

**T.C.**  
**İstanbul Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

**Yüksek Lisans Tezi**

**NEMO TENETUR İLKESİ BAĞLAMINDA**  
**BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK**  
**ALINMASI**

**Çiğdem ADAR ÖZDEMİR**

**2501120516**

**Tez Danışmanı**

**Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas**

**İstanbul – 2019**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ÇİĞDEM ADAR ÖZDEMİR Numarası : 2501120516  
Anabilim Dalı /  
Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS  
Tez Savunma Tarihi : 28.08.2019 Saati : 14.30  
Tez Başlığı : NEMO TENETUR İLKESİ BAĞLAMINDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK  
ALINMASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,  
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ                    | İMZA | KANAATI<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|-------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER       |      | Kabul                               |
| 2-DOÇ. DR. VOLKAN DÜLGER      |      | Kabul                               |
| 3-DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS |      | Kabul                               |
| 4-DR.ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN  |      | Kabul                               |
| 5- DR.ÖĞR. ÜYESİ EZGİ CANKURT |      |                                     |

| YEDEK JÜRİ ÜYESİ                     | İMZA | KANAATI<br>(KABUL / RED / DÜZELTME) |
|--------------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1- DR.ÖĞR. ÜYESİ KERİM ÇAKIR         |      |                                     |
| 2- DR.ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED<br>DEMİREL |      | Kabul                               |

## ÖZ

### NEMO TENETUR İLKESİ BAĞLAMINDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

Çiğdem Adar Özdemir

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu amaç deliller vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Savcı ve mahkeme, suçun ispatını sağlama amaçlı birçok yetkiye sahip olmasına, şüpheli ve sanığı zorlayabilmesine rağmen bunun sınırları bulunmaktadır. Bu kapsamda şüpheli ve sanığın en temel savunma haklarından biri nemo tenetur ilkesidir.

Günümüzde teknolojiye gelişmelerin de etkisiyle vücuttan delil elde etme yöntemleri gelişmiştir. Bu noktada tezimizin amacı, nemo tenetur ilkesini açıklayarak, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma suretiyle delil elde edilmesinin şartlarını ortaya koymaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 1) Nemo Tenetur İlkesi, 2) Beden Muayenesi, 3) Vücuttan Örnek Alınması, 4) Katlanma Yükümlülüğü 5) Delil

## **ABSTRACT**

### **PHYSICAL EXAMINATION AND TAKING SAMPLES FROM BODY IN THE CONTEXT OF NEMO TENETUR PRINCIPLE (PRINCIPLE OF NOT TO BE COMPELLED SELF- INCRIMINATION)**

**Çiğdem Adar Özdemir**

Main goal of criminal procedure is reaching material fact by evidence. Although prosecutor and court have a range of power, can force suspect and defendant to prove they are guilty, this power isn't unlimited. In this context, one of the most fundamental right of defence for suspect and defendant is the nemo tenetur principle.

Methods of obtaining evidence from human body have improved significantly as a result of recent technological development. At this point, the purpose of our thesis is to explain the nemo tenetur principle while establishing the legal conditions of the methods of gathering evidence through physical body examination and taking of body samples.

**Keywords:** 1) Nemo Tenetur Principle 2) Physical Examination 3) Taking Samples From Body 4) Burden of Endurance 5) Evidence

## ÖNSÖZ

“Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” konulu bu çalışma, 28.08.2019 tarihinde Prof. Dr. Adem Sözüer, Doç. Dr. Murat Volkan Dülger, Dr.Öğr. Üyesi Mehmet Maden, Dr.Öğr. Üyesi Serdar Talas ve Dr.Öğr. Üyesi Muhammed Demirel tarafından oluşturulan jüri önünde savunulmuş, oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

En başta yalnızca bu çalışmayı meydana getirebilmemde değil, tüm yaşantımda en büyük emek sahipleri; annem Hadiye Adar, babam Rasim Adar ve kardeşim Özlem Adar’a en derin şükran ve teşekkürlerimi sunarım.

Bana bu mesleği keyifle yapabilme olanağı sağlayan, çalışma disiplini, mesleki duruş ve enerjisini örnek aldığım ve verdiği şansa layık olmaya çalıştığım saygıdeğer hocam Prof.Dr. Serap Keskin Kızıroğlu’na çok teşekkür ederim.

Ceza ve ceza muhakemesi hukukuna olan ilgimi ve sevgimi borçlu olduğum, yalnızca tez danışmanım değil, lisans ve yüksek lisans hayatımın büyük kısmını oluşturan, derslerini ilk günkü heyecanımla ve hayranlıkla dinlediğim kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas’a ne kadar teşekkür etsem az kalacaktır. Şükranlarımı sunarım.

Bu çalışmayı ortaya çıkarırken her daim desteklerini gördüğüm can dostlarım Esra Atay Erten, Esra Açık Çayır, Burcu Burtul, Deniz Öztürk, Ece Murat’a; yüksek lisans dönemim onsuz olsaydı böyle olmazdı dediğim can arkadaşım Ümit Bircan Adıgüzel’e, çalışma hayatımı çekilir kılan sevgili meslektaşlarım Ar. Gör. Sinan Barış Yaşar ve Ar. Gör. Kübra Kazan’a, adını özel olarak zikretmemiş olsam da üstümde emeği bulunan tüm arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Son olarak teşekkürlerin hep en sonu, ama en çoğu kendimden her vazgeçişimde benden bir an için bile vazgeçmeyen sevgili eşim, en yakın arkadaşım Can Rohilat Özdemir’e.. Minnettarım.

Bu çalışma, çalışmanın meydana geliş sürecinde içimde büyüyen ve doğumuyla varlığıma eşsiz bir anlam katan ilk göz ağrım, oğlum Özgür Taylan Özdemir’e ithaf edilmiştir.

İlgisi olan herkese faydalı olabilmesi dileklerimle...

## İÇİNDEKİLER

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| ÖZ .....                  | iii |
| ABSTRACT .....            | vi  |
| ÖNSÖZ.....                | v   |
| KISALTMALAR LİSTESİ ..... | iv  |
| GİRİŞ.....                | 1   |

## BİRİNCİ BÖLÜM NEMO TENETUR İLKESİ

|                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. GENEL OLARAK .....                                                                    | 2  |
| 2. İLKENİN KAYNAĞI ve TARİHSEL GELİŞİMİ .....                                            | 6  |
| 3. İLKENİN KAPSAMI (AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE) .....                                   | 9  |
| 3.1. BEYAN DELİLLERİ VE SUSMA HAKKI .....                                                | 9  |
| 3.2. BELGE VE EŞYA DELİLLERİ.....                                                        | 14 |
| 3.3. BEDEN MUAYENESİNE KONU OLAN DELİLLER .....                                          | 17 |
| 4. İLKENİN DİĞER İLKELERLE OLAN İLİŞKİSİ.....                                            | 22 |
| 4.1. HUKUK DEVLETİ İLKESİ .....                                                          | 22 |
| 4.2. ADİL YARGILANMA HAKKI .....                                                         | 23 |
| 4.3. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ.....                                                     | 24 |
| 4.4. İŞKENCE VE FENA MUAMELE YASAĞI .....                                                | 25 |
| 5. İLKENİN NORMATİF KAYNAKLARI.....                                                      | 26 |
| 5.1. ULUSLARARASI METİNLERDE .....                                                       | 26 |
| 5.2. TÜRK HUKUKUNDA.....                                                                 | 28 |
| 5.2.1. 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU (MÜLGA<br>CEZA MUHAKEMESİ KANUNU) ..... | 29 |
| 5.2.2. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU.....                                           | 29 |
| 5.2.3. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU .....                                                | 34 |
| 5.2.4. DİĞER DÜZENLEMELER .....                                                          | 36 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

|                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. GENEL OLARAK .....                                                      | 39 |
| 2. HUKUKİ NİTELİĞİ .....                                                   | 45 |
| 2.1. BEDEN MUAYENESİNİN BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE KEŞİF İLİŞKİSİ .....       | 46 |
| 2.2. BEDEN MUAYENESİ ve ARAMA İLİŞKİSİ .....                               | 50 |
| 2.3. BEDEN MUAYENESİNİN KORUMA TEDBİRİ NİTELİĞİ .....                      | 55 |
| 3. ÇEŞİTLERİ VE UYGULANMA KOŞULLARI .....                                  | 63 |
| 3.1 ŞÜPHELİ/SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI .....       | 63 |
| 3.1.1. GENEL OLARAK.....                                                   | 63 |
| 3.1.2. ŞÜPHELİ/SANIĞIN DIŞ BEDEN MUAYENESİ.....                            | 64 |
| 3.1.2.1 KAVRAM VE KAPSAMI .....                                            | 64 |
| 3.1.2.2. TEDBİRİN KOŞULLARI .....                                          | 67 |
| 3.1.2.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR /ŞÜPHE DERECESESİ...67              |    |
| 3.1.2.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM .....                               | 68 |
| 3.1.2.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM .....                       | 69 |
| 3.1.2.2.4. TEDBİRİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR.....                    | 70 |
| 3.1.2.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK.....                                        | 71 |
| 3.1.3. ŞÜPHELİ/SANIĞIN İÇ BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI ..... | 72 |
| 3.1.3.1 KAVRAM VE KAPSAMI.....                                             | 72 |
| 3.1.3.2 TEDBİRİN KOŞULLARI .....                                           | 75 |
| 3.1.3.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR /ŞÜPHE DERECESESİ...75              |    |
| 3.1.3.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM .....                               | 76 |
| 3.1.3.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM .....                       | 77 |
| 3.1.3.2.4. TEDBİRİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR.....                    | 78 |
| 3.1.3.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK.....                                        | 78 |
| 3.2. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI .....      | 80 |
| 3.2.1 GENEL OLARAK .....                                                   | 80 |
| 3.2.2. TEDBİRİN KOŞULLARI.....                                             | 83 |
| 3.2.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR/ ŞÜPHE DERECESESİ .....               | 83 |
| 3.2.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM.....                                  | 84 |

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| 3.2.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM .....     | 85 |
| 3.2.2.4. TEDBİRİN UYGULMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR .....   | 85 |
| 3.2.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK .....                     | 87 |
| 3.2.2.6. ÇOCUĞUN SOYBAĞININ ARAŞTIRILMASI DURUMU ..... | 87 |
| 3.3 KADININ MUAYENESİ.....                             | 88 |
| 4. ÖNLEYİCİ NİTELİKTE UYGULANMASI SORUNU .....         | 90 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### NEMO TENETUR İLKESİ VE BEDEN MUAYENESİNE İLİŞKİN TEMEL SORUNLAR

|                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. DELİL ELDE EDİLMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR .....                                                                                                                                       | 93  |
| 1.1. ŞÜPHELİ /SANIĞIN KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: ŞÜPHELİ/SANIK VÜCUDUNUN İNCELENMESİNE KATLANMAYA MECBUR MUDUR? .....                                                                      | 93  |
| 1.1.1. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ .....                                                                                                                                                     | 93  |
| 1.1.2. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI .....                                                                                                                                        | 94  |
| 1.1.3. DEĞERLENDİRME .....                                                                                                                                                            | 98  |
| 1.2. RIZA TARTIŞMASI: SUÇ ŞÜPHEİ ALTINDAKİ KİŞİNİN İRADESİ/RIZASININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU .....                                                                                         | 99  |
| 1.2.1. GENEL OLARAK RIZA KAVRAMI .....                                                                                                                                                | 99  |
| 1.2.2. ŞÜPHELİ/SANIK BAKIMINDAN RIZA .....                                                                                                                                            | 99  |
| 1.3. İŞKENCE, KÖTÜ MUAMELE VE ONUR KIRICI DAVRANIŞ YASAĞI KAPSAMINDA BEDEN MUAYENESİ: ZORLA MUAYENE KÖTÜ MUAMELE YASAĞINI İHLAL EDER Mİ? .....                                        | 102 |
| 2. ELDE EDİLEN DELİLİN YARGILAMADA KULLANILMASINA İLİŞKİN SORUNLAR.....                                                                                                               | 106 |
| 2.1. DELİL NİTELİĞİ VE HUKUKA AYKIRI DELİL TARTIŞMASI: ŞÜPHELİ/SANIĞIN KARŞI İRADESİNE RAĞMEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI NEMO TENETUR İLKESİNE AYKIRILIK OLUŞTURUR MU? ..... | 106 |
| 2.2. TANIKLIKTAN ÇEKİNME: TANIKLIKTAN ÇEKİNME VE TEDBİRİN UYGULANMASINI REDDETME HAKKI .....                                                                                          | 110 |
| SONUÇ .....                                                                                                                                                                           | 112 |
| KAYNAKÇA .....                                                                                                                                                                        | 118 |

## KISALTMALAR LİSTESİ

|               |                                               |
|---------------|-----------------------------------------------|
| <b>a.e.</b>   | : Aynı Eser                                   |
| <b>a.g.e.</b> | : Adı Geçen Eser                              |
| <b>ABD</b>    | : Ankara Barosu Dergisi                       |
| <b>AHFD</b>   | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| <b>AIHM</b>   | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi              |
| <b>AIHS</b>   | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi             |
| <b>AY</b>     | : Anayasa                                     |
| <b>AYM</b>    | : Anayasa Mahkemesi                           |
| <b>AYMK</b>   | : Anayasa Mahkemesi Kararı                    |
| <b>Bkz</b>    | : Bakınız                                     |
| <b>C.</b>     | : Cilt                                        |
| <b>CMK</b>    | : 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu          |
| <b>CMUK</b>   | : 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu  |
| <b>Çev.</b>   | : Çeviren                                     |
| <b>K.</b>     | : Kanun                                       |
| <b>m.</b>     | : Madde                                       |
| <b>MK</b>     | : Medeni Kanun                                |
| <b>MSHS</b>   | : Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi          |
| <b>PVSK</b>   | : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu            |
| <b>RG</b>     | : Resmi Gazete                                |
| <b>s.</b>     | : Sayfa                                       |
| <b>S.</b>     | : Sayı                                        |

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı hukuka uygun deliller vasıtasıyla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu kapsamda yapılan yargılamada, gerçek ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılmayacak, şüpheli ve sanığın hakları korunacaktır.

Günümüz dünyasında teknolojinin gelişmesiyle hem suç işleme şekilleri hem de yargılama sırasında başvurulacak delil elde etme yöntemleri farklılaşmış ve fazlalaşmıştır. Yargılamada başvurulacak delil elde etme yöntemlerinden biri beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıdır. Bu tedbir, insan bedeni üzerinde inceleme yapılması ve örnek alınması sebebiyle şüpheli ve(ya) sanığın vücut bütünlüğü başta olmak üzere kişilik hakları bakımından birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple tedbirlere başvurulurken kişilerin haklarının ihlal edilmemesi adil bir yargılamanın en önemli şartıdır.

Nemo Tenetur ilkesi, kişinin kendisi ve yakınlarını suçlayıcı beyanda veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem Anayasa kaynağında şüpheli ve(ya) sanığın haklarını koruyan en temel ilkelerden biridir, adil yargılanma hakkı içerisinde yer alır. Bu noktada, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin nemo tenetur ilkesine aykırı şekilde uygulanması durumunda adil bir yargılamadan söz edilemeyecek, elde edilen delillerin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir. İlkenin sınırları çizilerek tedbirlerin hangi koşullarda ve hangi şekillerde uygulanması gerektiği ortaya çıkarılmalıdır.

Çalışmamız kapsamında birinci bölümde, Nemo Tenetur ilkesi, kişinin kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması yasağı, tarihsel gelişim ve kapsamı AİHM kararları da göz önüne alınarak irdelenmiştir. İkinci bölümde, şüpheli ve(ya) sanığın kişilik haklarını etkileyen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine değinilerek tedbirin hukuki niteliği, türleri ve uygulanma koşulları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde ise, Nemo Tenetur ilkesi kapsamında tedbirlere ilişkin değerlendirmeler yapılmış, şüpheli ve(ya) sanığın rızası dışında uygulanan tedbirler ve bu kapsamda ilke ile çelişen durumlar, karşılaşılan sorunlar irdelenmiştir.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## NEMO TENETUR İLKESİ

### 1. GENEL OLARAK

Kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi ya da literatürdeki adıyla “nemo tenetur ilkesi” ; “nemo tenetur se ipsum accusare”<sup>1</sup> Latince karşılığından kaynak bulmuştur. Nemo tenetur ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde açıkça ifadesini bulmamasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, md.6/2’deki suçsuzluk karinesine gönderme yapılarak, ancak ondan bağımsız, m.6/1 kapsamında adil yargılanma hakkının çekirdek alanına ait görülmektedir<sup>2</sup>. Aslında bu ilke suç isnadı altındaki bir kişinin, kendisinin suçlu olup olmadığının ispatlanması sürecine aktif bir şekilde katılma ödeviyle sorumlu tutulamayacağını göstermektedir. Kişi kendisinin suçluluğunun ispatlanması sürecine yönelik katkıda bulunmaya zorlanamaz<sup>3</sup>.

İnsanı objeleştiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu hak ve değerlerin inkarı anlamına gelecek her türlü müdahale insan onuruna aykırıdır<sup>4</sup>. Bu kapsamda bu ilke hem “beyanda bulunmaya zorlanamama” ya da öğretideki genel adı ile “susma

---

<sup>1</sup> (Nemo tenetur se ipsum accusare: Hiç kimseden kendisini suçlaması beklenemez

Nemo tenetur se ipsum prodere : Hiç kimse kendine ihanet etmeye zorlanamaz), Belgin Erdoğan, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.85

<sup>2</sup> Harris/O’Boyle/Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Second Edition p.259 ‘..The right to a fair hearing includes freedom from self-incrimination in criminal cases. In one sense, this is an unexpected reading of Article 6(1), in that when Council of Europe member states added to the rights of the accused in the Seventh Protocol to the Convention, they considered including freedom from self-incrimination but decided not to so...’ Görüldüğü gibi Konsey her ne kadar, kendini suçlamaya zorlanamama hakkını düzenleme altına almak istese de, hak ne sözleşme maddesi olarak ne de sonradan düzenlenen protokoller bağlamında koruma altına alınmış, içtihatlar kapsamında sınırı ve özü belirlenmiştir. (İlgili içtihatlar; AIHM Murray kararı (çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57895>), AIHM Saunders kararı (çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>) , AIHM McGuinness kararı (çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61701>) , bkz. “İlkenin Kapsamı” başlığı )

<sup>3</sup> Ümmügülsüm Kılıç, **Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi**, Doktora Tezi, İstanbul 2010, s.25

<sup>4</sup> Kılıç, a.g.e, s.14

hakkı”nı hem de “suçlayıcı yolda delil göstermeye zorlanamama” hakkını kapsamaktadır. Buna “zorlama yasağı” da denilmektedir<sup>5</sup>.

Öğretide zorlama yasağı çerçevesinde, şüpheli/sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı ancak pasif bir şekilde katlanma yükümlülüğü(mecburiyeti) durumunun mevcut olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Bu duruma karşılık susma hakkına ilişkin kanunlarımızda yer alan açık düzenlemeler karşısında, kanun koyucu şüpheli/sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceğine ilişkin bazı eğilimler sergilemekte, yasağa ilişkin açık düzenleme getirmekten çoğu yerde kaçınmaktadır. Bu noktada bizce hem susma hakkını hem de ilkenin kaynağını teşkil eden adil yargılanma hakkını irdelemek konuyu daha iyi kavrayabilmek açısından önemlidir.

“Adil yargılanma hakkı” genel olarak, devletin başta ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri olmak üzere, hukukun genel ilkelerine uygun norm oluşturması, bu normlara uygun yargılama yapması ve yine yargılamaya ilişkin faaliyetlerini bu normlara uygun icra etmesini içerir. Bu anlamıyla adil yargılanma hakkı, aynı zamanda devletin yasama, yürütme ve yargı erklerini bağlayan genel bir hukuk kuralıdır<sup>7</sup>. Bu hak; kanunlarda bulunduğu karşılığın yanı sıra örf ve adet hukukunda da yansması olan, bu nedenle hukuk devleti olmanın ve ‘hukukun üstünlüğü ilkesi’nin ayrılmaz parçası, demokratik sistemin temel ilkesidir. Adil yargılanma hakkının bir diğer önemi ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde bulunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından temel bir işlev oluşturmasıdır. Bu hak altında yer alan haklar; yargı yeri önünde hak arama hakkı, yasalar ve yargı yerleri önünde eşit olma hakkı, kanunla kurulmuş, yetkili, tarafsız ve bağımsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı, makul bir sürede yargılanma hakkı, aleni duruşma ve gerekçeli karar edinme hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı olarak başlıklandırılabilir. Yine, hakim önüne çıkma, yargılamaya kişisel katılım, silahların eşitliği, susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi, ispat hakkı, suçsuzluk karinesi, suçlama ve hakların öğretilmesi hakkı, savunmaya hazırlık

---

<sup>5</sup> Zekiye Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkındaki Düşünceler”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017/7(2), s.140

<sup>6</sup> İnci, **a.g.m.**, s.121

<sup>7</sup> Çağrı Kan Aydın, “Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”, **TBB Dergisi**, 2010, s.151

yapabilme hakkı, savunma hakkı ve tanıkları sorgulayabilme hakkı gibi hakların tümü adil yargılama hakkı kapsamında güvence altına alınan haklardır<sup>8</sup>.

