açıdan da önem arz etmektedir. Ayrıca soybağı tespit edilecek çocuk ve ailesi açısından bunun bir de psikolojik yönünün olduğu söylenebilir.⁷⁷ CMK'nın 76/3. maddesinde soybağı tespit edilecek çocuk açısından da CMK'nın 76/1. maddesindeki karar alma prosedürünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁸ Bu durumda, CMK'nın toplumsal hassasiyetleri göz önünde bulundurarak bu şekilde bir düzenleme yoluna gitmesi uygun olmuştur.

Çocuğun soybağının tespit edilmesi meselesi özellikle cinsel suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda önem arz etmektedir. Cinsel saldırı eylemi sonucu

⁷² Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.464-465

⁷³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.464

⁷⁴ Kızıllar, s.263

⁷⁵ Soyaslan, s.272-273

⁷⁶ Murat Uyumaz, *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014, s.1

⁷⁷ Sühely Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.141

⁷⁸ Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s.249

hamile kalan veya doğum yapan bir kadının çocuğundan alınan örnekler ile şüpheliden alınan örneklerin karşılaştırılması neticesinde maddi gerçeğe ulaşmak mümkündür.⁷⁹ Bu gibi durumlarda çocuğun annesinden alınacak örneklerle ilişkin rızası halinde CMK'nın 76/2. maddesi uyarınca karar alınmasına gerek yok iken; soybağı tespit edilecek çocuk hakkında uygulanacak tedbirde annesinin veya çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Çünkü burada cinsel saldırı suçunun mağduru soybağı tespit edilecek çocuk değil annedir.⁸⁰

Çocuğun soybağının tespit edilebilmesi için alınan örnekler üzerinde karşılaştırma işlemlerinin yapılması gereklidir. Bu durum CMK'nın 79. ve devamı maddelerinde düzenlenen moleküler genetik inceleme tedbirine işaret etmektedir. Önceki bölümlerde vücuttan örnek alma tedbirinin moleküler genetik incelemeye veri sağladığını ve bu tedbirin uygulanmasında bir araç niteliğinde olduğunu belirtmiştik. CMK'nın 76/3. maddesi, vücuttan örnek alma ve moleküler genetik inceleme tedbirleri arasındaki ilişkiye güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Ayrıca soybağının tespitine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hüküm bulunmaktadır. HMK'nın 292/1. maddesi: *“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlıklı yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede ilk dikkatimizi çeken husus, kişinin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku örneği alınmasına katlanmak zorunda olmasıdır.⁸¹ Ceza muhakemesinde kişinin tedbire rızasının bulunmadığı durumlarda Yönetmelik'in 18. maddesinde; *“İlgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı”* belirtilmişken; HMK'da *“hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir”* şeklinde bu husus daha net ifade edilmiştir. Sağlık yönünden bir tehlike oluşturmaması şartı ceza muhakemesindeki muayene ve örnek alma işlemleri ile benzerlik göstermektedir. Yine CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme hallerinin mevcut olduğu durumlarda muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak HMK'nın 292/2. maddesinde: *“Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Hukuk mahkemesinde soybağının tespitine ilişkin yapılan inceleme neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı da önem

⁷⁹ Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.64

⁸⁰ Şahin, s.245

⁸¹ Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.62, S.4, s.1143

arz etmektedir. CMK'nın 217/2. maddesi: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce; hukuk davasında soybağının tespiti neticesinde usulüne uygun şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında da kullanılması mümkündür.