Adil yargılanma hakkı iç hukukumuzda ise AY m. 36'da yer almaktadır. "Hak arama hürriyeti" başlıklı maddede "(1)Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. (2)Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." hükmü yer almaktadır.

Ancak görüldüğü gibi, burada hakkın kapsamı açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği AİHS m.6 çerçevesinde ve AİHM kararları ışığında belirlenecektir. Adil yargılanma hakkı en başta devlete sonra da soruşturma ve kovuşturma makamlarına ödev yükleyen bir haktır.

Kanuna uygun davranmak her zaman adil bir yargılama yapıldığını göstermemektedir, zira kanuna uygunluk ile hukuka uygunluk kavramları da aynı değildir. Hukuka uygunluk kanunlarda yazılı olmasa dahi temel hukuk normlarına uygunluğu ifade eder<sup>9</sup>. Adil yargılanma ilkesi aslında bir yandan hukuk devleti ilkesini güvence altına almayı hedefler ve insan onurunun da bu kapsamda yargı uygulamasında gözetilmesi gerekir. Bu bazen hak sahibine ve onun iradesine rağmen yapılmalıdır<sup>10</sup>.

"Susma hakkı" ise bu bütünün içinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak savunma hakkı bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir<sup>11</sup>. Savunma hakkı anayasada sayılan temel bir haktır ve susma hakkı olmayan bir savunma hakkı eksiktir<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay., Ankara 2018, s.18

<sup>9</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 16

<sup>10</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e** s. 16, Ünver/Hakeri burada zorunlu müdafilik kurumunu örnek olarak göstermiştir.

<sup>11</sup> Cumhuriyet Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s.102

<sup>12</sup> Muhakemenin şekillendirilmesine –sınırlı da olsa- katkıda bulunabilen bir muhakeme süjesinden söz edebilmek, ancak, kişisel hürriyet ve kendi sorumluluğunu üstlenerek, sanığın kendi açıklamalarının gerçek anlamda sahibi olabilmesi ve her türlü baskıdan uzak olarak konuşup konuşmamaya ve istediği ölçüde konuşmaya karar verebilmesi halinde mümkündür." Şahin, **a.g.e.**, s.102

Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır; bunlardan ilki, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamaması, ikinci yönü ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilmemesidir<sup>13</sup>.

Görüldüğü gibi susma hakkı bir koluyla kişinin ifade özgürlüğünü sarmalayan bir hak olmakla birlikte, diğer bir koluyla kişinin kovuşturma makamları karşısında ayakta durmasını sağlayan savunma hakkını kucaklamaktadır. Bilindiği gibi bu hak insan haklarının gelişimi ile bağlantılı şekilde kişi özgürlüğü ve saygınlığı ile de doğrudan doğruya bağlantılıdır.

Kimi kaynaklarda kişinin kendini itham etmeme hakkı olarak da geçen “nemo tenetur ilkesi” sanığın susma hakkını ve kendisini suçlayıcı sorulara cevap vermemesini içermekle birlikte, bu nitelikte herhangi bir delilin temin edilmeye zorlanamamasını da içermektedir<sup>14</sup>. Bu noktada bu hak, ceza yargılamasında, bireylerin kendilerini suçlayıcı nitelikte beyan vermelerini sağlamak amacıyla devlet/kamu gücü tarafından zorlanmalarının önüne geçilmesini hedefleyen bir hak olarak ortaya çıkmıştır. Susmasına izin verilmeyerek çeşitli biçimlerde zorla ifadesi alınabilen yahut üzerinden delil elde edilebilen şüpheli / sanık konumundaki bir kişinin yargılama esnasında her türlü temel hak ve özgürlüğünün tehlike altında olabileceği açıktır<sup>15</sup>. Aslında bu hak, kişinin kendisi ve yakınları aleyhine tanıklık yapmayı reddetme hakkıdır. Nemo tenetur ilkesi tanığın sınırlı susma hakkı ve tanıklıktan çekinme hakları ile doğrudan bağlantılıdır.

Kanaatimizce bu hak kimi görüş sahiplerince görüldüğü üzere sadece kişinin kendisi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaması yahut susması hakkı değildir, bu hak kişinin kendisi ve yakınlarının aleyhine yapılan yargılama esnasında yargılama makamıyla işbirliği yapmaması, delil temin yükümlülüğünün bulunmaması gibi tüm durumları kapsamaktadır. Yine bu hak kapsamında, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamaya elverişli olası delileri de ortaya koyma yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Yani bu hak yalnızca beyana yönelik bir sınırlama yahut koruma getirmemektedir. Susma hakkı bu hakkın sonuçlarından biridir. Yine bu noktada kısaca belirtelim ki,

---

<sup>13</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 9.Bası İstanbul, s.142-143, Timur Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, Seçkin Yayınları, 5.Baskı Ankara 2018, s.96

<sup>14</sup> Murat Aydın, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s.35

<sup>15</sup> Aydın , **a.g.e**, s.36

<sup>16</sup> Demirbaş, **a.g.e**, s.96

susma hakkından vazgeçme yahut feragat etme ancak sanığın yeterince aydınlatılması halinde mümkün olabilir, aksi halde elde edilen deliller hukuka aykırıdır.

Susma hakkı ve kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması haklarının ceza muhakemesinin tarihsel gelişimiyle birlikte değerlendirilmesi bütünsel bir görünüme sahip olduklarını ortaya çıkarmaktadır. Bu görünüm içerisinde *“tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde sanığın ikrarı ile gerçeğe ulaşma çabası, şüpheli veya sanığın her ne pahasına olursa olsun konuşturulmasına yol açmıştır. İşkence ile alınan ikrarların hükme esas alınmasıysa ceza muhakemesinin amacının insan onuruna dokunulmadan gerçeğin elde edilmesi olduğu yönünde geliştikten sonra şüpheli veya sanıklara işkenceyi önlemek amacı ile yüklenen suç ile ilgili konuşmama ve açıklamada bulunmama hakkı da tanınmıştır.*<sup>17 18</sup> Bu doğrultuda hakkın kapsamı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ceza hukukunun maddi gerçekliğe ulaşma gayesiyle gerekçelendirilerek açıklanmıştır.

## 2. İLKENİN KAYNAĞI ve TARİHSEL GELİŞİMİ

İngilizce karşılığı “The Privilege of Self Incrimination” olan bu hak Latince “Nemo Tenetur Seipsum Accusare” (kimse kendisini suçlamak zorunda değildir) ilkesinin günümüze yansıyan halidir.

Roma döneminde ceza yargılaması birçok özelliği bakımından engizisyon sistemine benzerdi<sup>19</sup>. Bunların başında da sanıktan işkence ile ikrar elde edilmesi gelmekteydi<sup>20</sup>. Bu bakımdan işkencenin en fazla uygulandığı süreç, kilise tarafından yapılan yargılamalardı. Roma’da önceleri itham sistemi etkinken, on üçüncü yüzyıl başlarında itham yerini tahkik sistemine bırakmış, bu süreçte de Papa Innocent III, kilise yargısında tahkik sistemine geçiş yapmış ve Hristiyanlık âlemi genelinde işkence uygulanmasına ilişkin yetkiler vermiştir<sup>21</sup>. Bu durum on sekizinci yüzyıla gelinceye kadar devam etmiştir.

<sup>17</sup> Recep Kibar, **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.49 Görülmekte olduğu gibi kişinin kendini suçlamaya zorlanması en başta insan tabiatı ve insanlık onuruna aykırı olacaktır.

<sup>18</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 17

<sup>19</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.52

<sup>20</sup> Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s.62 *“Zira ikrar delillerin kraliçesi olarak ifade edilmekteydi”*

<sup>21</sup> İtişgen, **a.g.e.**, s.63

İlkenin yargılama sistemleri ile bağlantısı sebebiyle İngiliz hukukunda susma hakkı ve buna bağlı olarak nemo tenetur ilkesi on sekizinci yüzyılın başlarından itibaren belirmeye başlamasına karşın, Kıta Avrupası'nda kendine yer edinmesi ancak yarım yüzyıl sonra olmuştur<sup>22</sup>.

Hakkın kapsamı ile ilgili kaynaklar incelendiğinde hakkın doğduğu ilk zamanların bireylerin engizisyon mahkemeleri ile aralarındaki mücadele sonucuna tekabül ettiği görülmektedir<sup>23</sup>. Elbette yine eklemek gerekir ki, hakkın doğduğu yıllarda bu hakkın tam olarak ne fayda sağladığı konusunda o dönemde toplumda net bir algı oluşmamıştır<sup>24</sup>. Hakka ilişkin bilinen en eski gelişim İngiliz hukuk sisteminde yer almakta ise de, Roma dönemine ait temelleri olan nemo tenetur ilkesi kilise pratiğinde oldukça eski bir geçmişe sahip bir ilkedir<sup>25</sup>. İlkenin ve hakkın kökeni açısından kesin bir tarih verilememekte ancak onaltıncı ve onyedinci yüzyıl İngiltere'sindeki dinsel, politik ve hukuksal mücadelenin ürünü olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir<sup>26</sup>.

Şüpheli/sanığa susma hakkı ilk kez Magna Carta Libertatum'da (Büyük Özgürlük Fermanı) verilmiştir<sup>27</sup>. Yine 1791 yılında Bill of Rights (Haklar Bildirgesi) metnine de hak kısmen dahil edilmiştir<sup>28</sup>. On dokuzuncu yüzyılın ilk yarısına gelinceye kadar Kıta Avrupası'nda temel bir ispat yöntemi olarak ikrar elde edilmesi kullanılmakta, mahkemeler çok güçlü bireyler ise mahkemeler karşısında zayıf konumda bulunmaktaydılar<sup>29</sup>. Bu durum on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar devam etmiş, insanlar yapılan zorunlu sorgularda sorulara cevap vermedikleri takdirde cezalandırılıp işkence görmüşlerdir.

Anglosakson hukuk sistemi etkisi altında gelişen Amerikan hukuk sistemi incelendiğinde Bills of Rights temelli olan 1776 Virginia Bill of Rights Amerikan hukuk

---

<sup>22</sup> İtişgen, **a.g.e.**, s.64

<sup>23</sup> John T. McNaughton, "The Privilege Against Self-Incrimination", **Journal of Criminal Law and Criminology**, 1960, p.144-147, Aydın, **a.g.e.**, s.38

<sup>24</sup> Alfred C. Clapp, "Privilege Against Self-Incrimination", **Rutgers Law Review**, Vol.10/3, 1955-1956, p.541

<sup>25</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.38

<sup>26</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.40

<sup>27</sup> Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011, S.1, s.32

<sup>28</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.43 (döneme ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkzn. **a.g.e.** s.38 v.d)

<sup>29</sup> Aydın, **a.g.e.** s.54

sistemi açısından kişinin kendini itham etmeme hakkının temelini teşkil etmektedir ve Amerikan Anayasası'nın bir parçasını oluşturmuştur<sup>30</sup>.

Aslında ilkenin kaynağına bakmadan önce ceza sorumluluğunun kamusallaşması hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Zira gerçekten ilkenin doğuşu; suç isnadı altında yargılanmakta olan kişiden zorla – o dönemde işkence ile – delil ya da ikrar elde edilmesi ve bu durumun toplum üzerinde yaratmış olduğu tepki kaynaklı olmuştur.

Çalışmamızın bu bölümünde Constitutio Criminalis Carolina<sup>31</sup> ve devamında ilkenin ortaya kaynağından bahsetmek yerinde olacaktır.

Carolina'nın önemini ortaya koymadan önce belirtmek gerekir ki; 1532 tarihinde ilan edilen bu metin yaklaşık üç yüz yıl boyunca Almanya coğrafyasında yürürlükte kalmıştır. Carolina bir kısım hükümleriyle beraber kendisinden önce yer alan ve sadece özel çıkarların korunmasına dayanan itham usulünden ayrılma gerçekleştirmiştir<sup>32</sup>. Günümüz ceza yargılamasının usul ve esasına ilişkin birçok düzenlemeye kaynaklık etmesi bakımından metnin önemi büyüktür.

Bu noktada bir parantez açmak gerekirse, “corpus delicti” başta olmak üzere Carolina tezimizin ana konusu olan “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” hususunun da bir noktada kaynağını oluşturmaktadır. Zira suç mahallinde gözlem yapılması, suç nesnesinin incelenmesi, bu incelemenin hakimle birlikte bir nevi bilirkişi sayılabilecek kimi meslek sahipleri tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği, suç konusu kişi ölmüş ise mezarının açılarak otopsi dahi yapılabilmesi gibi hususlar bu metinle uygulamada yerini almıştır<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> İtişgen, **a.g.e.**, s.75 (bkz. Amerikan Anayasası ek madde 5- “ The Fifth Amendment : *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*)

<sup>31</sup> Belgeden, *eserin ilerleyen bölümlerinde Carolina (CCC) olarak bahsedilecektir.*

<sup>32</sup> İlgili dönem ve metne ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s.213 vd. “Ceza hukukunun rasyonelleşmesi serüveninde şüphesiz en büyük gelişme (aşağıda incelemeye başlayacağımız) Carolina'nın ilan edilmesidir.” **a.e** s.190

<sup>33</sup> Ozansü, **a.g.e.**, s.215

Metin maddelerinde hakimlere, yargılama safhalarını, hangi koşullarda bir safhadan diğerine geçilebileceğini (mahsus engizisyona geçiş), re'sen yargılamanın unsurlarını (ilk sorgulama- tanık dinleme- savunma- gerektiğinde ise, azap sorgulaması (işkence) ve bu unsurların nasıl yapılacağını hüküm altına alınmıştır<sup>34</sup>. Bu nedenle yalnızca ilke kapsamında değil, sayılan birçok konuda modern ceza hukukuna da temel teşkil edecek konular Carolina'da kaynak bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, ceza yargılamalarında reform yapılması yoluna Fransız İhtilali ile gidilmiştir. Bu sürecin yanı sıra Voltaire ve Beccaire'nin yazıları da Avrupa'da hukuksal reform süreci açısından geniş çaplı etki göstermiştir<sup>35</sup>. Bu durum özellikle sanıkların haklarına ilişkin ülkelerin yerel mevzuat düzenlemeleri yapmalarına da zemin hazırlamıştır.

### **3. İLKENİN KAPSAMI (AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE)**

#### **3.1. BEYAN DELİLLERİ VE SUSMA HAKKI**

Susma hakkı temelinde ilkenin sınırlarını belirleyen AİHM içtihatlarına göre susma hakkı mutlak bir koruma sağlamaz<sup>36</sup>. Hakkın mutlak bir hak olmadığına örnek olarak belirli koşullar altında sanığın susmasından bazı aleyhte sonuçlar çıkarılabildiği gösterilebilir. Bu durum güvenceye aykırılık teşkil etmez. Sanığın susmasının kendi aleyhine yorumlanması AİHS m.6'da yer alan susma hakkını ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde davadaki tüm koşullar dikkate alınır. Bunlar; susmanın aleyhe yorumlandığı durumlar, ulusal yargının bu delillerin değerlendirilmesine tanıdığı ağırlık, delil elde etmek için kullanılan zorlamanın niteliği ve şiddeti, yargılamadaki ilgili güvencelerin varlığı, susma hakkının ihlali suretiyle elde edilen materyalin kullanımıdır<sup>37</sup>.

Yine AİHM'e göre kişinin kendini suçlayamaması bağlamında susma hakkı sadece ikrar ya da doğrudan doğruya suçlayıcı nitelik taşıyan açıklamaları kapsamamaktadır. Zorlama sonucu elde edilen bazı açıklamalar, susma hakkına sahip olan kişiyi o anda suçlayıcı değilmiş gibi gözükse de, daha sonra sanığın diğer

<sup>34</sup> Ozansü, **a.g.e.**, s.221-222-223

<sup>35</sup> Aydın, **a.g.e** s.55, İtişgen, **a.g.e** s.68

<sup>36</sup> AİHM Kararları (Murray,Saunders,Funke..) *Kararlar ilerleyen sayfalarda ayrıntılı irdelenmiştir.*

<sup>37</sup> İtişgen, **a.g.e**, s.10

açıklamaları ya da sunduğu delilleri çürütmek, çelişki yaratmak, bunları şüpheli hale getirmek veya savunmasının güvenilirliğine zarar vermek için kullanılabilir<sup>38</sup>. AİHM de bu konuya birçok kararında açıklık getirmiştir<sup>39</sup>. Bu durumda da hakkın ihlal edildiği kaçınılmaz bir gerçektir. Bu noktada hakkın kapsamına sanığın arzusu dışında ve baskıyla elde edilen her türlü beyan girebilmektedir. Ayrıca ilke güvencesi belirttiğimiz gibi, yalnızca ifadelerle sınırlı değildir, aynı zamanda kanıtları vermeye zorlanamamayı da içermektedir. Sanığın susmasının ve sorulara cevap vermeyi reddetmesinin ya da delil vermemesinin onun mahkumiyetine temel alınması susma hakkıyla bağdaşmaz. Bu noktada çalışmamız kapsamında susma hakkı ayrıntılı şekilde irdelenmeksizin daha çok susma hakkının tartışmalı olduğu hususlara ilişkin kararların üzerinde durulacaktır.

Mahkeme, P.G ve J.H v. Birleşik Krallık kararında, dava konusu olaydan daha önce kaydedilmiş bir delil olan konuşma kaydındaki sesin başvurucuya ait olup olmadığının test edilmesi için yapılan ses kayıtlarının sanığın kendisini suçlama hakkı ile bağlantılı olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, ses örneklerinin sanığın kendini suçlayıcı ifade içermediğinin altını çizerek, adli analizlerde kullanılan kan, saç ve diğer fiziksel örnekler gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtip, kendini suçlamama hakkının bunlara uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Bu noktada karar mahkemenin susma hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlardan farklı bir sonuca vardığından eleştirilmektedir. Zira kanaatimizce, burada kişi ses örneği vermeye zorlanmakta bu durum da hakkın özünü ihlal etmektedir. Mahkeme ise bu durumda alınan örneğin aleyhe herhangi bir husus taşımadığını kararına gerekçe göstermektedir.

Hakkın sınırlandığı bir özel durum da terörle mücadele ve devlete karşı suçlar bakımından ortaya çıkan durumlardır. *Murray v. Birleşik Krallık*<sup>40</sup> davasında IRA örgütü üyesi John Murray, örgüt üyesi diğer bir kişinin polise bilgi vermek şüphesi ile haksız yere hapsedilmesine yardım etmekten yargılanmış ve mahkum olmuştur<sup>41</sup>. Baskın sonucu yakalanan başvuru, ne polis sorgusunda ne de mahkemede konuşmamış, sorulan sorulara cevap vermeyerek susma hakkını kullanmıştır.

---

<sup>38</sup> İtişgen, **a.g.e** s.11

<sup>39</sup> Örnek; AİHM “Saunders v. Birleşik Krallık” (Başvuru No: 19187/91), para.71 ((çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>)

<sup>40</sup> AİHM “Murray v. Birleşik Krallık” (Başvuru no:14310/88) (çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162614>)

<sup>41</sup> AİHM “Murray v. Birleşik Krallık” (Başvuru no:14310/88) para.20 vd.

Başvurucu sorulara cevap vermeyişinden mahkemenin aleyhine sonuç çıkardığını ve bu nedenle ispat yükünün savcılık makamından kendisine geçirildiğini, bunun kendisi aleyhine ifade vermeye zorlanmak demek olduğunu belirtmiştir<sup>42</sup>.

AİHM, sadece sanığın susmasına veya sorulara cevap vermeyi ya da delil sunmayı reddetmesine dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesinin susma hakkı ile bağdaşmayacağına hükmetmiştir.

Mahkemeye göre sanığın susmasından tersine sonuç çıkarmanın AİHS m. 6'yı ihlal edip etmediğinin anlaşılması için davanın koşullarının dikkate alınması, mahkeme tarafından susmanın delil olarak değerlendirilmesine ve mevcut durumdaki zorlama derecesine bakılması gerekmektedir<sup>43</sup>. Başvurucuyu yargılayan yerel mahkeme sanık sessiz kalmayı seçtiği için, suçlu olduğu sonucuna varmaz, ancak sanık aleyhine sunulan delil kişinin kendisini izah etmesini gerektiren bir duruma sokuyorsa, böyle bir açıklamanın yapılmaması sanığın suçlu olduğu yönünde bir sonuç çıkarılmasına neden olabilir.

Mahkeme olayın şartlarını değerlendirerek, diğer delillerin yanı sıra, IRA tarafından kaçırılmış kişinin bulunduğu bir evde yakalanan başvurunun bu konuda hiçbir açıklama yapmamasından sonuç çıkarılmasını makul bulmuş, ilgili hakkın ihlal edilmediği sonucuna hükmetmiştir. Belirtilen açıklamalar dikkate alınarak sanığın susmasından çıkarılan sonuç, delillerin değerlendirilmesinde sağduyunun izin verdiği bir sonuç olarak görülmüştür<sup>44</sup>.

Mahkeme sonuç olarak olay bakımından, beşe karşı on dört oyla olayda başvurunun susma hakkını zedelemek için kullanılan uygun olmayan bir zor kullanımın (*improper compulsion*) bulunmadığını ve m. 6/1'in ihlal edilmediğini kabul etmiştir. Yine kararında mahkeme davanın ilk bakışta haklı bir dava olarak görülebildiğini ancak bu zor dava irdelendiğinde susma hakkının, açıklama gerektiren durumun varlığında (*in situations which clearly call for an explanation*) kişiye koruma

<sup>42</sup> AİHM "Murray v. Birleşik Krallık" para.41-42

<sup>43</sup> AİHM "Murray v. Birleşik Krallık" para.47

<sup>44</sup> Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı : Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yayınları, İstanbul 2013, Tıpkı 4.Baskı,, s.282

sağlamadığını belirtmektedir. Kişiden bu durumda tatmin edici cevapların verilmesi beklenmektedir<sup>45</sup>.

*AİHM Heaney & McGuinness v. İrlanda* kararında da, başvuruçular, IRA terör örgütü üyesi olmak ve bir bombalama olayına katılmak şüphesi ile gözaltına alınmış, bombalama olayı ya da evdeki varlık nedenleri ile ilgili yöneltile sorular karşısında susma haklarını kullanmışlardır. Başvuruçular, yasa dışı örgüte üye olmak suçundan beraat ederken, İrlanda yerel kanununa göre belli suçlardan yargılanan kişilerin sorulan sorulara cevap verme yükümlülükleri bulunduğu, polise sorgu sırasında bilgi vermemeleri nedeniyle altı ay hapis cezasına mahkum olmuşlardır<sup>46</sup>. AİHM'ne göre, başvuruçuların isnat edilen suça ilişkin bilgi vermeye zorlanmaları dikkate alındığında, olayda susma hakkının ve kendini itham etmeme hakkının özüne zarar verilmiştir<sup>47</sup>.

Hükümet, güvenliğe yönelik tehdit karşısında bu müdahalenin orantılı olduğunu öne sürmüş ancak Mahkeme, güvenlik ve kamu düzeni gerekçelerinin, başvuruçunun AİHS m. 6/1 kapsamında güvence altına alınan susma ve kendi kendini suçlamama haklarının özünü ortadan kaldıran bir hüküm haklı kılamayacağını belirtmiştir.

Görüldüğü gibi AİHM terörle mücadele ve devlete karşı işlenen suçlar bakımından ayrıcalıklı bir uygulamaya gitmemiştir. Mahkeme bu gibi durumlarda kamu otoritesinin, kamu düzeni ve güvenliği gerekçeleriyle kişinin susma hakkını ortadan kaldıramayacağını altını çizmiştir. İrdelenen olaylar bakımından “izah edilmesi makul olarak beklenen” bir durumun varlığının bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. İlk olaydaki durumun “açıklanması gereken hal” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuyla hakkın özünü zedelediğini belirtmiştir. İkinci olaydaysa yerel mevzuat hükümleriyle kişinin susmasının yaptırıma bağlanması ve kişiye hapis cezası verilmesi uygunsuz zor kullanım olarak değerlendirilmiş ve kişinin susması adeta mahkumiyetine esas teşkil ettiğinden, hakkın özünün ihlali sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak mahkemenin hak kapsamında, suç veya suçlar bakımından ayrıcalık tesis etmediği, hakkın sınırlandırılabilmesinin ancak “açıklanması gereken hal” bakımından mümkün olabileceği görülmektedir.

---

<sup>45</sup> Harris/O’Boyle/Warbrick, **a.g.e**, p.261

<sup>46</sup> İncoğlu, **a.g.e**, s.275

<sup>47</sup> İncoğlu **a.g.e** s.275, Harris/O’Boyle/Warbrick, **a.g.e** p.262

AİHM'ye göre "açıklanması gereken hal" kavramı kapsamında belirli durumlarda susma hakkına sahip olan kişinin bu hakkını kullanması onun aleyhine yorumlanabilir. Mahkeme *Telfner v. Avusturya*<sup>48</sup> davasında sanığın suskunluğundan sonuçlar çıkarmaya, Avusturya'da olduğu gibi vicdani delil sistemini kabul eden ülkelerde izin verilebileceğini belirtmiştir. Fakat bunun için sanığa sunulan delillerin, ondan açıklama yapmasını gerektirecek durumda olması gerekmektedir<sup>49</sup>. İşte birçok kaynakta da 'açıklanması gereken hal' ya da 'açıklamanın makul olarak beklenilebildiği durum' kavramlarıyla anlatılmak istenen durum burada da ortaya çıkmaktadır.

Kişinin suç konusu olay sonrası elde edilen giysilerinde kişiyi suçlayıcı iz ve emarelerin bulunması ya da suç konusu eşyada kişinin biyolojik kalıntılarının bulunması, olay sırasında suç mahalinde olduğu ciddi beyanlarla belirtilen kişinin durumu vb. olaylar 'açıklanması gereken hal' kapsamında değerlendirilebilir<sup>50</sup>. Yine belirtmek gerekecektir ki; hakkın mutlak olmaması sonucu, belli koşullar altında sanığın susmasından bazı aleyhe sonuçlar çıkarmak bu güvenceye uygun olacaktır<sup>51</sup>.

Tüm bu nedenlerle hakkın esasından da anlaşıldığı üzere, sanıktan açıklamanın makul olarak beklenebilir olduğu durumlar bakımından susma hakkının sınırlandırılması hakkın özünü ihlal teşkil etmeyecektir. Yine bir görüşe göre, nasıl ki kişi kimlik bilgilerini yetkili makamlara bildirmek bakımından susma hakkına sahip değilse, açıklanması gereken haller bakımından da sorulan sorulara cevap vermekle adeta yükümlüdür. Bu yükümlülük susma hakkını ihlal etmez.

Tam olarak bu görüşe katılmamakla birlikte kanaatimizce buradaki en temel sorun; hangi hallerde açıklama yükümlülüğünün makul olduğu tespiti noktasındadır. Verilen örneklerde soruşturma makamlarının elde ettiği delil ve bulgular o kadar hayati niteliktedir ki kişinin açıklamaları suçsuzluğunun ispatı için adeta olmazsa olmaz öneme sahiptir. Bir bakıma ispat yükü elde edilen bulgular sebebiyle yer değiştirmekte ve kişinin masumiyetini kanıtlaması kişiden beklenir hale gelmektedir. Doğru ya da yanlış bu gibi özel durumlarda, sanığın açıklama yapması ona sunulmuş bir savunma hakkıdır. Bu hakkını kullanmayarak aleyhine var olan durumu değiştirmeyen sanık,

<sup>48</sup> AİHM "Telfner v. Avusturya" (Başvuru no: 33501/96)

(çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59347> )

<sup>49</sup> İtişgen **a.g.e** s.12

<sup>50</sup> AİHM "Telfner v. Avusturya" (Başvuru no: 33501/96)

<sup>51</sup> AİHM "Telfner v. Avusturya" (Başvuru no: 33501/96) para.17

aslında bunun sonucuna katlanmaktadır. Sanık kendi kefesini dolduracak ‘yeterli ve inandırıcı’ açıklamalarda bulunmadığı sürece, ağır gelen kefe iddia makamının olmaya devam edecektir. Bu bakımdan kanaatimizce, kişinin susmasından aleyhe anlam çıkarılması yerine burada var olan aleyhe durumun korunması yahut değişmemesi söz konusu olmaktadır. ‘Açıklanması gereken hal’ kapsamında kişiden açıklama beklemek, ilgili sorulara cevap verme yükümlülüğü yüklemek ve kişinin susma fiilinin aleyhe olan durumu devam ettirmesi bu bakımdan hakkı ihlal teşkil etmeyecektir.

---

### 3.2. BELGE VE EŞYA DELİLLERİ

Kişinin özgür iradesine dayanmayan her müdahale, Ceza hukuku bağlamında “zorla müdahale” teşkil etmektedir. Bir yandan ise Ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmak için birtakım işlemlerin derhal ve mutlak surette yapılması da gerekmektedir. Zira bazı deliller sağlıklı ve güvenilir şekilde, vakit kaybetmeden toplanılmadığı takdirde, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkması mümkün olmayabilir<sup>52</sup>. Bu noktada şüpheli/sanığa zorla müdahalenin sınırlarını çizen nemo tenetur ilkesinin kapsamını da yine AİHM kararları ortaya koyacaktır. Bu ilke, önceden de belirtmiş olduğumuz gibi kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama hem de belgeleri ve delilleri vermeme haklarını içermektedir. Belge delilleri ile ilgili tartışmalı bir karar olan *Funke v. Fransa* davası bu noktada önem arz etmektedir.

*Funke v. Fransa*<sup>53</sup> davası aleyhe belgeleri vermeye zorlanma ile ilgilidir. Jean-Gustave Funke Fransa’da yaşayan bir Alman vatandaşıdır ve gümrük yetkilileri Funke’nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere eve gitmişlerdir<sup>54</sup>. Evde yapılan aramada bankalara ait defter vs. belgeler bulunmuştur. Yetkililer el konulabilen bir kısım belgeye el koymuş, malvarlığına ilişkin birtakım belgelerin de kendilerine teminini talep etmişlerdir. Başvurucu Funke ise bu talebi reddetmiş ve AİHS m. 6/1 ve 6/2 ihlali gerekçesiyle AİHM’ye başvurmuştur.

---

<sup>52</sup> İnci, **a.g.m**, s.121

<sup>53</sup> AİHM “Funke v. Fransa”(Başvuru No. 10828/84)  
(çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809> )

<sup>54</sup> İnceoğlu, **a.g.e**, s.273, AİHM “Funke v. Fransa”(Başvuru No. 10828/84) para 1.-7

Savunma olarak; belgeyi vermeyi reddetmesi üzerine cezaya çarptırılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini öne sürmüş, Fransız yetkililerin uluslararası destek almalarına ve yabancı ülkelere gereken tüm kanıtları kendi kendilerine toplamalarına hiçbir engel olmadığını bu sebeple de dava konusu yöntemin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Hükümete göre ise devletin belirli belgeleri araştırma yetkisi ilgililerin kendi kendilerini suçlamak zorunda oldukları anlamına gelmez ve adil yargılanma haklarını ihlal etmez. Olayda, idare Funke'den bir suçu itiraf etmesini veya kendi aleyhine delil vermesini istememiştir, sadece yetkililer tarafından bulunan ve kendisi tarafından da varlıkları kabul edilen deliller ve bu delillere ilişkin açıklama talep edilmiştir<sup>55</sup>.

Komisyon, ticari ve mali konulardaki soruşturma usullerinin kendine özgü yönlerine ve devletin yaşamsal ekonomik menfaatlerine dayanarak, hükümetin savunmalarına katılmıştır. Komisyona göre, ne banka belgelerinin tedariki yükümlülüğü ne de verilen para cezaları adil yargılanma hakkını zedelemeyiz. Bu yükümlülük, devletin daha katı denetim kurallarına gerek kalmayacak şekilde vatandaşına güvenini ortaya koyar.

Mahkeme ise komisyona katılmamaktadır. Mahkemeye göre, gümrük idaresi kesin olmamakla beraber var olduğuna inandığı bazı belgeleri elde edebilmek için bu yola başvurmuştur. Belgeleri başka yoldan elde etmede ya yetersiz ya da isteksiz olan idare, başvurucuyu, işlediği iddia edilen suçların delillerini tedarik etmeye zorlama girişiminde bulunmuştur ve bu durum sebebiyle AİHS m. 6/1 ihlal edilmiştir<sup>56</sup>.

Bu karar yukarıdaki tüm gerekçeler sebebiyle başlı başına bir tartışma konusu oluşturmuştur. Mahkemenin kararı, belge temin yükümlülüğünü hakkın koruma kapsamına sokmuştur. Mahkeme görüşünü, başka türlü elde edilmek imkanı bulunan belgelerin, kişiden isteği dışında alınarak kişinin kendini suçlamaya zorlanmasına dayandırmaktadır. Yine bir görüşe göre de; belgeler kişilerin iradelerini yansıtan beyanlarla doludur. Belge başlı başına kişinin iradesini yansıtır. Dolayısıyla nasıl ki irade dışı varlık bulan kan, gen, tükürük vb. kalıtsal bulgular bakımından hak

---

<sup>55</sup> İnceoğlu, **a.g.e.**, s.274

<sup>56</sup>İnceoğlu, **a.g.e.**, s.273-274, AİHM “Funke v. Fransa”(Başvuru No. 10828/84) para 41-44; Harris/O’Boyle/Warbrick, **a.g.e.** p.261 “...The ‘degree of compulsion’ to which the applicant was subjected in Funke destroyed the ‘very essence of his freedom from self-incrimination...’ Görüldüğü gibi mahkeme, Funke’ye yüklenen yükümlülük sebebiyle uygulanan ‘zorlama derecesi’nin kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması hakkı bakımından hakkın özüne dokunduğu, özünü ihlal ettiğini belirtmiştir.

kapsamında korumadan bahsedilemeyecekse, iradeye dayanan belgenin temininde hak koruması pek tabiidir ki devreye girecektir. Burada bir “iradilik” sorunu yaratılmış olunmaktadır.

Kanaatimiz burada öncelikle iradilik sorunundan uzaklaşılması gerekliliğidir. Mali belgelerin kişilerin irade beyanlarını yansıttığı kuşkusuzdur ancak bu durum her kişisel iradenin hak kapsamında değerlendirilip korunabileceğini ortaya çıkarmaz. Daha önce de belirtildiği üzere bu hak mutlak bir hak değildir, mutlak bir koruma sağlamayacaktır<sup>57</sup>. Burada irdelenmesi gereken husus hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı mevzuudur. Burada Mahkemenin görüşlerine, başka türlü delil elde etme imkanının bulunup bulunmadığı hususu noktasında katılmaktayız. Zira bu ilkenin amacı her ne kadar şüpheli/sanığa mutlak bir koruma hakkı sağlamak olmasa da, kişinin kendi aleyhinde kullanılacak delili kamusal çıkar gerekçesiyle ilgili makama teslimine zorlamak çoğu zaman başlı başına onur kırıcı bir müdahale oluşturmaktadır<sup>58</sup>.

Bu noktada “başka türlü delil elde etme imkanının bulunması” hususu bu nedenle önem taşımaktadır. Gerçekten günümüz dünyasında hem bireylerin suç işlemesini kolaylaştıran teknolojik gelişmeler artmakta, hem de delil tespiti bakımından kullanılabilir araç sayısı yenilenmekte ve fazlalaşmaktadır. Bu durum ise devletlerin, bireylerin özgürlük alanına müdahale yetkisini arttırmasını beraberinde getirmiştir. Bu noktada devlet ceza yargılamasını, bireyleri klasik araçlarla sorgulamak yerine eskisinden daha karmaşık ve “müdahaleci” sistemler ile sürdürmeye başlamıştır ve beraberinde Ceza Muhakemesi sorunlarının doğmasına sebebiyet vermiştir. Kişilik hakları da adeta “şüphe” kavramıyla sınırlandırılır hale gelmektedir. Bu noktada kişi üzerindeki şüphe başkaca herhangi bir tedbirle ortaya çıkarılabilecek noktada ise; bu noktada şüpheliden zorla delil elde edilmesi ilkenin özüyle açıkça çelişeceğinden elde edilen delil Mahkemece tespit edildiği gibi hakkı ihlal edecektir.

---

<sup>57</sup> Şahin, **a.g.e.**, s.102-103

<sup>58</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s.98

### 3.3 BEDEN MUAYENESİNE KONU OLAN DELİLLER

Tezimizin ana konusunu oluşturan vücut muayenesi sonucu elde edilen bulgular kimi suçlar bakımından sanığın tespitinde olmazsa olmaz nitelikte önem taşımaktadır. Ayrıca kişinin tespitinde kullanılmakta olan ve kişisel veri niteliğindeki ses, fotoğraf, imza vb. materyallerin yargılama sırasında kullanımı birçok uyuşmazlığın çözümünde kimi zaman kolaylık kimi zaman adeta zorunluluk teşkil etmektedir. Zira kimi suçlar bakımından suçun niteliği şüpheli/sanığın vücudunun incelenmesini gerektirmektedir. Buna örnek olarak, bir kadının çocuk düşürtme suçundan yargılanması yahut cinsel saldırı suçları gibi suçun konusunun insanın vücudu olduğu suçlar gösterilebilir<sup>59</sup>. İşte tüm bu sebepler kişiden vücut bulgularının ve adı geçen materyallerin alımını gerekli kılmış, bu gereklilikse yine nemo tenetur ilkesi kapsamında tartışmalara yol açmıştır. Kişi çoğu yerel mevzuatta bu bulguları ilgili makamlara vermek zorunluluğunda bırakılmakta ve yine görüldüğü gibi kişiden elde edilen bu materyaller, yargılama esnasında kişi aleyhine delil olabilmektedir.

Sorunun giderilebilmesi bakımından, AİHM içtihatları dikkatlice incelendiğinde mahkemenin bu konudaki tutumunun oldukça açık ve tutarlı olduğu görülmektedir. Nitekim AİHM *Saunders v. Birleşik Krallık*<sup>60</sup> davasında, sözleşmeye taraf devletlerin ceza mevzuatlarına da dikkat çekerek, ceza muhakemesinde sanıktan, onun iradesinden bağımsız nitelik taşıyan kan, nefes, idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu elde edilmesinin hakkın kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir<sup>61</sup>. Bu konuda hukuk sistemlerinde genel bir kabul olduğunun da altını çizmiş, yasağın temel olarak suç isnat edilen kişinin susma isteğine saygı ile ilgili olduğunu eklemiştir. Mahkeme, kişinin iradesinden bağımsız nitelikte olan nefes, kan, üre, tükürük ve DNA testi için doku örnekleri sanıktan zorlayıcı metodlarla elde edilebilir demekte ve bunları ‘özel yaşamın gizliliği’ kapsamında bir değerlendirmeye almaktadır<sup>62</sup>.

Mahkeme 2006 tarihli *Schmidt v. Almanya* kararında<sup>63</sup> sanık iradesinden bağımsız var olan materyallerin sanıktan zor kullanılarak elde edilmesinin kendini itham etmeme hakkının ihlali olmayacağına karar vermiştir<sup>64</sup>. 1993 yılında

<sup>59</sup> İtişgen, **a.g.e**, s.43

<sup>60</sup> AİHM “Saunders v. Birleşik Krallık” (Başvuru No. 19187/91), İnceoğlu, **a.g.e** s.275

<sup>61</sup> AİHM “Saunders v. Birleşik Krallık” (Başvuru No. 19187/91) para. 69

<sup>62</sup> İtişgen, **a.g.e** s.43; İnceoğlu **a.g.e** s.276-277

<sup>63</sup> Kılıç, **a.g.e**. s.70

<sup>64</sup> Kılıç, **a.g.e**, s.70

Solingen’de dört Alman vatandaşının bir Türk ailenin evini ateşe vermesi ve beş kişinin ölümüne sebebiyet vermesi olayında, yerel mahkeme olan Düsseldorf Bölge Mahkemesine bir belge yollanır. Bu belgede bu olayın maktül ailenin husumet yaşadığı bir Türk tarafından yapıldığı belirtilir. Mektubun kim tarafından yollandığının tespiti için mektubun üzerindeki pulda failin tükürük/salya izleri araştırılır. Bunun üzerine Mahkeme, Alman Ceza Muhakemesi kanunu ilgili maddesine dayanarak söz konusu başvurunun kan ve salyasından örnek alınarak incelenmesi ve puldaki salya ile karşılaştırılması kararı verir.

Başvuru sahibi AİHS m.3 çerçevesinde insanlık dışı ve alçaltıcı bir muameleye maruz bırakıldığını belirterek ilgili mahkemeye başvuruda bulunur. Mahkeme uygulamanın insanlık dışı ve alçaltıcı bir muamele teşkil edecek minimum yoğunlukta olmadığına karar verir<sup>65</sup>.

AİHM, sanığın bizzat kendisine ait delil araçlarını vermeye zorlanamayacağını ifade etmiştir. Ancak bu açıklamaya ekleme olarak, kişi iradesinin devlet gücüne karşı korunmasının sadece sanığın iradesine bağlı deliller bakımından geçerli olabileceğini belirtmiştir. AİHM’ye göre, kişi iradesinden bağımsız bir şekilde var olan bilgi ve deliller, nemo tenetur kapsamında koruma alanında değildir<sup>66</sup>.