V. ÖZEL KANUNLARDAKİ ALKOL MUAYENESİNE VE KAN ÖRNEĞİ ALINMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

CMK'nın 75/7. maddesinde; özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğuna ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcuttur. CMK'nın 75. maddesinin ilk halinde mevcut olmayan bu hüküm, 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte madde metnine girmiştir.⁸² Her ne kadar muayene ve örnek alma işlemlerinin kanunda ayrıntılı düzenlenmesi faydalı olsa da; bu işlemlerin bazı durumlarda daha hızlı ve sık uygulanması ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. CMK'daki tedbirin uygulanmasına ilişkin karar prosedürünün bu noktada bazı sınırlamalara sebebiyet vereceği açıktır. CMK'nın 75/7. maddesindeki bu özel hüküm de bu gibi sorunların önüne geçilmesi amacı taşımaktadır.⁸³

CMK'nın 75/7. maddesindeki bu düzenleme; Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/2. ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddelerini işaret etmektedir.⁸⁴ Buna göre bu maddeler ışığında yapılacak alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin işlemlerde CMK'daki karar alma prosedürü uygulanmayacaktır. KTK'nın ilgili maddesinin devamında TCK'nın 179/3. maddesine de bir atıf söz konusudur. Alkol muayenesi ve kan örneği alınması işlemlerinde orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekliliği unutulmamalı ve ilgilinin rıza vermemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği kanunda açıkça hüküm altına alınmalıdır.⁸⁵

Kolluğun sıklıkla yaptığı rutin kontrollerin aksamaması ve sürücülerdeki uyuşturucu madde ve alkol tespitinin kolaylaştırılması, tüm vatandaşlar açısından hem kaza oranlarının düşmesine olumlu yönde etki edecek; hem de trafik güvenliğinin daha etkin bir şekilde sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Bu sebeple CMK'nın 75/7. maddesinin yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

⁸² Şahin, s.237

⁸³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.463

⁸⁴ Özge Apiş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.18, S.1, 2012, s.286; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F. Saygılar Kırıt/ Esra Alan Akcan/ Efsar Erden Tütüncü/ Özdem Özyayın, *Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.351

⁸⁵ Ünver/ Hakeri, s.298-299

VI. TANIKLIKTAN ÇEKİNME BAKIMINDAN

CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme sebepleri ileri sürülerek muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınılabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı husus Yönetmelik'in 10. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durum aslında Anayasa'nın: "*kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunamaya zorlanamayacağını*" düzenleyen 38. maddesinin bir yansımasıdır.⁸⁶

CMK'nın 76/4. maddesinde, tanıklıktan çekinmeye ilişkin CMK'nın 45. ve devamı maddelerine bir atıf söz konusudur. CMK'nın 45. maddesinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar açıkça ifade edilmiştir. Buna göre kanunda sayılanlar haricinde başkaca kişiler, tanıklıktan çekinme hakkını ileri sürerek muayene ve örnek almadan kaçınamayacaklardır.

Mağdur, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme sebeplerini ileri sürerek muayene ve örnek alma tedbirinden kaçınamayacağı kabul edilmektedir. Çünkü bu kişiler, muhakemede olayı gören, bilen üçüncü bir kişi sıfatında değil, doğrudan muhakemenin bir tarafı konumundadırlar.⁸⁷ Ayrıca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilere bu haklarının hatırlatılması önem arz etmektedir. Aksi halde bu durum, elde edilen delillerin hükme esas alınamamasına sebep olabilecektir.⁸⁸

CMK'ya göre; tanıklıktan çekinme konusunda çocuk ve akıl hastalarına ilişkin kararı kanuni temsilcisi verecektir. Kanuni temsilci aynı zamanda şüpheli veya sanık ise bu durumda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yine çocuk veya akıl hastalığı bulunan kişi olayın hukuki anlam ve önemini anlayabilecek durumda ise onun da görüşüne başvurulabilir. Ancak hâkim, çocuk veya akıl hastasının bu husustaki görüşü ile bağlı olmayacaktır.⁸⁹ Kanun koyucunun muayene ve örnek alma işlemlerinde tanıklıktan çekinme bakımından çocuklara ilişkin bu şekilde bir düzenleme getirmesi isabetli olmuştur. Nitekim Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de de bu hususa ilişkin