AİHM, *Jalloh v. Almanya*<sup>67</sup> kararında olaya göre başvurunun dört polis memuru tarafından takip edildiği, ağzından çıkardığı ve içinde uyuşturucu madde bulunması muhtemel olan plastik torbacıkları sattığı tespit edilmiştir. Kişi suçüstü yakalanmış ve tutuklanmış, bu esnada ağzının içinde bulunan başka bir “uyuşturucu bombacığını” yuttuğu fark edilmiştir<sup>68</sup>. Polis memurları tutuklama sırasında kişi üzerinde başkaca uyuşturucu madde bulamamışlar ve durumu Savcıya aktarmışlardır. Savcı, ispat vasıtasının kaybolmasının önüne geçmek için, şahsın yutmuş olduğu torbacığın ele geçirilebilmesi amacıyla şahsa hekim tarafından kusturucu madde verilmesi talimatını vermiştir. Bu talimat doğrultusunda polis

---

<sup>65</sup> Kılıç,, a.g.e, s.71

<sup>66</sup> Kılıç,, a.g.e, s.71

<sup>67</sup> AİHM “Jalloh v. Almanya” (Başvuru no: 54810/00) (çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307> )

<sup>68</sup> AİHM “Jalloh v. Almanya” (Başvuru no: 54810/00) para.11 “On 29 October 1993 four plain-clothes policemen observed the applicant on at least two different occasions take a tiny plastic bag (a so-called “bubble”) out of his mouth and hand it over to another person in exchange for money. Believing that these bags contained drugs, the police officers went to arrest the applicant, whereupon he swallowed another bubble he still had in his mouth” Burada “bubble” olarak kastedilen uyuşturucu kesesi/keseleri çalışmamızda “uyuşturucu bombacığı” olarak çevrilmiştir.

memurları tarafından hastaneye getirilen şüpheli, burada kusturucu madde almayı reddetmiştir. Bunun üzerine şüpheli başvuru orada bulunan dört polis memuru tarafından yere sabitlenmiş ve bir hekimin burnuna yerleştirdiği bir mide sondası ile kendisine kusturucu madde verilmiştir. Maddenin midesine inmesi üzerine bu sefer başka bir kusturucu madde ek olarak enjekte edilmiştir. Tüm bunlar üzerine şüpheli kusmuş ve içinde 0.2182 gr. kokain bulunan bir torbacık kişinin kusması suretiyle ele geçirilmiştir<sup>69</sup>.

Yargılama boyunca Alman Federal Mahkemesi, kişinin yutmuş bulunduğu ve içinde uyuşturucu madde bulunan torbacığın olası bir patlama ile kişinin sindirim sistemine ciddi ve hayati nitelik arz edebilecek bir tehlikeye yol açabileceğini, yapılan müdahalenin ana sebebinin bu olduğunun altını çizmiştir. Hekim tarafından yapılan uygulama sayesinde önemli sağlık tehlikelerinin önüne geçildiği belirtilmiştir.

Bu savunmalar AİHM tarafından kabul görmemiştir. Mahkeme, bu iddiaları uygulanmış olan tedbirin şüpheden uzak şekilde delilin elde edilmesi ve kaybolmasının önlenmesi amacıyla yapıldığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra sanığın sağlığı açısından ortaya çıkan tehlikenin önlenmesi halinin ise olsa olsa bir yan etki olarak ve amaçlanmaksızın ortaya çıktığını belirtmiştir. Yine AİHM, Almanya’da benzer prosedürlerin uygulanması esnasında iki ölüm olayının yaşanmış olmasına kararda vurgu yapmıştır. Bu gerekçelerle, AİHS m.6 bağlamında adil yargılanma hakkının ve bilhassa kişinin kendini itham etmeme hakkını yani nemo tenetur ilkesinin ihlal edildiği tespitini yapmıştır<sup>70</sup>. Nitekim vücuda zorla ilaç verilmesi zorunlu olarak vücut bütünlüğüne zarar vermekte olup, hakka müdahale teşkil etmesi kaçınılmazdır. Zira AİHS m.6’nın uygulama alanı, kişinin bizzat kendisi kullanılarak zorla kendisinden delil elde edilmesini de kapsamaktadır<sup>71</sup>.

Bu noktada kimi yazarlara göre AİHM birbiriyle çelişen kararlar vermiş gibi gözükse de, Mahkeme burada yalnızca delilin niteliğine yani sanığın iradesinden bağımsız olup olmamasına göre bir değerlendirme yapmamıştır. Mahkeme burada, uygulanan tedbirin ağırlığı bakımından da bir inceleme yapmıştır. Zira örneğin kişiden kan örneği alınmasında kişi sadece kendi bedenine yönelen hafif bir müdahaleye

<sup>69</sup> AİHM “Jalloh v. Almanya” (Başvuru no: 54810/00) para. 13

<sup>70</sup> AİHM “Jalloh v. Almanya” (Başvuru no: 54810/00) para. 97

<sup>71</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.76

pasif olarak katlanma yükümlüğü altındadır<sup>72</sup>. Oysa dava konusu olayda, kusturma biçimindeki davranış kişinin bedeninde dikkate alınmaması mümkün olmayan sağlık tehlikelerini ve patolojik tepkileri beraberinde getirmektedir<sup>73</sup>.

Mahkeme kararında bazı temel noktalara vurgu yapmıştır. Dava konusu olayda da diğer olaylarda olduğu gibi ispat vasıtası deliller sanık iradesi aşılarak, diğer bir anlatım ile zorla elde edilmiştir. AİHM bu noktada sanığın katlanma yükümlülüğü/ödevi kapsamını belirlerken, kişinin kendi kendini itham etmeme hakkı kapsamında somut olayları bir takım değerlendirmelere tabi tutmaktadır<sup>74</sup>. Bunların başında delillerin elde edilmesi sırasında devlet otoritesi kullanan görevlinin uyguladığı gücün değerlendirilmesi gelmektedir. Gerçekten *Jalloh v. Almanya* kararı dışında incelenen diğer zorla delil elde edilmesine ilişkin kararlar ve olaylarda kişinin katlanmak zorunda kaldığı, kişiye icra edilen gücün derecesi bu karara nazaran küçük ve pasif katlanma sonucunu doğuran müdahalelerdir. Bu olayda ise aranan ispat vasıtası delil, -sanığın sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte- kişinin midesine bir sonda takılmak suretiyle ve bedenin patolojik bir tepki oluşturması amaçlanarak, kişi kusturularak, elde edilmiştir. Yine bu olayda diğerlerinden farklı olarak AİHS m.3'ü ihlal eden bir durum da söz konusu olmuştur. Kişi bu noktada, kendisine uygulanan ve katlanma yükümlülüğü bulunduğu varsayılan bu müdahaleye karşı korunmalıdır.

*Cartledge v. Birleşik Krallık* kararında, alkollü araç kullanmaktan mahkum olan başvuru, cebir ve tehdit ile iradesi yanıltılarak alınan kan örneğinin mahkumiyetine neden olduğunu iddia etmektedir. Olayda başvurunun iddiasına göre polis, doktora kan örneği verilmemesi halinde kendisi hakkında dava açılacağına ve yargılanacağına yönelik psikolojik baskıda bulunmuştur. Mahkeme bu davada Saunders kararına göndermede bulunarak, kan örneğinin zorla alınmasının ve delil olarak kabul edilmesinin başvurunun adil yargılanma hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir<sup>75</sup>.

Vücuttan örnek alma ve beden muayenesinin ilgili kararlarda bu hak kapsamında koruma görmeyişi yerel düzenleme ve içtihatlarda da çeşitli gerekçelere dayandırılmaktadır<sup>76</sup>. Bu tür durumlarda kişinin inanış, bilgi gibi mahrem alanlarının

<sup>72</sup> AİHM “*Jalloh v. Almanya*” (Başvuru no: 54810/00) para.102

<sup>73</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.77

<sup>74</sup> AİHM “*Jalloh v. Almanya*” para.100-101

<sup>75</sup> İncoğlu, **a.g.e.**, s.278

<sup>76</sup> Daha fazla bilgi için *bkz.* İtişgen **a.g.e.** s.44

temsil edilmediği, aksi takdirde ceza muhakemesinin çoğu kez kabul edilemez şekilde yavaşlayacağı, bu tür delillerin 'kendini suçlayıcı nitelikte' olmadığı ve doku gibi fiziksel numunelerin şüphelinin desteğine gerek olmaksızın suç mahallinden ele geçirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>77</sup>. Tüm bu nedenlerle kişinin iradesini yansıtmayan, dolayısıyla iradesiyle değiştiremeyeceği bu nedenle de suçlayıcı nitelik taşımayan bulguların hakkın kapsamı ve özünü ihlal etmeyeceğini söylemektedir.

Kanaatimizce mahkemenin ilgili kararlarına bu aşamada katılabilmemiz mümkün değildir. Devlet organları, ceza soruşturma ve kovuşturmalarının fazlalığını ve bu noktadaki iş gücü yetersizliğini de gerekçe göstererek, maddi ve manevi olarak en az efor ve emekle elde edebildikleri en güvenilir kanıtları elde etmeye başlamıştır. Olayda kişilerden alınan kişisel veriler yahut vücutlarından alınan örnekler hem iradi olmadıkları gerekçesiyle hem de kendilerini başlı başına suçlayıcı nitelikte olmadıkları gerekçesiyle ilke kapsamına alınmamıştır. Ancak belirtmek isteriz ki hak kapsamında "delil göstermeye zorlanamama" hususu mevcuttur ki bu hak delilleri iradi yahut irade dışı deliller gibi bir ayrıma dayandırmamaktadır. Kaldı ki örneğin bir suç mahallinde bulunan ve kişinin iradesi dışında orada bıraktığı ifade edilen ter, saç, tükürük, sperm vb. materyalin başlı başına oradan alınması sonuç doğurmayacaktır, bu noktada şüpheli veya sanıktan yani suç şüphesi altındaki kişiden, bu sefer elbette iradesi dahilinde, ilgili materyalin alınarak karşılaştırma yapılması ve ona ait olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İşte bu adeta delilin anlamlandırılması işleminin sonuç doğurabilmesi için şüpheli veya sanığın kendi vücut örneklerinin alınmasına "katlanması" gerekmektedir. Bu işlemlerin her birinin yapılması kişinin vücuduna doğrudan teması gerektirdiği, bunun kişilik haklarına ve en başta insan onuruna müdahale niteliğinde olduğu açıktır. Dolayısıyla bu noktada "iradilik" tartışmalarının konuyu ele almak bakımından yetersiz kalacağını savunmakla, daha ayrıntılı bilgilere tezimizin ilgili kısmında yer vereceğimizi belirtmekle yetinmek isteriz.

Son olarak vurgulamak isteriz ki, AİHM ilgili kararlarında atlanan nokta tezimizin konusu beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumunda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek delil elde etmenin gerçekleştirilmesidir. Bu noktada kimi zaman "doğrudan doğruyalığı" dahi sağlanmayan deliller ile, kişiler cezalandırılma yoluna gidilmektedir. Bu noktada Mahkeme kararları incelendiğinde kişinin beyana zorlanamaması yani susma hakkı

---

<sup>77</sup> İtişgen a.g.e s.45

çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucu ilkenin kabulü, ancak onur kırıcı müdahalelere zorlanabilmesi durumu, bizce ilke ile bağdaşmamaktadır.

---

## 4. İLKENİN DİĞER İLKELERLE OLAN İLİŞKİSİ

### 4.1. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

İlke, tezimizin giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere, adil yargılanma hakkı çerçevesinde masumiyet/suçsuzluk karinesi, silahların eşitliği ilkeleriyle doğrudan ilişki içerisindedir.

Hukuk devleti ilkesinden kısaca bahsetmek gerekirse, “hukuk devleti” kavramı, genel olarak, bireylerin yönetime karşı korunmasını ifade etmektedir, hukuk denenen gücün egemenin tüm eylem ve işlemlerinde uygulanmasını ifade eder, bu sayede bireyin devlete karşı sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti kavramının temelini oluşturmaktadır<sup>78</sup>. Gerçekten hukuk devletinde bir yandan adalet sağlanarak güvenlik tesis edilirken diğer yandan insan haklarının ve özgürlüklerinin uygulanmasının korunması söz konusudur<sup>79</sup>.

Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına ilişkin tüm haklara kaynaklık edebilecek nitelikte bir temel ilke niteliğindedir, bu nedenle diğer ilkelerin ana fikrini hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır<sup>80</sup>. Bu noktada nemo tenetur ilkesi de evrensel normlara uygun davranmakla yükümlü olan hukuk devletinin temel sonucudur. Yargılamaların da bu ilke temeline riayet edilerek yapılması, devletin kendisini hukukla sınırlandırması ilkenin temel amaçlarıdır. Devlet gücünü hukuka uygun icra etmek yükümlülüğünde iken hukuk da insan kişiliğinin yüce değerine saygıya dayanmalıdır<sup>81</sup>.

Ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk devleti ilkesi, kanunen saptanmış bağımsız hakimler önünde gerçekleştirilecek yargılamanın açık temel kurallara göre yapılması, kişilerin temel haklarının güvenceye alınmasıdır. Şüphelinin araştırma konusu olarak kabul edilmeksizin, haklara sahip bir muhakeme süjesi olarak ele

---

<sup>78</sup> Demirbaş, **a.g.e.**, s. 94-95, Kılıç, **a.g.e.**, s.7

<sup>79</sup> Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.99

<sup>80</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.12, Gökçen, Alşahin, Çakır, **a.g.e.**, s.100

<sup>81</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.12-13, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem vd., **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay, Ankara, Eylül 2018, s.93-97, Aydın, **a.g.e.**, s.13

alınması gerekmektedir; hukuksal olarak dinlenilme, özgür iradeyi sakatlayan her türlü müdahalede bulunma yasağı, ölçülülük ilkesi ve mahkumiyet için her türlü kuşkudan arınmış şekilde suçun tüm unsurlarının ispatı zorunluluğu hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir<sup>82</sup>.

Anayasa m. 2 “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” şeklinde düzenlenerek Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu hüküm altına almıştır. Yine m.17’ de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğu, kimsenin insan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağı ve işkence yasağı hususu hükmolunmuştur. AİHS m.5’te de düzenlenen bu ilke ve yasaklar çerçevesinde ceza yargılamasında kimi delil elde etme araçları, başta sanıktan zorla delil ve ikrar elde etme olmak üzere, insan haysiyetini ihlal ettiği için kabul edilmemiş, hukuka aykırı addedilmiştir.

#### 4.2. ADİL YARGILANMA HAKKI

Nemo tenetur ilkesi AİHS m.6 içerisinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve bu kapsamdaki suçsuzluk/masumiyet karinesi ile doğrudan ilişkili bir ilke olup, AİHM de ilkeyi ve susma hakkını suçsuzluk karinesinin temel bir unsuru olarak görmektedir<sup>83</sup>.

Kısaca belirtmek gerekir ise, suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını ifade eder<sup>84</sup>. Bazen suçsuzluk karinesi, bazen de masumluk(masumiyet) karinesi olarak adlandırılan bu kavram, bir suç ile itham edilen kişinin suçsuzluğunu ispatlamak zorunda olmaması, aksine ispat külfetinin savcılığa yahut mahkemeye ait olduğunu ifade eden ve hüküm altına alan bir ilkedir<sup>85</sup>. Yine hukukumuzda, AY m. 38/4 “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” şeklinde karineyi hüküm altına almış bulunmaktadır.

<sup>82</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e**, s.13, Demirbaş, a.g.e, s.94-95

<sup>83</sup> İtişgen, **a.g.e**, s.6

<sup>84</sup> İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, 2005, S.58,s.42

<sup>85</sup> Üzülmöz, **a.g.m**, s.44

Susma hakkı ile suçsuzluk karinesinin kimi zaman bu iç içe ilişkisi sebebiyle suçsuzluk karinesine ilişkin bazı ihlaller aynı zamanda susma hakkının da ihlal edilmesi sonuçlarını doğurmaktadır. Örneğin, itham altındaki kişinin ifade vermeyi reddetmesi ve susma hakkını kullanması üzerine mahkemenin yeterli delil olmaksızın kişinin susmasından olumsuz anlam çıkararak suçluluğuna delalet sayması ve “sükut ikrardan gelir” düşüncesi ile kişinin aleyhine yorumlanması halinde ispat yükü yer değiştirmiş olur<sup>86</sup>. Bu durumda da kişi savunma yapmaya zorlanmış, susma hakkı ihlal edilmiş ve bu çerçevede suçsuzluk karinesi de ihlal edilmiş olur.

Nemo tenetur ilkesinin ortaya çıkmasına kaynaklık eden yasak sorgu yöntemleri başta olmak üzere, suçlu olduğuna inanılan kişi üzerinden suçun ispatına yönelik delil elde edilmeye çalışılması durumu, aslında hem suçsuzluk karinesinin yani yargılama sırasında itham altındaki kişinin suçsuz olduğu önkabulü ile hareket edilmesi gerekliliğini, hem de işkence ve kötü muamele yasaklarının da ortaya çıkışını doğrudan etkilemiştir. Dolayısıyla şüpheli/ sanığın iradesini sakatlayan yöntemlerle delil elde edilmesi durumu, çoğu zaman hem suçsuzluk karinesine hem işkence ve kötü muamele yasağına hem de nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>87</sup>.

AIHS m. 6 incelendiğinde her ne kadar adil yargılanma hakkının kovuşturma evresine binaen etkili olduğu anlamı çıkarılsa da, bu ilkenin kapsamı açısından boşluk bulunduğu anlamına gelmez<sup>88</sup>. AIHM, bu hükmün soruşturma evresinde de uygulanacağını ilgili kararlarında hüküm altına almıştır<sup>89</sup>. Bu ilke yargılamanın tümüne ilişkin, merkezinde insanın ve insan onurunun bulunduğu ve adilliği sağlayan bir yargılamayı amaçlamaktadır.

### 4.3. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

AIHM'ye göre silahların eşitliği adil yargılanma hakkının bir alt unsurudur, ceza yargılamasının çelişmeli olması temel hakkını da içerir<sup>90</sup>. Nemo tenetur ilkesi de bu hakkın bir alt dalı bir özelliğidir, bu sebeptendir ki Mahkeme'de kişinin kendisini itham etmeme hakkı ihlali hususunda birçok dava açılmıştır. Bu hak AIHS'de açık olarak

---

<sup>86</sup> İtişgen, **a.g.e** s.6

<sup>87</sup> İtişgen, **a.g.e** s.7

<sup>88</sup> Aydın, **a.g.e**, s.18, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.17

<sup>89</sup> AIHM “Salduz v. Türkiye” ( Başvuru no:36391/02) para.7 vd.

(çevrimiçi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>)

<sup>90</sup> Kılıç, **a.g.e** s.68

ifade edilmiş bir hak değildir, oysa Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde açık olarak ifade edilmiştir<sup>91</sup>.

Silahların eşitliği esasen, şüpheli/sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması; yargılamada savunmaya ilişkin hakların kısılmaması yahut engellenmemesi, şüpheli/sanığa tanınan hakların hiçbir engelleme ve zorlaştırma olmaksızın kullanılabilmesini ifade etmektedir<sup>92</sup>. Günümüzde ceza muhakemesinde tahkik sistemi uygulanmadığı için, birbirinden bağımsız makamlar olan hakimlik ve savcılık makamları karşısında şüpheli/sanığın da kendisini savunmak açısından eşit olanaklara sahip olması şarttır<sup>93</sup>. Bu kapsamda nemo tenetur ilkesinin kabul edilmeyip uygulanmadığı bir yargılamada şüpheli/sanık bakımından, iddiaya karşı savunma olanağına ilişkin denge ortadan kalkacağından silahların eşitliğinden bahsedilemez.

#### 4.4. İŞKENCE VE FENA MUAMELE YASAĞI

İlkenin işkence yasağıyla olan doğrudan ilişkisinin de kısaca incelenmesi gerekmektedir. AİHM m.3, işkence, insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleyi yasaklamaktadır<sup>94</sup>. Söz konusu hüküm, AİHS'nin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan tek hükmüdür, bu yasağın “olağanüstü durumlarda bile” ortadan kaldırılması mümkün değildir<sup>95</sup>. Gerçekten işkence yasağının sonuçları; kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması ve kanuni haklarının bildirilmesi şeklindedir. İşkence yasağı, delil ve ispat arasındaki ilişki önemlidir<sup>96</sup>. Zira işkence yasağına aykırı şekilde elde edilen deliller hiçbir şekilde ispat vasıtası olarak kullanılamaz, hukuka aykırıdır<sup>97</sup>.

AİHS m.3 insanlık dışı müdahalelerin ortaya çıkması halinde, örneğin şüpheli/sanığın işkence ile tehdit edilmesi halinde, ihlal edilmiş olur. Belirtmek gerekir ki, AİHS m.3'ün ihlal edildiği her durum, yargılamanın adil bir yargılama olmaması

<sup>91</sup> Kılıç, **a.g.e** s.68

<sup>92</sup> Öztürk v.d., **a.g.e**, s.111-112 Öztürk'e göre silahların eşitliği iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları gerçekten kullanabilmesidir.

<sup>93</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e** s.18

<sup>94</sup> Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayınları, 2006, İstanbul, s.1

<sup>95</sup> Öztürk v.d., **a.g.e**, s.99, Doğru, **a.g.e**, s.1

<sup>96</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e** s.13

<sup>97</sup> Bu deliller rıza halinde dahi delil olamazlar. Doğan Gedik, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 s.49

sonucunu da doğuracaktır. Nemo tenetur ilkesinin bir amacı sanığın susmaya ilişkin iradesini korumak ve sanığın tehdit ve cebir ile iradesinin kötüye kullanılması ve ispat vasıtası olarak kullanılmasının önüne geçmektir<sup>98</sup>. Bu durum en basit haliyle kötü muamele durumu oluşturacaktır ki, burada da yine AİHS m.3'e aykırılık oluşacaktır. İlkenin işkence ve kötü/fena muamele yasağına bu yakın durumu sebebiyle oluşan tartışmalı hususlar çalışmamızın üçüncü bölümünde ilgili başlık altında ayrıntılı olarak incelenmektedir<sup>99</sup>.

## **5. İLKENİN NORMATİF KAYNAKLARI**

### **5.1. ULUSLARARASI METİNLERDE**

Nemo tenetur ilkesinin hukuki kaynaklardaki karşılığına ilişkin yapılacak incelemede öncelikle susma hakkı üzerinden incelemeye başlanmak gerekir, zira susma hakkı ilkenin kapsamı düşünüldüğünde hukuk kaynaklarında öncelikli ve günümüzdeki haline en yakın hali ile kaynak bulmuş haktır. Daha önce de belirttiğimiz şekilde, sanığa susma hakkı ilk kez Magna Carta Libertatum'da (Büyük Özgürlük Fermanı) verilmiştir<sup>100</sup>.

Yine bir kısım kaynağa göre susma hakkı Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Muhakemesi Kuralları'nda ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi'nde bir hak olarak düzenlemiştir<sup>101</sup>.

16 Aralık 1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Medeni/Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi genel olarak bireylerin yaşama hakkı, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, seçim hakkı ve toplantı özgürlüğü, adil yargılanma hakkı dahil sivil ve siyasal

---

<sup>98</sup> Demirbaş, a.g.e, s.96

<sup>99</sup> Bkz.: Üçüncü bölüm, Üçüncü başlık, “Anayasal İlkeler Bakımından Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması: Zorunlu/Zorla Muayene Nemo Tenetur İlkesi Ve Kötü/Fena Muamele Yasağını İhlal Eder Mi?”s.108

<sup>100</sup> Kocaoğlu, a.g.m, s.32

<sup>101</sup> İncoğlu, a.g.e, s.272

haklarına taraf devletlerin saygı göstermeyi taahhüt ettikleri bir sözleşmedir<sup>102</sup>. Sözleşme Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmıştır ve 23.12.2003 tarihi itibarıyla hüküm doğurmaya başlamıştır<sup>103</sup>. Evrensel ilkeler taşıyan bu tür bildirimler, bireylerin haklarının korunmasına yönelik olarak devletlere karşı uluslararası uygulamaların ve yaptırımların oluşmasının önünü açmıştır<sup>104</sup>.

Yine belirttiğimiz gibi, AİHS m.6, BM İnsan Hakları Komitesinin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 1949'daki taslak biçimindeki haline paralel hazırlanmıştır<sup>105</sup>. Taslağın ilk halinde yer almayan bu hak, daha sonra taslağın değiştirilmesi ile Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/3'te kendisine yer bulmuştur. Fıkra 3'ün g bendi "hakkında suç isnadı bulunan kişinin "kendisine karşı tanıklık yapmaya veya suçu itirafa zorlanmama" hakkı" olduğunu düzenlemiştir<sup>106</sup>.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, sözleşmenin bu maddesi sadece şüpheli/sanık hakları bakımından düzenleme yapmış olup yakınları açısından kapsamı bulunmamaktadır. Bu nedenle tanıklığa ilişkin düzenlemeler bakımından yeterli değildir. Yine şüpheli/sanığın yalnızca beyan ve ifadelerine ilişkin bir koruma sağlamakta olup, delil göstermeye zorlanamama hakkını karşılayamamaktadır. Her ne kadar Sözleşmenin bu maddesi şüpheli/sanık için susma hakkına ilişkin düzenlemelerin temelini oluştursa ve nemo tenetur ilkesi bakımından yeterli kapsamı yaratamamış olsa da, hakkın kullanımı açısından yapılan bu belirleme hakkın kaynağını oluşturmak için büyük öneme sahiptir<sup>107</sup>. Yine Sözleşmenin 7.maddesinde düzenlenen işkence yasağına ilişkin hükümler de nemo tenetur ilkesini destekler nitelikte olduğundan ilke açısından önem arz etmektedir.

Bu sözleşmenin kaynaklığında düzenlenen AİHS, 4 Kasım 1950 yılında İnsan Hakları Bildirgesi'nde bulunan hakları toplu olarak güvence altına almak maksadıyla Avrupa Konseyi üyelerinin anlaşarak oluşturmuş oldukları uluslararası bir metindir.

---

<sup>102</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.61

<sup>103</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.52, Aydın, **a.g.e.** s.61

<sup>104</sup> Aydın, **a.g.e.** s.61

<sup>105</sup> İnceoğlu, **a.g.e.**, s.272

<sup>106</sup> Doktrinde kimi yazarlarca Sözleşmenin bu hükmünün nemo tenetur ilkesi ve kişinin kendini itham etmeme hakkını tam kapsamıyla güvence altına almadığı ifade edilmektedir. *Ayrıntılı bilgi için bkz.*

Aydın, **a.g.e.**, s.62

<sup>107</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Aydın, **a.g.e.** s.62

Türkiye Sözleşmeye 18 Mayıs 1954'te taraf olmuştur, ancak AİHM'ne bireysel başvuru hakkı ancak 28 Ocak 1987 yılında tanınmıştır<sup>108</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, AİHS'nin susma hakkı ve nemo tenetur ilkesini adil yargılanma hakkı başlıklı 6.maddesine ancak zımnen aldığı kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Konuya ilişkin AİHM kararları tezimizin “ilkenin kapsamı” başlığı altında incelenmiştir. Ancak ilke açısından büyük önem taşıyan AİHM kararı olan, *Saunders v. Birleşik Krallık* kararında adil yargılanma hakkını şu şekilde açıklanmıştır:

*“ Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça belirtilmemekle birlikte, susma ve kendi kendini suçlamaya zorlanamama hakları (the right not to incriminate oneself) 6. maddedeki adil yargılanma fikrinin temelini oluşturan uluslararası standartlarda genel kabul görmüş haklardır. Bu hakların amaçlarından biri görevli/yetkili kişilerin uygunsuz/ölçüsüz zorlamalarına (improper compulsion) karşı sanığın korunmasına ve böylece adli hataların önlenmesine ve 6.maddenin amaçladığı faydaların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır... Kendini suçlamama/suçlamaya zorlanamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusuna aykırı olarak baskı vb. zorlayıcı yöntemlerle elde edilen delillere başvurulmaksızın ispat etmesi gereğine dayanır. Bu anlamda bu hak, Sözleşmenin 6.maddesinin 2.fıkrasında yer alan masumiyet/suçsuzluk karinesi ile de sıkı sıkıya bağlantılıdır. Kendini suçlamama hakkı öncelikle sanığın susma hakkına saygı ile ilgilidir.”<sup>110</sup>*

## 5.2. TÜRK HUKUKUNDA

Konu bakımından Türk hukuk sistemini incelenmek gerekirse; Anayasa'nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu madde nemo tenetur ilkesinin Türk hukukundaki temelini oluşturmaktadır<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Aydın, **a.g.e** s.63

<sup>109</sup> İnceoğlu, **a.g.e**, s.272, Aydın, **a.g.e** s.64

<sup>110</sup> İnceoğlu, **a.g.e**, s.272, AİHM “Saunders v. Birleşik Krallık” para.68-69

<sup>111</sup> Demirbaş, **a.g.e**, s.96 vd.

Maddenin kapsamından, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır. Madde diğer yandan, isnadı ileri süren devletin ispat yükümlülüğüne işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada suçlanan kişiye suçsuzluğunu ispat külfeti değil, suçlayan makama iddiasını ispatlama yükümü getirilmektedir.

### **5.2.1. 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU (MÜLGA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU)**

Öncelikle bu hakkın ilk defa 1961 Anayasasında yer aldığı belirtilmelidir. 1961 AY'sı m. 33/4'te; *“Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* denilmekle, açıkça kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamayacağına yer vermiştir.

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 50'e göre *“Bir şahit, kendisine sorulan ve vereceği cevap ile kendisini veya 47 nci maddenin 1,2,3 üncü fıkralarında gösterilen taallukatından birini ceza takibine uğratabilecek suallere cevap vermekten çekinebilir.”* denilmekle, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması hakkının tanındığı görülmektedir.

Yine 1412 sayılı mülga CMUK m. 47 “Şahitlikten Çekinme Halleri”, m. 50 “Şahidin Kendi Veya Taallukatı Aleyhine Şahitlikten Çekinmesi”, m. 52 “Yemin Verilmeyen Şahitler”, m. 53 “Şahitlikten Çekinmeğe Hakkı Olan Kimsenin Çekinmemesi” , m. 69 “Ehlihibrelikten Çekinme Hakkı, Ehlihibre Olarak Dinlenemeyenler”, m. 135 “İfade ve Sorgunun Tarzı”, m. 135/a “Yasak Sorgu Yöntemleri”, m. 245 “Şahitlikten Çekinme Hakkını Sonradan Kullanan Şahidin İfadesi” ve m. 254 “Duruşmanın Bitmesi ve Hüküm” bu ilkenin etkisini gösteren maddelerdir<sup>112</sup>.

### **5.2.2. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU**

Susma hakkı ve bu kapsamda nemo tenetur ilkesi, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine bir beyanda bulunmaya ya da bir delil göstermeye mecbur edilemeyerek

---

<sup>112</sup> İtişgen, a.g.e , s.73

onun muhakemenin yürüyüşüne aktif olarak katılma yükümlülüğünün olmadığına kabulüdür<sup>113</sup>.

Bu noktada “bu yolda delil göstermeye zorlanamama” kavramının amacının ispat yükünün yer değiştirmesini önlemek olduğu açıktır. Yoksa madde şüpheli veya sanıktan hiçbir türlü beyan veya delil elde edilemeyeceği gibi geniş bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacaktır ki bu da çoğu kez ceza hukukunun maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına uygun düşmeyecektir. Anayasal güvencenin yanında, ifade alınma veya sorguya çekilme esnasında kişiye, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylemek zorunluluğu iç hukukumuzda açık bir şekilde düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 90/4 “*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.*” diyerek yakalama durumunda sanığın susma hakkının olduğunun derhal bildirilmesi yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Yine md. 147/1 “*Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur... e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>114</sup>.

Aynı maddenin 1. fıkrası a bendinde şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağı ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Şüphelinin kimlik ve adresi ile ilgili bilgi vermekten kaçınması ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliğinin belirlenememesi halinde, bu belirleme yapıncaya kadar gözaltına alınması ve tutuklanması mümkündür. Burada susma hakkının kimlik bilgisi bakımından yerel mevzuat hükümlerince sınırlandırıldığı görülmektedir.

İfade ve sorunun tarzını düzenleyen maddenin ardından duruşmanın başlanmasını düzenleyen ilgili madde 191 de; “ (1) *Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak*

---

<sup>113</sup> Kocaoğlu, **a.g.m.**, s.32

<sup>114</sup> Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamanın kanuni hak olduğunun yasada formüle edilmesinin gerek olmadığına ilişkin görüş için bkz. Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s.166

*duruşmaya başlanır. Sanık, duruşmaya bağısız olarak alınır. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar... (3) Duruşmada sırasıyla,... c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir.”* denilmektedir. Buradan da yargılamanın her aşamasında sanığa susma hakkının hatırlatılmasının iç hukukta güvence altına alındığı görülmektedir.

Susma hakkına ilişkin bu bildirim yükümlülüğünün mutlaka ifadeyi alan veya sorguyu gerçekleştiren (yakalamada yakalamayı gerçekleştiren kolluk görevlisi/amiri, duruşmada mahkeme başkanı) tarafından yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Üçüncü kişi bu işle ilgili görevlendirilemez. Ayrıca şüpheli veya sanığın susma hakkını biliyor olması susma hakkını bildirecek görevliye bildirme görevini yerine getirmemesini asla haklı kılmaz. Hatta şüpheli veya sanık yanında müdafî ile ifadeye veya sorguya gelse ve müdafî tarafından susma hakkı konusunda aydınlatılmış olsa bile, susma hakkını bildirecek görevli ya da organ, bu konuda gerekli bilgilendirmeyi yapmakla yükümlüdür<sup>115</sup>.

“Aydınlatma yükümlülüğü” olarak da tanımlayabileceğimiz bu düzenlemelere aykırı bir şekilde şüpheli veya sanığa susma hakkı hatırlatılmadan yapılacak soruşturma veya kovuşturmadan elde edilecek beyanlar delil yasakları teşkil eder ve mutlak bozma nedeni oluşturur<sup>116</sup>. Zira şüpheli veya sanıktan susma hakkı hatırlatılmayarak alınmış ifade veya yapılmış sorgu savunma hakkının esaslı bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verecek hukuka kesin aykırılık nedenlerindendir. Son olarak; CMK m.311 “Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi” başlıklı hükmü, “ (1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür: (f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, AİHM kesin kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, AİHM’nin kararının

---

<sup>115</sup> Kocaoğlu, **a.g.m.** , s.44

<sup>116</sup> CMK m. 289 “Hukuka Kesin Aykırılık Halleri” “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması. ....

h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.

i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.”

*kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir.”* denilerek, AİHS'nin ihlalini bir yargılamanın yenilenmesi nedeni saymaktadır.

Konunun bu kısmına “tanıklık” maddeleriyle devam etmek gerekecektir, zira “yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya yahut delil göstermeye zorlanamayacak olan” kişi yargılamada tanıktır. Tanık, ceza muhakemesinde yargılamanın konusu olan olayı beş duyusu ile algılamış olan ve elde etmiş olduğu bilgileri kovuşturma evresinde hakim önünde anlatan kişidir<sup>117</sup>.

Tanığın susması elbette ki şüpheli ve sanığa tanınan susma hakkı kadar kapsamlı bir hak değil, nispi bir haktır. Zira tanığın kural olarak en önemli yükümlülüğü bildiklerini anlatması, beyanda bulunmasıdır<sup>118</sup>. Tanık sadece kendisi ve belirli derecede yakınları hakkında suçlayıcı nitelik taşıyabilecek bir durumun varlığı halinde beyanda bulunmaktan çekinebilecektir. Bu noktada CMK m. 60 “*Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.*” şeklinde hükmolunarak, kanuni bir sebep olmaksızın tanıklık görevini yerine getirmekten kaçınan kişilere uygulanabilecek yaptırımları düzenlemiştir.

Tanıklık, ceza yargılamasında bir kamu görevidir<sup>119</sup>. Yukarıda belirtilen disiplin hapsi yahut zorla getirme gibi yaptırımların uygulanabilme nedeni esasen bu sebeptir. Tanık, tanıklık görevini icra ettiği yargılama esnasında kendisine karşı gerçekleştirilen suçlar bakımından kamu görevlisi gibi korunmakta, bu nedenle başta hakaret vb. suçlar olmak üzere kendisine gerçekleştirilen suçlarda nitelikli hallerin ortaya çıkması söz konusu olmaktadır<sup>120</sup>.

Bu zorunluluğu sınırlayan unsur AY m. 38’de de belirtilen “tanıklıktan çekinebilme” halidir. Yine, CMK m.45 vd. tanıklıktan çekinme hallerini açıkça

---

<sup>117</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay. 2018 Ankara, s.494, Ünver, Hakeri, **a.g.e** s.233

<sup>118</sup> Yenisey, Nuhuğlu **a.g.e** s.494, Ünver, Hakeri, **a.g.e** s.233, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A yay, 1996 Ankara, s.230

<sup>119</sup> Feyzioğlu, **a.g.e**, s.101

<sup>120</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e** s.234

düzenlemiştir<sup>121</sup>. Ancak kanunda yazılı kişiler tanıklıktan çekinme haklarını kullanabilecektir. Yine maddenin 3. fıkrasında belirtildiği gibi, *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.”* Buradaki bildirimin varlığı, yine susma hakkında olduğu gibi esaslı bir niteliğe sahip olup, bildirimde bulunmamanın sonuçları paralel niteliktedir. Kanunda sayılan yakınlık ilişkisinin ortadan kalktığı hallerde –evlilik ilişkisinin sona ermesine bağlı sonuçlar hariç olmak üzere- tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması söz konusu olamaz. Bu kapsamda önceden tanıklıktan çekinebilen kişinin yakınlığı ortadan kalkarsa, artık tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı için tekrar çağırılıp beyanının alınması gerekmektedir<sup>122</sup>.

Konumuzla ilgili düzenleme CMK m.48’de yer almaktadır. “Kendisi ve yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme” başlıklı maddede, *“Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir.”* hükmolunmuştur<sup>123</sup>. Şüphesiz ki tanık yakınları için tanıklıktan çekindiği durumlarda bu çekinme yakınları aleyhine değerlendirilemeyecektir<sup>124</sup>.

Değirmek istediğimiz bir diğer husus da CMK m.50’de ortaya çıkan doktrinde kimi yazarlara göre sanığın susma hakkını dolaylı olarak ihlal eden düzenlemedir<sup>125</sup>. CMK m.50 *“Aşağıdaki kimseler yeminsiz dinlenir... c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.”* Şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin başlığı “yemin verilmeyen tanıklar” olsa

---

<sup>121</sup> CMK m.45 /1 “ Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.

b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.

d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.”

<sup>122</sup> Aydın, **a.g.e.**, s.203

<sup>123</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.498. Maddede “ceza kovuşturması” tabirinin geçmesi akıllara tanığın sorulara vereceği cevapların belirtilen kişileri ceza soruşturmasına uğratacak, basit şüphe niteliği oluşturması halinde ne olacağı tanığın cevap vermekten kaçınma ve tanıklıktan çekinme hakkının bulunup bulunmayacağı hususunda tereddüt uyandırmaktadır. Ancak Yenisey- Nuhoglu bu noktada kanun lafzının Anayasa’ya açıkça aykırı bir yorum olacağından bu hakkın hem ceza soruşturmasını hem de ceza kovuşturmasını kapsamaması gerektiğini belirtmişlerdir.

<sup>124</sup> Aydın, **a.g.e.** s.203

<sup>125</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s.236

da, kanaatimizce aslında buradaki kişilerin teknik anlamda “tanık” olmadıkları ortadadır.

Kişinin tanık sıfatıyla beyanda bulunmasından sonra, bu kişinin şüpheli veya sanık konumuna geçmesi durumunda tanık sıfatı altında alınan beyanlarının geçerliliği meselesi yine bir diğer tartışma konusu yaratan durumdur. Bu noktada kanaatimizce hakkın kapsamı açıkça kişinin bu beyanları bakımından da koruma altında olduğunu düzenlemektedir.

Son olarak değinmek istediğimiz bir diğer madde, CMK m.126 elkoyma yasağı da yine bu ilkenin bir sonucudur. Gerçekten CMK m.126 “Elkonulamayacak belgeler ve mektuplar<sup>126</sup>” başlığı altında “*Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin sanık ve annesi arasındaki mektup ve yazışmalara bu madde çerçevesinde elkonulamayacaktır. Bu noktada bir diğer tartışmalı konu belge kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında çıkmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>127</sup> belge kavramına elektronik ortamda bulunan yazılar da dahil edilmelidir. Yine belirtmek gerekir ki bu belgelere ilgili kişilerin elinde olduğu müddetçe elkonulamayacaktır, bu nedenle belge/mektup örneğin postada ise postada elkonulabilir<sup>128</sup>.

### 5.2.3. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

Şüpheli veya sanıktan farklı olarak tanığın nemo tenetur ilkesi kapsamında “yalan söyleyebilme hakkı” bulunmamaktadır. Zira TCK m.273 “(1) *Kişinin; a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan*

---

<sup>126</sup> Eski kanunumuz CMUK’da bu maddede sadece mektuplar için bir düzenleme bulunmaktaydı. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018,s.361

<sup>127</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Özbek vd. , **a.g.e.**, s.361

<sup>128</sup> Özbek vd. , **a.g.e.**, s.362

gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” hükmolunmuştur. Maddeden anlaşılacağı üzere, ilgili durumlar şahsi cezasızlık yahut cezanın azaltılması gibi durumları ortaya çıkarmakta ancak fiil madde kapsamında suç olma vasfını sürdürmektedir. Bu noktada değinmek istediğimiz bir diğer husus TCK m.278<sup>129</sup> ve 280’de yer alan suçu bildirmeme suçlarına ilişkin düzenlemelerdir. Şüpheli /sanık açısından nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmekte olan bu düzenlemeler karşısında Anayasa Mahkemesi de bu aykırılığı önüne gelen davada kabul ederek maddenin iptaline karar vermiştir.

“Başvuru kararında itiraz konusu kuralda düzenlenen suç tipinde yakın akrabalık durumunun hiçbir şekilde dikkate alınmadığı gerekçesiyle AY m.38/5’e aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan bir suçla, işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyenlerin cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında ‘Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.’ biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasada gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz.

<sup>129</sup> (İptalden önceki, dava konusu hal) TCK ‘Suçu bildirmeme’ başlıklı m.278- (1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.’

*İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayırık tutulmamıştır. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.<sup>130</sup>*

Madde, bu karardan sonra yeniden düzenlenmiştir<sup>131</sup>.

Yine kimi yazarlara göre<sup>132</sup> sanığın suçunu ikrar etmediği gerekçesiyle TCK m.62'deki indirim sebeplerinden yararlanamaması ilkeye ve hukuka aykırıdır. Zira bu durumda da susma hakkını kullanan sanık, delilere izah getiremediğinden bahisle indirim sebebinden yararlandırılmayarak sanık aleyhine hüküm kurulmaktadır. Bu da başta nemo tenetur ilkesi olmak üzere, suçsuzluk karinesi ve sanığın ispat külfetinin bulunmaması gibi ilkelere aykırılık teşkil etmektedir<sup>133</sup>.