⁸⁶ Ünver/ Hakeri, s.268

⁸⁷ Özen, s.445

⁸⁸ "...Sanığın halası olan ve kendisini ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte sorulara yanıt vermektan çekinme hakkı bulunan ve ifadesi hükme esas alınan tanık G.. G..' e tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunduğunun önceden Açıklanıp bildirilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK' nun 45/1-d-3, 48 ve 51. Maddelerine aykırı davranılması, Kabule göre de; Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13/5. maddesi gereğince beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 22.09.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.", **Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 22/09/2011 Tarihli 2009/56695 Esas, 2009/5695 Sayılı Kararı**

⁸⁹ Soyaslan, s.274

düzenleme mevcuttur. Bu sözleşme; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilip 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 14 Eylül 1990 tarihinde bu sözleşmeyi imzalamıştır.⁹⁰ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendinde; Taraf Devletlerin, “tanıklık yapmaya zorlanmama hususunda çocuklara güvence sağlamaları” gerektiği düzenlenmiştir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasına Dair Kanun Tasarısı'nın gerekçesinde de; “çocukların korunmaya en muhtaç toplumsal grubu oluşturduğu” ifade edilmiştir.⁹¹ CMK'nın 76/4. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde kanuni temsilcisinin rıza göstermediği durumda çocuk, muayene ve örnek alma işlemlerine zorlanamayacaktır. Bu haliyle CMK'nın 76/4. maddesinin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinin ruhuna uygun olacak şekilde çocuk haklarının korunmasının kapsamını genişlettiği kanaatindeyiz.

VII. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASINDA RIZA SORUNU

Yalnızca beden muayenesi ve örnek alma değil; tüm koruma tedbirleri bünyesinde doğal bir zorlama barındırmaktadır. Bu tedbir kişinin kendi vücudu üzerinde tasarrufta bulunma özgürlüğü ile çatışmakta ve devamında da rıza sorunu gündeme gelmektedir.⁹² Buna göre muayene ve örnek alma tedbirine maruz kalacak kişinin bu işleme katlanma yükümlüğünün bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir.

Bu hususta “nemo tenatur” ilkesi esas alınarak bir değerlendirme yapmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu ilkenin iki temel yönü karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi susma hakkıdır. Buna göre hakkında muhakeme işlemleri yürütülen şüpheli veya sanık kendisine yöneltilen sorulara cevap verip vermemekte özgürdür. Susma hakkını ileri sürerek cevap vermekten kaçınabilecektir.⁹³

Nemo tenatur ilkesinin ikinci boyutu Anayasa'nın 38/5. maddesinde de düzenlendiği şekilde; kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmasının yasak olmasıdır. Bu hüküm yalnızca konumuz olan muayene ve örnek alma işlemleri için değil; tüm koruma tedbirleri açısından göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husustur.⁹⁴

⁹⁰ Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.44, S.1, 1995, s.766

⁹¹ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073049ss0017.pdf>, Erişim Tarihi: 16/10/2020

⁹² Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012, s.288

⁹³ Ali Yıldırım, “Şüphelinin Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.5-6, 1988, s.683

⁹⁴ Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve

Bu konuya ilişkin AİHM'nin de kararları mevcuttur. AİHM'nin Yazgülü/Türkiye kararında; kişinin jinekolojik muayenesinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ve rızası dâhilinde bu işlemin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yine Almanya'da uyuşturucu temin etmek için kişiye kusturucu ilaç verilmesi susma hakkına müdahale niteliğinde kabul edilmiştir. Saunders/Birleşik Krallık davasında ise AİHM; kişinin kendisine yöneltilen suçlamalara karşı cevap vermeye zorlanmasını nemo tenatur ilkesinin ihlali kabul etmiştir.⁹⁵

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri değerlendirildiğinde, burada kişinin beyanına ilişkin değil; isnat edilen suçlamaya ilişkin bir durum söz konusudur. Bu sebeple kişi susma hakkını kullandığını ileri sürerek muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınamayacaktır. Yani kişi muayene ve örnek alma tedbirine katlanmak zorundadır.⁹⁶ Yine AİHM de kişinin beyanından bağımsız olarak alınan kan vb. örneklerin kişinin rızası hilafına dahi olsa yargılamada kullanılabileceğini ve bu durumun nemo tenatur ilkesinin ihlaline sebebiyet vermeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷

Ceza muhakemesinde hakkında muayene ve örnek alma tedbiri uygulanacak kişi bu uygulamaya rıza göstermediğinde hangi usulün izleneceğine ilişkin Yönetmelik'in 18. maddesindeki hüküm karşımıza çıkmaktadır. Bu madde: *"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 vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır."* şeklindedir. Buna göre muayene ve örnek alma işlemleri gerçekleştirirken kişi zorla işlemin gerçekleştirileceği yere getirilebilecek, kıyafetleri çıkarılabilecek, elleri tutulabilecektir.⁹⁸ Ancak bu durumda orantılık ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Yine zorlama durumunda, kanunda sayılan şartlardan biri olan sağlığa zarar verme açısından tehlike yaratacak bir hale sebebiyet verilmemelidir. Bu hususlara dikkat edildiği takdirde kişinin rızası

Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2 2017, s.135
⁹⁵ Aydın, s.131-132

⁹⁶ İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu, s.1173

⁹⁷ "...Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletler'in hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür..."
AİHM'nin 17 Aralık 1996 Tarihli Saunders/Birleşik Krallık Kararı

⁹⁸ Centel/ Zafer, s.321

hilafına dahi olsa muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek veriler hukuka uygun olacak ve nemo tenatur ilkesinin ihlali sayılmayacaktır⁹⁹

Kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine rıza göstermeyerek direnmesi hususunda işkence yasağı açısından da değerlendirmede bulunmakta fayda olacaktır. Anayasa'nın 17/3. maddesinde işkence yasağı; “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm Anayasa'nın insan onurunun korunmasına önem verdiğinin de bir göstergesidir.¹⁰⁰ AİHS'nin 3. maddesinde de; “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Konumuz olan tedbir kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. Her ne kadar şüpheli veya sanık muayene ve örnek alma tedbirine katlanmak zorunda olsa da; bu durum tedbirin hangi şart altında olursa olsun uygulanabileceği şeklinde algılanmamalıdır. Tedbir uygulanırken kişiye karşı orantısız bir şekilde güç kullanılmamalı ve kişi küçük düşürülmemelidir. Tedbirin ifasında insan onuru daima ön planda tutulmalı ve hem tedbiri uygulayan sağlık personelleri hem de tedbirin ifasında görev alan kolluk personelleri insan onuruna yaraşır bir şekilde hareket etmelidir. Kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine zorlandığı durumlarda tedbir uygulanırken işkence ve kötü muameleye varan davranışlarda bulunulmasının, elde edilecek delillerin hukuka uygunluğunu da tartışmalı hale getireceği unutulmamalıdır.¹⁰¹ TCK'nın 94. maddesinde; “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde ifade edildiği üzere işkence suç olarak düzenlenmiştir. Bu haliyle konumuz olan tedbirin uygulanmasında işkenceye varan davranışlar sergilenmesi halinde TCK'nın 94. maddesi uyarınca sorumluluk doğabileceği söylenebilir.

Son olarak orantılık ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri gözetilerek yapılsa dahi kişinin muayene ve örnek alma işlemlerine zorlanması, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımaktadır. Bu sebeple; Yönetmelik'in 18. maddesinin kanun ile düzenlenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

VIII. ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ

CMK'nın 80/1. maddesinde; CMK'nın 75, 76 ve 78. maddelerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu

⁹⁹ Ahmet Gökçen/ Murat Balcı/ Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.351

¹⁰⁰ Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.40

¹⁰¹ Aydın, s.130

kabul edilmiştir. CMK'nın 80/2. maddesinde ise; “*Bu bilgilerin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde*” imha edileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in 14/3. maddesinde DNA örneklerinin de imha edileceği belirtilmiştir. Ancak moleküler genetik inceleme neticesinde çıkarılan DNA örnekleri ve bu incelemelerin sonuçlarının kanunda belirtilen hallerde imha edileceği düzenlenirken, incelemeye konu olan muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen kan, kıl, biyolojik swap vb. örneklerin imha edilip edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiştir. Bu sebeple incelemeye konu örneklerin akıbeti ile ilgili kanunda düzenleme yapılması önem arz etmektedir.