#### 5.2.4. DİĞER DÜZENLEMELER

İlkenin belge tedarik yükümlülüğü bakımından değerlendirilmesi ve yükümlülüklerin 'aleyhe delil göstermeye zorlanamama' hakkına aykırılık teşkil ettiği tartışması bulunmakta olup, kimi yazara göre bu tartışma yersizdir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>134</sup>, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla

<sup>130</sup> AYM, 2010/52 E. 2011/113 K. Sayılı, 30.6.2011 karar tarihli Kararı (R.G. Tarih-Sayı : 15.10.2011-28085)

<sup>131</sup> TCK m. 278- (İptal: Anayasa Mahkemesinin 30/6/2011 tarihli ve E.:2010/52, K.:2011/113 sayılı Kararı ile.; Değişik: 2/7/2012-6352/91 md.)

(1) *İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3) *Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.<sup>(1)</sup>*

(4) *Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.*

<sup>132</sup> Ünver, Hakeri **a.g.e**, s.205

<sup>133</sup> Ünver, Hakeri **a.g.e**, s.205

<sup>134</sup> “ Vergi Usul Kanunu’nda yükümlüye defter ve belge ibrazı yükümlülüğü getiren VUK m.359/2’nin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.” AYM 11.03.2003, 2002/55 E, 2003/8 K , Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e**, s.498

Mücadele Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu gibi ilgili maddelerinde beyan ve belge sunma açısından yükümlülük yükleyen kanunlar, kişilerin susma hakkına aykırılık teşkil etmez, delil göstermeye zorlanmalarına neden olmaz<sup>135</sup> . Nitekim burada da kanun koyucu bir takım kayıt ve belgelerin ibrazı mecburiyetini, kişilere yüklenen bir takım mali ödevlerin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda kamusal hizmetlerin aksatılmadan sürdürülmesini mümkün kılmak adına kanunla tüm (ilgili) bireylere yüklemiştir.

Bu bakımdan örnek vermek gerekirse, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m.256'da *“Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Maliye Bakanlığınca belirlenecek usule uygun olarak, tasdike ve 3568 sayılı Kanunun 8/A maddesi uyarınca düzenlenecek katma değer vergisi iadesine dayanak teşkil eden rapora konu hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerle sınırlı olmak üzere, bu hesap ve işlemlere doğrudan ya da silsile yoluyla taraf olanlara, defter ve belgelerinin tetkiki amacıyla yeminli mali müşavirler ve serbest muhasebeci mali müşavirler tarafından yapılan talepler için de geçerlidir.”* hükmolunarak ibraz yükümlülüğü düzenlenmiş, devam maddesi 257'de de diğer ödevler düzenlenmiştir.

VUK m. 359/a *“...2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir....”* şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenleme de ilgili kişinin belge ibrazını zorunlu kılarak,

<sup>135</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İtişgen, a.g.e, sy.97-101

belgelerin gizlenmesi halini yaptırma bağlamıştır. Bu noktada kanaatimizce ilgili belgelerin ibrazı ekonomik hayatın güvenilirliği kapsamında tüm ilgililere (ve ilgili meslek gruplarına) yüklenen birer ödev mahiyetinde olduğundan, kural olarak hakkın ihlal edildiği görüşüne katılmamaktayız.



## İKİNCİ BÖLÜM

### BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

#### 1. GENEL OLARAK

Beden muayenesi tedbirinin amacı delil elde etmektir<sup>136</sup>. Şüpheli, sanık, mağdur ya da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması sonucunda elde edilen deliller, ceza muhakemesi açısından son derece değerli ve güvenilirlik niteliği yüksek delillerdir. Bilineceği üzere, suçun konusunun insan vücudu olduğu birçok suç bakımından işlenen suça ait izlerin insan bedeninde kalması, bu delillerin ise beden muayenesi yapılarak elde edilmesi ve muhakeme sürecinde kullanılması mecburi bir uygulama, bir ihtiyaçtır<sup>137</sup>.

Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünün ilk hükmü olan AY m.17, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*" hükmolunmuştur. İnsan bedenine ve insan sağlığına saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte olan bu hüküm, kişinin vücuduna tıbbi zorunluluk hallerinde ve kanunda yazılı hallerde müdahale edilebilme hakkını tanımıştır<sup>138</sup>.

Yenisey/Nuhoğlu'na göre, "Beden muayenesi, şüphe sebebi veya delil elde etmek amacı ile bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılmasıdır<sup>139</sup>".

Ünver/Hakeri'ye göre, "Şüphelinin/sanığın beden muayenesi, yargılama açısından önemli vakıaların tespiti amacıyla yapılabilir. Bu koruma tedbiri delil değeri

---

<sup>136</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.619, Bahri Öztürk v.d, **a.g.e.**, s.364, Veli Özer Özbek vd, **a.g.e.**, s.450 Bu husus ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerinde "bir suça ilişkin delil elde etmek için" şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>137</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.620

<sup>138</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, **a.g.e.** s.294

<sup>139</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.620

yüksek bazı verilere ulaşılabilmesi açısından, günümüzde gelişen teknolojiyle beraber önem kazanan bir delil kazandırma yöntemidir<sup>140</sup>.

Centel/Zafer'e göre, "Kişinin üstünde, elbiselerinde bir delilin araştırılması (üst) arama(sı), vücut içinde ve yüzeyinde delil araştırılması ve vücuttan örnek alınması ise vücuda müdahale (muayene)dir. Üst aramasında giyinik vücut kontrol ile yetinilir; müdahalede ise çıplak vücut inceleme veya tıbbi girişim konusu yapılır<sup>141</sup>".

Öztürk/Tezcan/Erdem'e göre "bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılmasına beden muayenesi denir. Bedenin muayene edilmesi ve bedenden örnek alınması iki ayrı işlemdir.<sup>142</sup>"

Görüldüğü gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının temel amacı, soruşturma ve kovuşturmaya konu olayla ilgili olarak delil elde edilmesidir. Yine Yenisey/Nuhoğlu'na göre, "Vücuttan örnek alınması, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç telleri, tükürük ve tırnak gibi örneklerin alınmasıdır"<sup>143</sup>.

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.66/5 "*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayeneleri, cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde "bilirkişinin tayini" başlığı altında düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, tıbbi müdahale gerektiren bir özellik taşındığı durumlarda ancak Cumhuriyet savcısının talimatı ile müdahale yapılabilecektir ve bu durum yalnızca hazırlık soruşturması safhasında geçerlidir. Bu hüküm ile hazırlık soruşturmasında muayeneye karar verilmesinde yetki sorunu çözümlenmiş ama muayenenin kapsamı ve koşulları belirlenmemiştir<sup>144</sup>.

Dönemin "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği" m.8'de "Üst Veya Vücut Araması" ve m.10'da "Sağlık Kontrolleri" hükümlerini düzenlemekteydi, muayene kapsamı bakımından bu maddeler kıyasen uygulanmaktaydı. Yönetmelik

<sup>140</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, **a.g.e.**, s.269

<sup>141</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.296

<sup>142</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.364

<sup>143</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.620

<sup>144</sup> Ümmügülsüm Kılıç, **a.g.e.**, s.93-94

m.11/e'de ise “*Vücut bütünlüğü ve sağlığı tehlikeye girmedikçe kuvvet kullanılamaz*” hükmüyle vücut bütünlüğü hakkının korunmasının gerekliliği ortaya konmuştur.

Bu noktada yaşanan sıkıntılar karşısında hukuki düzenleme eksikliğinin tespit edilmesi, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur<sup>145</sup>. CMK m.75 gerekçesinde de: “*Beden muayenesi 1412 sayılı kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir. 1412 Sayılı kanunun 66. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemenin, gerek maddi gerçeğe ulaşılması ve gerek şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli olmadığı açıktır. Tasarı bu konuyu geniş şekilde düzenlemeyi uygun görmüştür*” ifadelerine yer verilerek sözü edilen eksikliğin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Örnek ve örnek alma kavramlarının tanımı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılmamıştır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren “ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te ise “örnek” tanımlanmıştır. Yönetmelik m.3'te örnek; “*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal*” olarak tanımlanmıştır.

Yine Yönetmelik m.3'te, *Dış beden muayenesi*; “vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinde gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme” , *iç beden muayenesi* ise: “kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokuların incelenmesi” olarak tanımlanmıştır.

Vücuttan alınan örnekler; kan, saç, kıl, kemik, tırnak, deri parçası gibi doku örnekleri ve idrar, tükürük, sperm, vajinal ve anal yayma gibi vücut sıvılarından oluşmaktadır. Örnek alma işlemi, ancak usulüne uygun olarak verilmiş bir kararla, bir hekim veya kimi istisnai hallerde hekim nezaretindeki bir sağlık personeli tarafından gerçekleştirilebilir<sup>146</sup>.

Aslında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinde amaç, belirti yahut emare olarak nitelendirilebilecek delillerin ve ortaya çıkardığı izlerin elde edilerek yorumlanmasıdır. Bu noktada doğal belirti sıfatında olan bu belirtiler, insan

<sup>145</sup> Kılıç, a.g.e, s.94-95

<sup>146</sup> Güray Dağ, **Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması**, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.249

iradesi dışında var olduklarından objektif niteliğe sahiptirler<sup>147</sup>. Bu durum onların kanıt olma nitelikleri bakımından da diğer delillere nazaran önemini ortaya koyar. Ancak bu önemdeki en temel nokta, bu belirtilerin şeklen sağlamlığı ile mümkündür<sup>148</sup>.

Her ne kadar önceki Ceza Muhakemesi kanunumuz olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda konumuza ilişkin açık ve ayrıntılı düzenlemeler bulunmamakta ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda m.75 ve devamında düzenlenmiştir. Ancak düzenleme bu haliyle dahi eleştirilere hedef olmaktadır, zira temel hak ve özgürlüklerin ancak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen AY m.13'e aykırı bir takım düzenlemeler yönetmeliklerle oluşturulmuştur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75 “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” başlığı altında “ (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı 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.

---

<sup>147</sup> Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s.515

<sup>148</sup> Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s.515

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine CMK m. 76 “ Diğer kişilerin muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlığı altında “ (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.” Şeklinde hükmolunmuştur.

Son olarak m.77 “Kadının Muayenesi” başlığı altında, muayene edilecek kişinin kadın olması halinde uygulanacak prosedür bakımından ayrıca bir düzenleme yapmış, “Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.” hükmolunmuştur.

Görüldüğü gibi CMK vücudun muayenesini “iç beden muayenesi” ve “dış beden muayenesi” olmak üzere ikiye ayırmaktadır, kanunumuz ile hüküm altına alınan muayene aslında “iç beden muayenesi” olup “dış beden muayenesi”ne ilişkin hükümler ise ancak Yönetmelik maddelerince hüküm altına alınmıştır. Yine CMK m. 82 “Yönetmelik” başlığı altında *“75 ilâ 81 inci maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller yönetmelikte gösterilir.”* hükmolunarak da yönetmelik maddelerine atıf yapmıştır.

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik” m.3 “dış beden muayenesi: vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi” olarak, “iç beden muayenesi” ise: “kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” olarak tanımlanmaktadır<sup>149</sup>.

Yapılan bu ayrım eleştirilebilir niteliktedir. Zira kanun koyucu bu ayrımı yaparak, ilgili tedbirin koşullarını değiştirmek suretiyle iki tür tedbir arasında ciddi farklar yaratmaktadır. Bu durumda yapılan tıbbi işlemin şekli, türü ve kapsamı değil, daha çok işlemin hangi vücut bölümüne/bölgeye yapıldığı koşulların değişimi bakımından önemli olmaktadır ki; kanaatimizce de bu ayrım yerinde bir ayrım olmamaktadır. Yine bir diğer ayrım ise müdahalenin kimin üzerinde gerçekleştirileceği noktasında ortaya çıkmaktadır ki, kanun sistematığı de esasen bu yönde oluşturulmuştur. Bu noktada, şüpheli /sanığın beden muayenesi, diğer kişilerin beden muayenesi ve ayrıca kadının beden muayenesi özel olarak ilgili madde metinlerinde düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra yine belirttiğimiz şekilde şüpheli/sanığın dış beden muayenesine ilişkin hükümlerin yönetmelik maddelerince düzenlenmiş olması da AY m. 13 kapsamında, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesi çerçevesinde, değerlendirilerek doktrinde çoğunluk oluşturacak görüş tarafından eleştirilmekte ve yerinde bulunmamaktadır.

Yine belirtmek gerekir ki, alkol muayenesi ve kan örneğinin alınmasına ilişkin hükümler de CMK m.75/7 hükmünce kapsam dışındadır. Yine örnek alınan yahut

---

<sup>149</sup> Hakan Kızıllarslan, **Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma**, Çetin veb ofset AŞ Yay, Ankara 2007, s. 150

muayene edilen kişinin canlı olması şart olup, ölümlere ilişkin muayene CMK m.86 vd. düzenlenmektedir.

Son olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu dışında, TCK, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 2559 sayılı PVSK, Beden Muayenesi Yönetmeliği, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi mevzuat kaynaklarında da beden muayenesine ilişkin hükümler mevcuttur.

## 2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Beden muayenesi tedbiri ile ilgili bir diğer tartışma da tedbirin hukuki niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku açısından beden muayenesinin hukuki niteliği, yapılan işleme ve işlemin üzerinde yapıldığı kişiye göre farklılıklar göstermektedir. Bu kapsamda beden muayenesi; iç-dış beden muayenesi, basit- vücuda müdahale niteliği taşıyan muayeneler, şüpheli/sanığın beden muayenesi- diğer kişilerin muayenesi şeklinde ayrımlara tabi tutulabilmektedir.

Kimi yazarlara göre beden muayenesi bir koruma tedbiri niteliğindedir, kimi yazarlar ise, tedbirin karma bir niteliğe sahip olduğu, hem bilirkişi incelemesi hem de keşif olarak nitelenebildiğini söylemektedirler. Centel/Zafer'e göre bedene müdahale hem koruma tedbiri hem de soruşturma aracı olma özelliklerini birlikte taşıyacak şekilde düzenlenmiş, karma nitelikte bir kurumdur<sup>150</sup>. Öztürk/Tezcan/Erdem'e göre beden muayenesi karma bir nitelik gösterir; bir yandan bilirkişi incelemesi ve keşif, diğer taraftan da kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturması sebebiyle bir koruma tedbiridir<sup>151</sup>.

Bu noktada dış beden muayenesi bakımından arama koruma tedbirine yakınlık taşıması sebebiyle bu koruma tedbiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen yazarlar da mevcuttur. Belirtmek isteriz ki, beden muayenesinde

---

<sup>150</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 296

<sup>151</sup> Öztürk vd., **a.g.e.** s.365, Özbek vd., **a.g.e.** s.451

arama koruma tedbirinden farklı olarak yalnızca insan bedeni ve bedendeki boşluklar araştırılmaktadır<sup>152</sup>.

## 2.1. BEDEN MUAYENESİNİN BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE KEŞİF İLİŞKİSİ

Önceden de belirttiğimiz gibi Kanunumuzda Beden Muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK m.75 “şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması” , m.76 “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” , m.77 “kadının muayenesi” başlıkları altında düzenlenmiştir. Tüm bu maddeler ise, üçüncü kısım “Tanıklık, Bilirkişi incelemesi ve Keşif” başlığı altında, üçüncü bölüm “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığında düzenlenmiştir.

1412 sayılı CMUK’ta beden muayenesi konusunda belirleyici hükümler olmasa da bilirkişinin tayinini düzenleyen m.66/5’te hazırlık soruşturmasında muayeneleri gereken kişilerin muayenelerinin Cumhuriyet Savcısının talebiyle yapılacağına hükmolunmuştur<sup>153</sup>. Yine muayenenin koşul ve kapsamı düzenlenmediğinden, öğretide bu kurum kimi zaman aramaya benzetilerek arama kapsamında kimi zaman da bağımsız bir koruma tedbiri olarak kabul edilmiştir<sup>154</sup>.

Örneğin Kunter, beden muayenesini insan teftişi olarak isimlendirilmiştir<sup>155</sup>. Kunter’e göre basit muayenede aramaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı, bunun dışındaki muayene türleri hakimler tarafından keşif hükümleri çerçevesinde bilirkişilik kurumunca yaptırılmalıdır<sup>156</sup>.

Bu görüşü destekleyen yazarlar, kanun koyucunun konuya böyle bir sistematik altında yer vermesine dayanarak bu delil elde etme yöntemlerinin benzer nitelikte olduğu görüşünden hareket etmektedirler<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e**, s.270

<sup>153</sup> Center, Zafer, **a.g.e**, s.295

<sup>154</sup> Center, Zafer, **a.g.e**, s.295

<sup>155</sup> Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dahı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1989, s.788 Kunter, bu teftişi “delil olabilecek şeyleri arayıp bulmak için yapılan bir araştırmanın bir türü olarak tanımlamaktadır.” Centel, Zafer, **a.g.e**, s.295

<sup>156</sup> Centel, Zafer, **a.g.e**, s.295

<sup>157</sup> Fulya Eroğlu, **Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri**, Yüksek lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi SBE, İstanbul, 2009, s.31

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumları incelendiğinde, bu kurumların ve kurumlara ilişkin düzenlemelerin, kendi nitelikleri gereği özel teknik bilgileri içerdiği görülmektedir. Bu durum beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumlarının bilirkişi incelemesi niteliği taşıdığına kanıt olarak gösterilmektedir. Zira CMK'da da beden muayenesinin ancak bir hekim tarafından gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır<sup>158</sup>.

CMK m.63/1 *“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.”* hükmolunmuştur. Bu noktada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumlarında, teknik ve mesleki bilgisi sebebiyle işlemi gerçekleştirebilen hekimin görevi bilirkişi niteliğinde görülebilmektedir<sup>159</sup>.

Keşif ise, kural olarak mahkeme, istisnai olarak hakim, naip hakim veya istinabe olunan hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısı tarafından, asıl olarak delillerin, olay yerinin, olayda kullanılan araçların, suçun konusunun durumlarına bakılarak olayın meydana geliş koşullarına ilişkin bilgi edinilmesi, daha sonra ise bu faaliyet sırasında rastlanılan delillerin elde edilip toplanabilmesi için, suç konusu eylemin gerçekleştiği yer, suçla ilgili eşyalar, iz ve eserlerle kişilerin üzerinde, bunların varlığı, konumu, durumuna ilişkin olarak beş duyu ile gerçekleştirilen araştırmadır<sup>160</sup>. Tanımdan yola çıkarak anlaşılacağı gibi keşif faaliyetini, hakimler ve Cumhuriyet savcıları gerçekleştirebilmektedir, bu süreçlerin keşif kurallarına göre gerçekleşmeyen bilgi edinme incelemeleri keşif niteliğinde değildir<sup>161</sup>. Örneğin kolluğun olay yerinde yaptığı bilgi yahut delil elde etme amaçlı

<sup>158</sup> CMK m. 75-76 ve 77'de ve yine Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in ilgili maddelerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerini gerçekleştirebilecek kişiler özel olarak belirtilmiş olup, bu kişiler dışında başka kişilerce gerçekleştirilen tedbirler hukuka aykırı olacaktır.

<sup>159</sup> Ceren Özkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması**, Yüksek lisans Tezi, İzmir 2018, s.13

<sup>160</sup> Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, **İÜHF**,2007- S.1, s.128

<sup>161</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.129

araştırmalar keşif niteliğinde değildir. Bunlar delillerin araştırılması ve toplanması bağlamında olay yeri incelemesi niteliğindedir. Zira keşfin amacı esasen hakimın, ispatta ve hükmün oluşturulmasında kullanılabilir her türlü delil, emare ve veriyle bizzat yüz yüze gelmesi, beş duyusuyla gözlemleyebilmesi, bunlardan hareketle bir kanaat elde edebilmesidir ve bu nedenledir ki keşif esasen bir delil değerlendirme aracıdır<sup>162</sup>.

Kimi yazarlara göre, kanunda tanımlansın yahut tanımlanmasın her tür algılama faaliyeti, keşif faaliyeti olarak tanımlanır ve bu faaliyetin sonuçları da keşif delilidir; diğer bir değişle bu faaliyet belirti delillerini ikame yöntemi olarak kabul edilebilmektedir<sup>163</sup>. Keşfin yönelik olduğu bu amaç, ikincil nitelikte de olsa keşfin bir delil elde etme amacına da sahip olmasına engel değildir. Ancak keşfin bu ikincil niteliği onun, yukarıda da belirttiğimiz şekilde, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından geręekleřtirilecek olay yerinin incelenmesi, delillerin toplanması gibi faaliyetlerle karıştırılmasına neden olmamalıdır<sup>164</sup>.

Benzer özelliklere geldiğimizde keşfin konusunu yaşayan bir insan oluşturabilir, yine keşifte de sağlıklı sonuçlar verilebilmesi için keşfe konu objenin olaydan sonra nitelik değiştirmemiş olması önemlidir<sup>165</sup>. Vücutlarındaki dikkat çekici durumun kavranabilmesi için kişiler keşfin konusunu oluşturabilir<sup>166</sup>.

Keşif konusunun yaşayan kişiler olduğu durumlar, mahkemenin kişilerin vücudunda değişiklik ya da durumlara ilişkin muayene niteliğinde olmayan incelemelerde bulunması halleridir. Örneğin mağdurun vücudundaki yaralanma yerinin incelenmesi keşif niteliğindedir. Aslında görölmekte olduğu gibi tüm bu işlemler delil elde edilmesi, elde edilen delilin güvenilirliğinin denetlenebilmesi ve delil tespitinin belli bir sonuca bağlanabilmesi için geręekleřtirilmektedir. Dolayısıyla nitelikleri gereği benzerlik gösteren ve kimi zaman paralel uygulanan kurumlardır. Keşfi geręekleřtiren yargılama süjesi gerektiğinde yani keşif faaliyeti konusu teknik ve özel bir bilgiyi gerektiren bir inceleme yapılması zorunluluğundaysa, incelemenin bilirkişi tarafından yapılmasına karar verebilecektir<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.130

<sup>163</sup> Center, Zafer, **a.g.e.**, s.314

<sup>164</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.131

<sup>165</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.132

<sup>166</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.315

<sup>167</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.315

Bilirkişi ise, ispatı gereken ve hakimın uzmanlık alanına girmeyen konularda uzmanlık bilgisine sahip olan, bu bilgiyle çeşitli olgu ya da tecrübe durumlarına ilişkin bilgi aktarabilen ya da belirli olayları değerlendirip sonuç çıkarabilen ve görevlendirilmesi üzerine ispata ilişkin çözümü gereken bir sorunun değerlendirilmesinde mahkemeye veya hakime, kanunun olanaklı kıldığı durumlarda Cumhuriyet savcısına ve daha genel bir ifadeyle de ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan makamlara yardımcı olan kimsedir<sup>168</sup>.

Bilirkişi hukuksal niteliği itibariyle mahkeme, hakim ve kanunun izin verdiği durumlarda C.savcısının yardımcısı niteliğindedir<sup>169</sup>. Bilirkişi yargılama sırasındaki özelliği itibariyle hakimın uzmanlık alanına girmeyen ve özel bir uzmanlığı gerektiren ispata ilişkin sorunların çözümünde hakime yardımcı olan kimsedir. Dolayısıyla da CMK m. 67/3 gereğince, bilirkişi hakimın yerine getireceği fonksiyonu üstlenerek hakimın görev alanına giren konularda görüş açıklayamaz ve değerlendirme yapamaz.

Belirtmek isteriz ki, kanaatimizce beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri bilirkişilik ve keşif kurumlarıyla her ne kadar yukarıda sayılan benzerlik ve niteliksel birliktelik unsurlarını taşıysalar da, bu kurumlara girmemektedir. Zira, keşfi gerçekleştirebilecek kişiler kanunda sayılmış olup keşif esas olarak hakim tarafından gerçekleştirilecektir, beden muayenesini gerçekleştiren hekim/sağlık personeli bu kişiler arasında yer almamaktadır. Yine bilirkişilik kurumunda her somut olayda konuya ilişkin uzmanlığı bulunan objektif bir bilirkişinin mahkeme yahut diğer makamlarca ilgili davada bizzat görevlendirilmiş olması gerekmektedir. Ancak beden muayenesi ve örnek alınması durumunda işlemi yapan kişinin hekim olması yeterli olup mahkemece kişiye bizzat görevlendirme yapılmamaktadır. Bu işlemlerin yalnızca hekimler ve kimi durumlarda sağlık personelleri tarafından yapılabilmekte olması başlı başına bu kurumun bilirkişilik olması çıkarımını yapmaya yeter değildir. Yine belirtmek gerekir ki, örneğin mahkemenin görevlendirmesiyle dahi olsa, kolluk görevlisinin olay yerinin incelenmesi ve ölçümü için görevlendirmesi durumunda muhakemede özel uzmanlığı gerektirmeyen saptamalar yapan bu kimseler keşif yardımcısı statüsünde olsalar da bilirkişi niteliğinde değillerdir<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **EÜHFD**, 2006- s:3-4, s.274

<sup>169</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.276

<sup>170</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.283

Kural olarak bilirkişi incelemesi ve bir delil değerlendirme vasıtasıdır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ise bir delil elde edilmesi işlemidir. Burada her ne kadar işlemi gerçekleştiren teknik bir uzman olsa da, kanaatimizce beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin delil elde etme vasfı ağır basmaktadır. Ayrıca örneğin her arama ve elkoyma faaliyetinin de yalnızca teknik kişiler olan kolluk görevlilerince gerçekleştirilebilmesi hali düşünüldüğünde, bu koşulun başlı başına bilirkişi incelemesi denmeye yetecek bir koşul olmadığı da ortadadır.

Diğer yandan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması eylemleri her koşul ve şartta hekim tarafından gerçekleştirilmelidir, bu koşul bir hukuka uygunluk şartıdır. Ancak bilirkişilik faaliyeti gerektiren bir somut olayla ilgili olarak bilirkişiye başvurulması kanun tarafından zorunlu kılınmamıştır; mahkeme, hakim ve C.savcısı bu konuda takdir yetkisine haizdir<sup>171</sup>, <sup>172</sup>. Son olarak koruma tedbiri başlığında daha ayrıntılı inceleneceği üzere beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, kişi hak ve özgürlüğüne müdahale oluşturan bir araştırma faaliyetidir, vücut bütünlüğüne müdahale özelliği ön plandadır. Bu sebepler çerçevesinde kanaatimizce koruma tedbiri özelliği ağır basmaktadır.

## 2.2. BEDEN MUAYENESİ ve ARAMA İLİŞKİSİ

Özellikle dış beden muayenesi bakımından beden muayenesi tedbirinin bir çeşit arama koruma tedbiri olduğu da öğretide karşılık bulan bir görüştür. Bu noktada kanaatimizce önemli ayrımlara dikkat edilmeli, iki tedbirin/işlemin hangi durumlarda uygulanması gerektiği ve nerede başlayıp nerede bittiği irdelenmelidir.

---

<sup>171</sup> Kimi durumlarda ise hakim bilirkişiye başvurusu hali adeta zorunlu kabul edilmiştir. (Yarg 1CD 01.03.1991 1991/391E., 1991/599K., (çevrimiçi: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) “Hakim bir uyuşmazlık çözerken hangi hususlarda uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder. Ancak, sanığın bilincinin incelenmesi gibi belli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren, özel bilgiyi gerektiren incelemelerde hakim bilirkişi tayinini zorunlu olarak yapar..”

<sup>172</sup> Ali Kemal Yıldız’a göre, Mahkeme, hakim ya da C.savcısı açısından zorunlu olan şey, Kanunda öngörülen belirli incelemelerin yapılmasının gerekli görülmesi durumunda, bu incelemelerin konunun uzmanı olan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi ve bu konularda muhakeme makamlarının kendileri bir değerlendirme yapması ve sonuç çıkarmasının kabul edilmemesidir. Buna karşı, söz konusu incelemelerin gerekip gerekmediği konusunda muhakeme makamlarınca bir karar verilmesi mümkündür. Örneğin şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin vücutlarının muayenesi gerektiğinde bu muayenenin ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer kişilerce gerçekleştirilebilecek olması durumuyla birlikte, somut olayda bu muayenenin gerekip gerekmediği konusunda Kanunda öngörülen koşullar çerçevesinde muhakeme makamlarınca bir değerlendirme yapılarak karar verilecektir. Yıldız, **a.g.m.**, s.286-287

Dış beden muayenesi, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlığını taşıyan maddesi, m.3'te "Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini...ifade eder" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Madde 5'te ise "şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi" başlığı altında düzenleme yapılmıştır.

Yönetmelik madde 5"(1) 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.(2)Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. (3)Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (4)Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir." hükmolunmuştur.

CMK'da şüpheli/ sanığın dış beden muayenesi düzenlenmemiş, yalnızca diğer kişiler bakımından uygulama hüküm altına alınmıştır. Diğer kişilerin dış beden muayenesi farklı hükümlere bağlanmamış CMK m.76 çerçevesinde esasen iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıyla aynı şartlara tabi tutulmuştur<sup>173</sup>.

Arama ise, şüpheli kişi veya delillerin ya da müsadere edilecek eşyanın ele geçirilmesi maksadıyla ev yahut diğer yerlerde gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olarak tanımlanabilir<sup>174</sup>. CMK m.116'da "yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın"; m.117'de ise "şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin" üstünün aranabileceğine hükmolunmuştur<sup>175</sup>. Bir kimsenin üstünün aranması, giydiği elbise içinde veya altında, kişinin doğal vücut boşluklarında tıbbi araç veya yöntemler kullanmaksızın gözle veya elle delil aranması faaliyeti olarak tanımlanabilir. Kişi tarafından yutulmuş yahut vücut içinde sayılan cisimlerin "aranması" durumunda artık iç beden muayenesinden söz edilmesi gerekmektedir<sup>176</sup>. Bu sebeple vücut boşluklarının aranması hususunda iç beden muayenesi ile aramanın karıştırılmaması gerektiğini belirterek doktrinde bu konuda da tartışmalar

<sup>173</sup> Berrin Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", **TAAD**, S.27, 2016, s.89

<sup>174</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.409, Kılıç, **a.g.e.**, s.105

<sup>175</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.105

<sup>176</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.107

olduğunu ve konunun “iç beden muayenesi” başlığı altında detaylı irdeleneceğini belirtmekle yetiniyoruz.

Üst araması, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde “Karar Veya Yazılı Emir Üzerine Üst Ve Eşya Aramasının İcrası” başlıklı m.23’te üst aramasının tanım ve koşullarından bahsedilmiştir<sup>177</sup>. Buna göre üst araması, kural olarak üzerinde arama yapılan kişinin kıyafetleri çıkarılmaksızın, kıyafetleri üzerinde ve içinde delil aranması halidir<sup>178</sup>.

Kiziroğlu, üst aramasını “Üst araması, beden muayenesine dönüşmeyecek tarzda kişinin üzerinde yapılan arama olup, aynı zamanda kişinin beden dokunulmazlığına da dokunan bir arama türüdür.” şeklinde tanımlamıştır<sup>179</sup>.

Öztürk/Tezcan/Erdem’e göre, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun dış muayeneye (şüpheli/sanığın dış muayenesine) ilişkin hükümleri düzenlememiş olması dış muayenenin dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulmuş olması şeklinde

---

<sup>177</sup> Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği m.23 “Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.

Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir.

Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.

Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır.

Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.

Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir:

a) Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir.

b) Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkartılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

e) Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir.

Yapılan aramanın neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.”

<sup>178</sup> Ceren Özkan, **a.g.e.**, s.83, Karşı görüş için bkz. Serap Keskin Kiziroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **AÜHFD**, 2009, C.58, S.1, s.146

<sup>179</sup> Kiziroğlu, **a.g.m.**, s.146

yorumlanmalıdır<sup>180</sup>. Ancak beden muayenesi ve arama, bu noktada üst araması elbette ki ayrı işlemlerdir. Buna göre bedenin muayenesinde, vücut boşluklarının ve organların tıbbi müdahalelerle ve tıbbi araçlar kullanılarak incelenmesi söz konusu iken, üst aramasında elbisenin, vücudun veya vücut boşluklarının elle yoklanması veya gözle incelenmesi ile sınırlı bir arama yapılmakta olup, herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu değildir<sup>181</sup>.

Konunun daha iyi açıklanması için CMK'da “muayene” ve “müdahale” kavramları arasında da ayırım yapılmış olduğunu belirtmeliyiz. Yenisey/ Nuhoğlu'na göre “muayene, bazı sonuçlar elde edebilmek için kişinin vücuduna dokunularak yapılan bir takım tespitlerdir, müdahalede ise, vücuda operasyonel bir giriş söz konusudur.”<sup>182</sup>

Yine Yenisey / Nuhoğlu'na göre; örneğin bir kişinin ağzındaki yahut koltuk altındaki şeyin çıkarılması ve alınması eyleminde dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır zira burada vücudun aranması, incelenmesi söz konusudur<sup>183</sup>. Görüldüğü gibi arama yalnızca elle yoklama yahut gözle inceleme ile sınırlıdır, arama tedbiri herhangi bir araç kullanımına yahut müdahaleye izin vermez<sup>184</sup>.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinde, şüphelinin veya mağdurun vücudunda delil araştırmak ya da örnek almak için kişinin vücut dokunulmazlığını kısıtlanmaktadır. Oysaki daha önce de belirttiğimiz gibi, Anayasa m.17/2 uyarınca “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” hükmolunmuştur. Bu noktada delil etme amaçlı olmayan her türlü müdahale ve hatta arama beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kapsamı dışında kalmaktadır.

Yine belirtmek gerekir ki, üst aramasını kanun çerçevesinde görevlendirilen bir memur, kolluk görevlisi yapabilirken, beden muayenesi ancak bir hekim veya sağlık personeli tarafından yapılabilir.

---

<sup>180</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.366, Kızıroğlu, **a.g.m.**, s.146-147

<sup>181</sup> Nurcihan Şanlı, **Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, , s.78

<sup>182</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.621, Şanlı, **a.g.e.**, s.79

<sup>183</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.620

<sup>184</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.106

Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 23 *“Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir.”* hükmolunmuştur. Bu durumda da uygulanan işlemin açıkça beden muayenesi niteliğinde olmadığına altı çizilmiştir. Bu noktada “başkasına ait olduğu açıkça belli olan” ibaresi bakımından ifadenin muğlak niteliği bir tartışma konusu oluşturabilir; zira şüpheli/sanığın bedeninde olup kendisine ait olan örneklerin alınması hekim yahut ilgili durumlarda onun gözetimindeki sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılabilecekken yine kendisinin bedeninde olmakla birlikte kendisine ait olmayan örnekler kolluk görevlilerince alınabilecektir ve bu nokta çok ince bir çizgi oluşturmaktadır.

Gerçekten vücudun aranmasının temel amacı vücut yüzeyinde, vücut boşluklarında, elbise altında yahut arasında saklanmış olan delillerin bulunmasıdır<sup>185</sup>. Beden muayenesinde ise, vücudun niteliği, yapısı daha doğrusu vücut kısımlarının incelenmesi amacı ağır basmaktadır<sup>186</sup>. Bu noktada uygulamanın amacı ve kullanılan araçlar bu iki kurumun birbirinden net bir şekilde ayrılmasına sebep olacaktır.

Bu noktada dış beden muayenesi bakımından yapılan en temel eleştiri, konunun kanunda düzenlenmemiş olması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada CMK’da dış beden muayenesine yönelik bir düzenlemenin olmaması ve açıkça dış beden muayenesinin Yönetmelik’te düzenlenmiş olması bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu savunan, bu sebeple ayrı bir koruma tedbiri olarak görülmeksizin, arama koruma tedbirine ilişkin maddeler çerçevesinde uygulama bulması gerektiğini savunan kesim tarafından ileri sürülmektedir<sup>187</sup>.

Yine bir kısım yazarca, şüpheli/sanığın dış beden muayenesinin CMK’da düzenlenmemesinin gerekçesi, dış beden muayenesi için karar alınmasına gerek bulunmaması, soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemleri kendilerinin yapabilecekleri şeklinde ifade edilmiştir, bu nedenle bu yazarlar Yönetmelik düzenlemesinin de yanlış olduğunu ileri sürmektedirler<sup>188</sup>. Kanaatimizce bu görüşlere

---

<sup>185</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s.79

<sup>186</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.106

<sup>187</sup> Kılıç’a göre “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hukukumuzda artık vücudun dış yüzeyinde yapılan incelemenin, arama değil, dış beden muayenesi olduğu söylenmelidir. Bu durumda kişide yapılacak aramanın kişinin o an üzerinde bulunan elbiselerin aranması ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir.” Kılıç, **a.g.e.**, s.108

<sup>188</sup> Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay, Ankara, 2016, s.61

katılmak mümkün değildir, zira öncelikle yukarıda belirtilen gerekçeler başlı başına temel hakka müdahale niteliği taşıyan bu tedbirin CMK’nda düzenlenmemiş olmasını haklı çıkarmaya yetmemektedir. Yine bunun yanı sıra Yönetmelik’te konuya ilişkin düzenlemenin bulunması durumu da Yönetmelik ilgili maddeleri incelendiğinde dış beden muayenesinde aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının istenmediğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>189</sup>. Diğer bir ifade ile, kanaatimizce eğer dış beden muayenesi arama hükümleri çerçevesinde değerlendirilecek ve bu kapsamda işlem gerçekleştirilmesi söz konusu olacak idi ise, Yönetmelik’te konuya ilişkin ayrıca bir düzenlemenin yapılmamış olması gerekirdi<sup>190</sup>.

Bu noktada temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırabileceği hükmü çerçevesinde, dış beden muayenesinin CMK’da düzenlenmesi gerektiği noktasında kanaat sahibi olduğumuzu belirterek, çalışmamızda ayrıntılı açıklama yapacağımız bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>191</sup>.

Bir eleştiri de kanun koyucunun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirini düzenlerken şüphe derecesinden bahsetmemiş olması hususunda getirilebilir. Gerçekten arama koruma tedbiri gibi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri için de “makul şüphenin bulunması” yeterlidir. Bu durumun tedbirin niteliği göz önüne alınarak, başta insan onuru olmak üzere temel kişilik haklarıyla uyuşmadığını söylemek gerekmektedir<sup>192</sup>. İzah ettiğimiz nedenlerle, bizce bu tedbire başvurulabilmesi için de, diğer çoğu tedbirde olduğu gibi “kuvvetli suç şüphesi” sebeplerinin varlığı aranmalı, yine “gereklilik” ve “orantılılık” koşullarının bulunması şart olmalıdır.

### 2.3. BEDEN MUAYENESİNİN KORUMA TEDBİRİ NİTELİĞİ

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme

---

<sup>189</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.119

<sup>190</sup> Doktrinde düzenleme eksikliği sebebiyle (CMK’da düzenlenmemiş olması sebebiyle) dış beden muayenesinden elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışmalı hale geleceği görüşüne ilişkin bkz Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.271

<sup>191</sup> Aynı görüş için bkz. Akbulut, **a.g.m.**, s.90, Özkan, **a.g.e.**, s.85

<sup>192</sup> Güray Dağ, **a.g.e.**, s.259

yetkisini haiz olan yetkili kimseler tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren önlemlere genel olarak koruma tedbirleri denmektedir<sup>193</sup>.

Türk öğretisinde “koruma tedbirleri” terimini karşılayan bu durumlar hususunda bir terim birliği yoktur, Taner, *ihtiyati tedbir*; Erem, *usul tedbirleri*; Yüce, *zorlayıcı önlem*; Yurtcan, *ceza yargılaması önlemi*; Tosun, Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, Centel, Zafer, Öztürk, Tezcan, Erdem, Hakeri, Ünver de *koruma tedbirleri* terimini kullanmaktadır<sup>194 195</sup>. Bununla birlikte genel olarak koruma tedbiri teriminin tercih edildiği söylenebilir<sup>196 197</sup>.

Gerçekten koruma tedbiri, muhakemenin yapılmasını ve bunun sonunda verilen kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak için verilen hükümlerden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çareler şeklinde tanımlanabilir<sup>198</sup>. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşma çabasındaki muhakeme makamlarının kullandığı araçlardan biri olarak, suç işlendikten sonra delillerin kaybolması veya verilen hükmün yerine getirilemeyeceğinden korkulan hallerde gecikmeden alınması gereken tedbirleri de ifade eder<sup>199</sup>. “Koruma” terimi, tedbirin konusunu oluşturan delili ve elde edilmek istenen bu delilin esasen kaybolmaması amacını ifade etmektedir<sup>200 201</sup>.

---

<sup>193</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.287

<sup>194</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.287

<sup>195</sup> Yenisey, Nuhoğlu’na göre “Koruma tedbiri tehlike tedbirinin bir çeşididir. Hüküm makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yapmada, yani hüküm vermede kullandıkları üçüncü vasıta koruma tedbiridir. Tehlike yakınsa ve önleme için çok geçse, kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz ki bunlara koruma tedbirleri denilmektedir.” Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.299

<sup>196</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.251

<sup>197</sup> Ünver, Hakeri’ye göre, “Koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemeler bir ülkenin hukuk sistemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir izlenim edinilmesi için birer ölçüt niteliğindedir. Bu özelliği dolayısıyla, koruma tedbirlerine ilişkin temel ilkelere anayasalarda yer verilir. Anayasamız da bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. (AY m.19 vd.)

Ceza muhakemesi önlemlerine karşı AİHS tarafından öngörülen güvenceler, soruşturmanın başladığı andan itibaren cezanın tespit ve tayini sonrası kanun yolu aşamasında da koruma sağlar.” Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.299

<sup>198</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.252, Kılıç, **a.g.e.**, s.96

<sup>199</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.256

<sup>200</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.252

<sup>201</sup> Ünver, Hakeri’ye göre koruma tedbirlerine amaç açısından bakıldığında koruma tedbirleri, sanığın mahkemede hazır bulunmasını temine, delilleri korumaya, hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. Bu kapsamda da koruma tedbirleri kişinin vücuduna, özgürlüğüne, mülkiyet hakkına, zilyetliğine yahut konut dokunulmazlığına yönelik olabilir. Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.300

Beden muayenesinin koruma tedbiri niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre beden muayenesi, koruma tedbirlerinin yöneldiği değerler açısından incelendiğinde vücuda ya da vücut bütünlüğüne; amaç bakımından delil güvencelemeye; uygulanacağı kişiler bakımından ise sanığa ve üçüncü kişilere yöneliktir ve bu özellikleri sebebiyle ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri olarak görülmektedir<sup>202</sup>. Yine bir kısım yazar tarafından savunulan bir görüş de, CMK’da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin delil elde etmeye yönelik bir soruşturma işlemi olarak düzenlendiği, bu nedenle bir yönüyle delil elde etme ve bilirkişilik işlemi, diğer yönüyle de temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi sebebiyle koruma tedbiri niteliği taşıyan karma nitelikli bir kurum olduğu şeklindedir<sup>203</sup>.