CMK'nın 80. maddesinin 5353 sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önceki halinde; mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi durumunda da inceleme sonuçlarının imha edileceği belirtilmişti. Ayrıca verilerin imha edilmesi için on günlük bir süre sınırı öngörülmüştü. Ancak 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonraki madde metninde bu hususlar hüküm altına alınmamıştır.¹⁰²

Yine kanunda mahkûmiyet halinde inceleme sonuçlarının akıbetinin ne olacağı ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Buradan mahkûmiyet halinde elde edilen verilerin saklanabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Ancak mevzuatımızda verilerin saklanma koşullarını düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Her ne kadar “*DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*” gündeme gelse de; bu tasarının günümüze dek yasalaşması mümkün olmamıştır.¹⁰³

Kanaatimizce usul ve esasları kanun ile açıkça düzenlenmek koşuluyla DNA örneklerinin muhafaza altına alınarak gelecekteki ceza muhakemelerinde kullanılması mümkün olmalıdır. Hatta uyuşturucu ticareti, terör gibi uluslararası düzeyde takibi yapılan suçlar açısından da daha hızlı sonuca ulaşmak adına oluşturulacak veri bankalarının uluslararası düzeyde de değerlendirilmesi ve paylaşılması önem arz edecektir. Bu sebeple DNA veri bankalarına ilişkin kanuni düzenleme yapılmasının, faili meçhul suçların sayısını azaltacağını ve suçla daha etkin mücadeleye katkı sağlayacağını düşünüyoruz.

IX. İTİRAZ KANUN YOLU

Ceza muhakemesi hukukunda amaca giden yolda her yolun mubah görüldüğü bir anlayış doğru değildir. Yalnızca muayene ve örnek alma tedbirinde değil; tüm ceza muhakemesi işlem ve uygulamalarında kişi hak ve özgürlüklerini ön planda tutan, insan onurunun korumasına önem veren bir bakış açısıyla

¹⁰² Şahin, s.251

¹⁰³ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.5, S.2, 2017, s.36

hareket edilmelidir. Tüm bu hususların kanun yolları için de geçerli olduğu düşünüldüğünde; ceza muhakemesinin amacı ile kanun yollarının işlevinin bütünlük arz ettiği söylenebilir.¹⁰⁴

CMK'nın 75. maddesinin 6. fıkrasında: “*Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.*” şeklinde konumuz olan tedbir açısından itiraz kanun yoluna başvurulması kabul edilmiştir. Aynı hüküm CMK'nın 76/5. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durumda CMK'nın itiraz kanun yoluna ilişkin 267. ve devamı maddeleri uygulanacaktır. CMK'da itirazı inceleyecek merciler açıkça sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Doktrinde ağır ceza mahkemesinin kararına yapılan itirazı diğer bir ağır ceza mahkemesinin ve sulh ceza hâkiminin verdiği karara yapılan itirazı diğer bir sulh ceza hâkiminin değerlendirecek olması, kanun yollarında asıl olanın değerlendirmenin üst bir yargı merciiince yapılması olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁰⁵

Savcının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verdiği muayene ve örnek alma kararlarına itiraz edilmesi mümkün değildir. Bu durumda savcı kararı hâkim onayına sunacak ve bundan sonra itiraz süreci başlamış olacaktır.¹⁰⁶ Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin uygulanması için hâkim veya mahkeme kararı gerekmediğinden bu karara itiraz edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Kararına itiraz edilen merci verdiği kararı hatalı bulduğu takdirde itirazı kabul edebilecektir. Verilen kararın hukuken doğru olduğuna ilişkin bir kanaat hâsıl olursa, itirazı değerlendirecek merci durumu kararı bağlayacaktır. Ayrıca kanunda öngörülen 7 günlük itiraz süresi de unutulmamalıdır.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz diğer bir önemli husus da; itiraz kanun yoluna başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasını durdurup durdurmayacağıdır. CMK'nın 269. maddesinde; “*İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz.*” denilmektedir. Kural olarak itiraz kanun yoluna başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasını durdurmayacağını söylemek doğru olacaktır. Nitekim muayene ve örnek alma tedbirinin uygulanmasında delil kaybına sebebiyet vermemek adına hızlı hareket edilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca hukuka uygun bir şekilde uygulanan tedbir, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edici nitelikte değerlendirilemez. Yine itirazın kabulü halinde de elde edilen veriler zaten muhakemede kullanılamayacaktır. Bu sebeple itiraz kanun yoluna

¹⁰⁴ Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.396

¹⁰⁵ Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı, 2015, s.4025-4027

¹⁰⁶ Özen, s.438

başvurulmasının muayene ve örnek alma tedbirinin ifasını durdurulması gerekir.¹⁰⁷

SONUÇ

Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler ceza muhakemesi alanında da önemli sonuçlar doğurmuştur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinden elde edilen veriler üzerinde, moleküler genetik inceleme sayesinde doğruluğu yüksek karşılaştırmalar yapılabilmektedir. Bunun neticesinde ceza muhakemesinde maddi gerçekliğe daha hızlı ve etkin şekilde mümkün olmaktadır. Muayene ve örnek alma işlemleri kişi hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilgili oldukları için Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanun ile düzenlenmeleri zorunludur. Bu sebeple şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi hakkında yönetmelikteki düzenlemeler ile yetinilmeyip ivedilikle kanuni düzenleme yapılması kişi hak ve özgürlüklerinin korunma kapsamını genişletecektir.

Kanunun kendi sistematigi içerisinde ve kanun ile yönetmelik arasında kavramsal bütünlüğün sağlanması önem arz etmektedir. Örneğin; muayene için beden, örnek alma için vücut kavramının kullanılmasının bilimsel bir açıklaması mevcut değildir. Mevzuatta kavramsal tutarlılığın olmaması doktrinde de farklı kavramların ve tanımların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durum, ceza muhakemesi sistemimizin bilimselliğine de zarar vermektedir. Muayene ve örnek alma işlemleri tıp biliminin gereklerine göre ifa edildiği için tıpta kullanılan kavramlar ceza muhakemesi sistematigi içerisinde harmanlanarak kavramsal bütünlük sağlanmalıdır.

Muayene ve örnek alma tedbirini uygulayacak doktor ve sağlık görevlilerinin tedbir hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmeleri de faydalı olacaktır. Örneğin; şüpheli şahıstan alınan saç örneği kökünden ve yeterli miktarda koparılmadığı takdirde mukayeseye elverişsiz olmaktadır. Yine kan örneklerinin bozulmaması açısından inceleme yapılacak merciye ulaştırılırken elverişli koşulların sağlanması çok önemlidir. Tüm bu hususlarda kolluk görevlilerinin ve hatta kalem personelinin bilgilendirilmesi de meydana gelebilecek ihmalleri azaltacaktır.

Muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek verilerin karşılaştırma işlemlerinin sonuçlarının mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde akıbetinin ne olacağına ilişkin kanundaki boşluğun giderilmesi de önemlidir. Bu sonuçlar her ne kadar kanunda yazılı hallerde imha edilecekse de; hem mahkûmiyet halinde hem de diğer hallerde bu verilerin kaydının tutulması ve gelecekteki muhakemelerde kullanılabilmesi sağlanmalıdır. Avrupa ülkelerinde ve Amerika'da çok daha önce kurulan DNA veri bankalarına

¹⁰⁷ Kızılarıslan, s.327

ilişkin bizim mevzuatımızda da kanuni bir düzenleme yapılması elzemdir. Bu durum, ceza muhakemesinde maddi gerçekliğe ulaşmada tüm adli makamların elini kuvvetlendirecektir.

Muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek veriler kişisel veriler arasında sayıldığından bu bilgilerinin gizliliği önem arz etmektedir. Aksi durumda TCK'nın 134. ve devamı maddeleri uyarınca sorumluluk söz konusu olabilecektir. Yine tedbiri ifa eden sağlık görevlilerinin üzerlerine düşen özen yükümlülüğünü göstermemeleri ve bunun neticesinde tedbir uygulanan kişide zarar meydana gelmesi durumunda taksirle yaralama hükümleri gündeme gelebilecektir. Ayrıca hakkında tedbir uygulanan kişinin genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır. Kolluk görevlilerinin de tedbirin uygulanmasında orantılılık ilkesini aşan kötü muamelede bulunmaları halinde TCK'nın 94. maddesi hükümlerinin uygulanma ihtimali mevcuttur.

Tedbiire karar veren ve tedbirin uygulayıcısı konumunda bulunan tüm kişileri ilgilendiren en önemli hususlardan biri de; tedbir uygulanırken hukuka uygun davranılması ve orantılılık ilkesinin daima göz önünde bulundurulmasıdır. Kanunda yazılı şartlar yerine getirilmeden uygulanacak muayene ve örnek alma tedbiri neticesinde elde edilecek veriler hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı elde edilen delillere dayanarak kurulan mahkûmiyet hükümleri de yüksek yargıda bozulacaktır. Bu sebeple muayene ve örnek alma tedbiri uygulanırken kanunda düzenlenen koşullar ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, “Dış Beden Muayenesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.27, 2016
- Apış, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.18, S.1, 2012
- Aydın, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- Aygün, Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.8, 2016
- Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, *Polis Dergisi*, S.44, 2005
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017
- Çakal, Ayşe, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Doğan, Recep, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *TBB Dergisi*, S.142, 2019
- Donay, Süheyl, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015
- Dursun, Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017
- Ersoy, Uğur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayıym Tayini*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- Ersoy, Uğur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020
- Gülsoy, Tevfik/ Kök, Nezih, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1-2, 2005
- Hakeri, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2016
- İnan, Ali Naim, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.44, S.1, 1995

- İnci, Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2017
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.70, S.19, 2012 (İpekçioğlu, Örnek Alma)
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.2, 2013 (İpekçioğlu, Anayasaya Uygunluğu)
- Kaplan, Mahmut/ Aydın, Özgür, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, 2016
- Karabulut, Ferhat/ Karapazarlıoğlu, Ersin/ Tosun, Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, *TBB Dergisi*, S.120, 2015
- Kızıllarslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma*, Kızıllarslan Serisi 1, Ankara, 2007
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap*, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2010
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erişim: <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>
- Nuhoğlu, Ayşe, “Beden Muayenesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.3, S.2
- Nuhoğlu, Ayşe, “Genital Muayene Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020
- Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020
- Öztürk, Bahri/ Kazancı, Behiye Eker/ Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019

- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer, Özge Sırma/ Kırıt, Yasemin F. Saygılar/ Akcan, Esra Alan/ Özaydın, Özdem/ Tütüncü, Efser Erden/ Villemin, Derya Altınok/ Tok, Mehmet Can, ***Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- **Öztürk**, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer, Özge Sırma/ Kırıt, Yasemin F. Saygılar/ Akcan, Esra Alan/ Tütüncü, Efser Erden/ Özaydın, Özdem, ***Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Soyaslan, Doğan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018
- Şahin, Cumhur, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005,
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku II***, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020
- Şahin, Meral Ekici, ***Ceza Hukukunda Rıza***, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012
- 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
- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 20. Baskı, Savaş Yayınları, **Ankara, 2020**
- Tüzüner, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.62, S.4
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.5, S.2, 2017
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, Özel Sayı, 2015
- Uyumaz, Murat, ***Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler***, Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014

- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2020**
- Yenisey, Feridun/ Çulha, Rifat/ Demirağ, Fahrettin/ Nuhoğlu, Ayşe,/ Oktar, Salih/ Tezcan, Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017
- Yıldırım, Ali, “Şüphelinin Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.5-6, 1988
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2019**
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, **Adalet Yayınevi, Ankara, 2019** (Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku)
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim tarihi: 06/10/2019
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2019
- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073049ss0017.pdf>, Erişim Tarihi: 16/10/2020