Bu noktada Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin “bilirkişi ve keşif” başlığı altında ancak koruma tedbirlerine paralel olarak düzenlendiği görülmektedir<sup>204</sup>. Bu durum da CMK’nın bu düzenlemeye paralel şekilde hükmolunduğunu ortaya koymaktadır.

Vücudun muayenesi ve örnek alınmasında şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişiler üzerinde bulunduğu dair kuvvetli şüphe bulunan ve suçun yarattığı veya maddi gerçeğe ulaşmaya yarayacak izlerin kaybolmadan elde edilmesi amaçlanmaktadır<sup>205</sup>.

Koruma tedbirleri, kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan uygulamalardır ve yasal dayanak bulunması dışında meşrulukları “gecikmeden başvurulması zorunluluğu” taşımalarına, “suç şüphelerinin belli bir yoğunlukta olması” ve “geçici” nitelik taşımalarına, “orantılı” olmalarına ve “görünüşte haklı” kabul edilebilmelerine bağlıdır.

Koruma tedbirleri hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırladıklarından çoğu kez tedbire maruz kalan kişi tarafından bir zorlama olarak algılanırlar. Beden muayenesinde de, bu tedbire karar verildiği aşamada henüz suçsuzluk karinesi altında bulunan, suçluluğu yargı kararıyla sabit hale gelmemiş bir kişinin varlığı düşünüldüğünde kişinin vücut dokunulmazlığı hakkına, kimi zaman özel hayatın

---

<sup>202</sup> Tuğba Bayzit, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması**, Yüksek lisans Tezi, İzmir 2007, s.19, Şanlı, **a.g.e.**, s.38, Dağ **a.g.e.** s.241

<sup>203</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.365, Akbulut, **a.g.m.**, s 88, Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.295, Kılıçarslan,**a.g.e.**, s.183

<sup>204</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.241

<sup>205</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.256, Şanlı, **a.g.e.**, s.38

gizliliği hakkı ve kimi zaman da hareket özgürlüğü haklarına müdahale edilmiş olacaktır<sup>206</sup>. Bu noktada koruma tedbirleri, tedbire maruz kalan kişinin iradesine aykırı olarak da gerçekleştirilebilen dolayısıyla kişinin katlanma yükümlülüğünün bulunduğu durumlardır denilebilir. Bu hususta katlanma yükümlülüğü ve aktif katılım ödevinin kişiye tanınıp tanınmadığı konularında tezimizin ilerleyen sayfalarında ayrı bir başlık açılarak tartışılacağını belirtmekle yetinelim.

Koruma tedbirlerine, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdıklarından dolayı, AY m.13 ve AİHS m.8/2 çerçevesinde ancak yasal dayanak var ise başvurulabilir<sup>207</sup>. Bu noktada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri hem CMK ilgili maddelerinde, hem de Beden Muayenesi Yönetmeliğinde sıkı koşullara bağlı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hukukumuzda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının yasal dayanağı bulunmaktadır<sup>208</sup>. Ancak düzenlemelerin yeterliliği yahut kimi hususların kanunda değil yönetmelikte yer alması tartışmaları çalışmamızda yer almaktadır.

Gerçekten koruma tedbirleri, ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşma sürecinde muhakeme mercilerinin kullandığı araçlardan biri olup, suç işlendikten sonra, delillerin kaybolması veya verilen hükmün yerine getirilemeyeceğinden korkulan hallerde, gecikilmeksizin alınması gereken tedbirlerdir. Bu noktada tekrar etmek isteriz ki, koruma tedbirleri, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan uygulamalar olduğundan, ancak derhal başvurma zorunluluğu bulunan, suçun ağırlığı ile orantılı ve görünüşte haklı kabul edilebilecek durumlarda meşru görülebilir.

Koruma tedbirinin uygulanabilmesi için bir suç şüphesinin varlığı ve bu *şüphenin belli bir yoğunlukta olması* gerekmektedir. Nasıl ki, ceza muhakemesinin başlangıcı için gerekli olan bir şüphe derecesi bulunmaktaysa, koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için de belirli şüphe dereceleri mevcuttur<sup>209</sup>. Şüphenin derecesine, koruma tedbirinin temel hak ve özgürlüklere getireceği müdahalenin yoğunluğu göz önüne alınarak, yasakoyucu tarafından ayrıca hükmolunmaktadır<sup>210</sup>. CMK incelendiğinde; basit şüphe, yeterli şüphe, makul şüphe, kuvvetli şüphe, kuvvetli

---

<sup>206</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.97, Bayzit, **a.g.e.**, s.20

<sup>207</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.287

<sup>208</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.257

<sup>209</sup> Özbek, **a.g.e.**, s.252

<sup>210</sup> Özbek, **a.g.e.**, s.253

şüphe sebepleri gibi birtakım şüphe kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Her halükarda, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesinin dayanağını oluşturan şüphenin, soruşturmanın başında aranan başlangıç şüphesinden yoğun bir şüphe olması zorunludur<sup>211</sup>, tedbirin türüne göre şüphenin derecesi “makul” yakut “kuvvetli” olabilecektir<sup>212</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ancak işlenmiş bir suça ilişkin delil elde etmek veya elde edilmiş delillerle karşılaştırma yaparak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla yapılabilir<sup>213 214</sup>. Burada belirtmek isteriz ki, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi en temel insan haklarından vücut dokunulmazlığı hakkını ihlal eden bir tedbire başvurulması için şüphenin yoğunlaştırılması gerekmektedir<sup>215</sup>, kanaatimizce “kuvvetli şüphenin varlığı” aranmalıdır.

Koruma tedbirlerinin bir diğer en önemli özellikleri *geçici nitelikte olmaları*, yaptırım niteliği taşımamalarıdır, kanunen taşıdıkları amaca ulaşıldığı anda kendiliğinden ve derhal sona ermeleridir. Koruma tedbirlerinin geçici olmaları bazı durumlarda sadece zamanla sınırlı olmalarını da ifade eder, ancak geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez, zira geçicilik, yukarıda da belirtildiği gibi, aslında tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması halinde o tedbirin nihayet bulmasını, derhal sona ermesini ifade eder<sup>216</sup>. Örneğin, tutuklama kararı verildiğinde geçici olan “yakalama” tedbiri sona erdiği gibi, beraat hükmü verildiğinde geçici olan “tutuklama” tedbiri de sona erer<sup>217</sup>. Yine geçici olmalarının doğal bir sonucu olarak kişi hakkında muhakemeye devam olunabilecek, verilecek nihai kararın uygulanması sağlanabilecektir<sup>218</sup>.

Koruma tedbirleri birer *araştır*, hüküm vermenin birer aracıdır. Koruma tedbirleri vasıtasıyla elde edilen, korunan ve muhakeme edilebilen deliller suretiyle ilgili makamlar, muhakeme sonunda doğru kararın verilmesi ve verdikleri hükmün

---

<sup>211</sup> YCGK 25.11.2014 tarihli, 9-610/512 sayılı Kararı (çevrimiçi: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>212</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.303

<sup>213</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.258

<sup>214</sup> CMK m.75 vd incelendiğinde maddelerin “bir suça ilişkin delil elde etmek için /amacıyla...” şeklinde başladığı görülmekte olup bu durum da ilgili tedbirlerin bu amaç dışında kullanılamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>215</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kılıç, **a.g.e.**, s.98

<sup>216</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.300

<sup>217</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.300

<sup>218</sup> Özbek, **a.g.e.**, s.252

yerine getirilebilmesi hususunda imkan sahibi olurlar<sup>219</sup>. Bu tedbirler başlı başlarına birer amaç değil ceza muhakemesi hizmetinde olan araçlardır<sup>220</sup>. Tedbirlerin birbirine araçlık etme özelliği de bulunmaktadır; arama sonucu elde edilen delillere el konulduğunda arama el koymayanın aracı olmaktadır ya da yakalanan kişi tutuklandığında da aynı durum söz konusu olmaktadır<sup>221</sup>. Son olarak koruma tedbirleri *ihtiyaridir*, hiçbir koruma tedbiri zorunlu değildir<sup>222</sup>.

Koruma tedbirlerine başvurmada zorunluluk bulunmalı, yani *tedbire başvurmada gecikme tehlike doğuracak* olmalıdır. Bu tehlike, tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, muhakemenin gerektiği gibi ve amacına uygun şekilde yapılamayacak olabildiğini ifade eder<sup>223</sup>. Gecikmeden maksat da yine aynı şekilde, o koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeye zarar vermesi, muhakemeyi güçleştirmesi yahut kimi zamansa olanaksız hale getirmesidir<sup>224</sup>. Gecikmede tehlike kavramı geniş bir kavram olarak algılanmamalıdır, tehlikenin yakın olması şarttır, bunun yanı sıra her koruma tedbirine göre, niteliği gereği, gecikme ve tehlikesi ayrı ayrı hesaplanacaktır<sup>225</sup>.

Gecikmesinde tehlike bulunan hal kavramı, Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3'te, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4'te, "Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal" olarak ve "derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu noktada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri tam da bu noktada tedbire başvurmada gecikmenin tehlike yaratacağı niteliktedir zira, koruma

---

<sup>219</sup> Özbek, **a.g.e.**, s.252

<sup>220</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.301

<sup>221</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.301

<sup>222</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.301

<sup>223</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.339

<sup>224</sup> Bayzit, **a.g.e.**, s.21

<sup>225</sup> Kılıç, **a.g.e.**, s.99-100 "Örneğin; kişinin belli bir alkol seviyesini aştığından şüphelenildiği hallerde, suç anında failin kanındaki alkol oranının tam bir ölçümle tespit edilmesi gerekir. İnsan bedeni, yapısı gereği, alkol ve uyuşturucu içeren maddeleri vücutta yıkıma uğratmaktadır. İlgili maddelerin kandaki çözülüm sürecinin çok hızlı cereyan etmesinden dolayı, gecikme vücuttaki delilin ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bu da sonuçlarının tehlikeye düşmesine neden olabilecektir. Her ne kadar kan örneği alınması ve bunun ölçümü uygulamalarının geriye dönük hesaplamalarla kişinin suç anındaki alkol oranına ulaşılmaktaysa da, burada sanığın lehine olmak üzere istatistik asgari değerler alınmaktadır. Sanığın aldığı alkol oranının sınır değerleri çok hafif biçimde aşmasının söz konusu olduğu durumlarda, ihtiyaç duyulan sonucun kesinliği daha fazla önem kazanmaktadır. Bu nedenle vücudun muayene edilmemesi yahut geç edilmesi halinde delilin yok olması söz konusu olabilecek ve muhakeme yapılamaz hale gelecektir." Kılıç, **a.g.e.**, s.100

tedbiri ile elde edilmek istenen delillerin vücutta kalma süreleri nitelikleri gereği ve biyolojik olarak belli ve çoğu zamansa sabittir. Somut olayın bir an önce aydınlatılması için şüphelinin, mağdurun yahut üçüncü kişinin üzerinde, faile, mağdura yahut üçüncü kişilere veya yalnızca olay yerine ilişkin suç izlerin yahut örneklerin bulunup bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir<sup>226</sup>. Kimi zaman failin belirlenmesi, kimi zaman mağdurun yaralanma derecesi ve niteliğinin belirlenmesi açısından bu delillerin yeri doldurulamaz bir önemi bulunabilmektedir.

Adli tıp açısından da, yaraların iyileşmesi, vücut üzerindeki izlerin, biyolojik şekilde vücut tarafından kaybolma/iyileşme süreleri bellidir ve genellikle bu süreler yargılama süreleriyle kıyaslandığında çok daha kısadır. Mağdurun yaralarının iyileşmeden tespiti, cinsel saldırı suçlarında mağdur üzerinde failin, fail üzerinde mağdurun kalıntılarının tespit edilmesi, işin doğası gereği vakit kaybedilmeden/derhal yapılması gereken işlemlerdir<sup>227</sup>.

Koruma tedbirlerine başvurmada bir önşart da *görünüşte haklılık* şartıdır<sup>228</sup>. Koruma tedbirine başvurma hakkının haklı olup olmadığı aslında muhakemenin sonunda anlaşılır<sup>229</sup>. Haksızlık riski de bu sebeple her zaman vardır, bu sebeptendir ki koruma tedbirine başvurulmasında ancak “görünüşte haklılık” ile yetinme zorunluluğu mevcuttur<sup>230</sup>. Aslında bu durum koruma tedbirinin araç olma ve geçici olma özellikleri ile de doğrudan bağlantılıdır, zira koruma tedbirlerinin haklı olup olmadığı ancak yapılacak yargılama sonucunda belli olacaktır ki bu durum haklılık daha belli olmadan tedbire başvurulması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu noktada da tedbirlerin en azından başvurulduğu anda haklı görünmesi şartı aranmaktadır; bu haklılık özde değil görünüşte bir haklılık olacaktır<sup>231</sup>.

Son olarak koruma tedbirleri *ölçülülük/orantılılık* ilkesine aykırı olamazlar; koruma tedbirine başvurmakla elde edilecek yarar ile uygulanma sonucu ortaya çıkacak zarar arasında makul, akla uygun bir ölçü olmalıdır<sup>232</sup>. Yani beklenen yarardan çok zarar umuluyorsa gerekirse ve imkan varsa daha hafif bir koruma

---

<sup>226</sup> Dağ, **a.g.e.**, s.260

<sup>227</sup> Kızılarıslan, **a.g.e.**, s.228, Dağ, **a.g.e.**, s.261

<sup>228</sup> Yenisey, Nuhoğlu’na göre bu önşarta “*ihtimal sebepleri*” demek de mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.302

<sup>229</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.339, Dağ, **a.g.e.**, s.259

<sup>230</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.339

<sup>231</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.305

<sup>232</sup> Öztürk v.d, **a.g.e.**, s.290

tedbirine başvurulmalı aksi halde o koruma tedbirine hiç başvurulmamalıdır. Böylece ikincillik ilkesi de gözetilerek aşırılık yasağına da uyulmuş olacaktır<sup>233</sup>. Orantılılık/ölçülülük ilkesi AY m.13'te "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddede temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

CMK incelendiğinde bu ilkeye açıkça sadece tutuklama koruma tedbirinde yer verildiği görülmektedir. CMK m. 100/1 " .. *İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.*" hükmolunmuştur. Bu durumda daha hafif bir tedbirle, örneğin güvence gösterilmesiyle veya yurtdışına çıkma yasağıyla amaca ulaşılabilir hallerde tutuklama yoluna gidilemez. CMK m.100/4 "*Sadece adli para cezasını gerektiren veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç olmak üzere*<sup>234</sup> *hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez*" hükmü de, yine orantılılık ilkesi kapsamında bir ifadedir. Unutulmamalıdır ki, bu ilke diğer koruma tedbirleri açısından da göz önünde tutulması gereken bir ilkedir<sup>235</sup>.

Yenisey/Nuhoğlu'na göre " *Orantılılık, hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili denge aranması durumudur.*<sup>236</sup>"

Bu noktada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri incelendiğinde, iç beden muayenesini düzenleyen ilgili maddelerde, şüpheli/sanığa isnat edilen suçun cezasının üst sınırının iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi şartı aranması da esasen ölçülülük ilkesi ile alakalıdır. Şüpheli/sanığa isnat edilen suçun cezasının üst sınırı iki yıldan az ise şüpheli/sanığa iç beden muayenesi yapılamaz, vücuttan örnek alınamaz. (CMK m.75/5, Beden Muayenesi Yönetmeliği m.4/5, 6/5) Bunun yanında ise, dış beden muayenesi yapılabilmesi için şüpheli/sanığa isnat edilen suçun cezasının üst sınırı, suçun belli bir ağırlıkta olması

<sup>233</sup> Özbek vd, **a.g.e**, s.254

<sup>234</sup> Öztürk vd., **a.g.e**, s.290 " Buna göre, bu nitelikteki suçlar karşısında öngörülen hapis cezası iki yılın altında olsa bile, tutuklama kararı verilebilecektir. Bu madde anlamında "vücut dokunulmazlığına karşı suç" deyiminden ne anlaşılması gerektiği belli olmadığı gibi, böyle bir düzenlemenin bir koruma tedbiri olan tutuklama ile nasıl bir ilgisinin bulunduğu da anlaşılamamıştır."

<sup>235</sup> Centel, Zafer, **a.g.e**, s.340

<sup>236</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e**, s.303

gibi bir şart aranmamıştır. (Beden Muayenesi Yönetmeliği m.5 ) Bu durum tartışmalara sebep olmaktadır.

Kanaatimizce, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri birer koruma tedbiridir. Yukarıda belirttiğimiz ve koruma tedbirlerinin genel koşul ve özelliklerini oluşturan hemen hemen her durum beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından da geçerlidir. Temel hak ve özgürlüklere, özellikle kişi dokunulmazlığına müdahale özelliği taşıması, yasa koyucu tarafından tedbirin uygulanabilmesinin çok sıkı koşullara bağlanmış olması ve koruma tedbirleri ile gösterdikleri, sayabileceğimiz diğer ortak özellikleri tedbirlerin koruma tedbiri özelliklerinin ağır bastığını göstermektedir. Bu noktada kanunla düzenlenmiş olma yahut ölçülülük gibi tartışmalı hususlarda çalışmamızın ilgili bölümünde ayrıntılı yer verileceğine değinmekle yetiniyoruz.

### **3. ÇEŞİTLERİ VE UYGULANMA KOŞULLARI**

#### **3.1 ŞÜPHELİ/SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

##### **3.1.1. GENEL OLARAK**

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması esasen farklı kavramlar olup, bu kavramlara ilişkin olarak genel bilgiler çalışmamızın ilgili bölümünde yer aldığından ayrıntılı olarak açıklanmayacaktır. Kanun koyucu bu kavramları aynı maddeler kapsamında 5271 sayılı CMK ilgili maddelerinde birlikte düzenlemiş olsa da, Beden Muayenesi Yönetmeliği incelendiğinde farklı hükümler çerçevesinde düzenlendikleri görülmektedir. Yine Yönetmelik'te beden muayenesi tedbiri bakımından iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi de ayrı hükümlerde düzenlenerek tanımlanmış olup, biz çalışmamızda kanuni sistematik çerçevesinde inceleme yapmaktayız<sup>237</sup>. Bu sebeple tedbirler; şüpheli/sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, diğer

<sup>237</sup> Vücuttan örnek alınması aslında bir muayeneyi gerektirdiğinden örnek almanın beden muayenesi içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Özbek vd., a.g.e, s.449

kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ve kadının muayenesi şeklinde başlıklandırılarak koşullar incelenecektir.

### 3.1.2. ŞÜPHELİ/SANIĞIN DIŞ BEDEN MUAYENESİ

#### 3.1.2.1 KAVRAM VE KAPSAMI

Dış beden muayenesi kural olarak tıbbi araçlar kullanılarak ve hekim tarafından yapılan, kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesini ifade eder<sup>238 239</sup>. Bu muayene yaşayan kişi üzerinde yapılır. Hem şüpheli/sanık üzerinde hem de diğer kişiler üzerinde dış beden muayenesi yapılabilir.

Şüpheli/sanığın dış beden muayenesi CMK ilgili hükümlerince düzenlenmemiş olup çalışmamızın ilgili kısımlarında da değindiğimiz şekilde Beden Muayenesi Yönetmeliği çerçevesinde düzenlenmiştir<sup>240 241</sup>.

CMK m.75'in ilk halinde "beden muayenesi" genel ve bir bütün halinde düzenlenmişken<sup>242</sup>, 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanununda

<sup>238</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.84

<sup>239</sup> Doktrinde bazı yazarlarca gözle ve müdahale olmaksızın yapılacak işlemin beden muayenesi olamayacağı belirtilmektedir, ancak kanaatimizce bu durum kişinin çıplak halde incelenmesi noktasında kanun koyucunun iradesi ile örtüşmeyeceğinden ve kişilik haklarına doğrudan müdahale teşkil edeceğinden doğru bir yaklaşım değildir. Aksi görüş için bkz. Bayzit, **a.g.e.**, s.88 "*Dış beden muayenesi, gerektiğinde kişinin çıplaklığı soyulmasını ağız, anüs, vajina gibi vücut boşluklarına bakılmasını gerektiren son derece hassas bir muayene türüdür. Bunun hakim veya savcı kararı olmadan yapılabilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim bunu gören kanun koyucu değişiklik yaparken, cinsel organlarda anüs bölgesinde yapılan muayenenin iç beden muayenesi olduğu şeklinde bir düzenlemeye ihtiyaç duymuştur. TBMM'de yapılan bu yeni düzenleme, ne yazık ki, şüpheli ya da sanığın adli amirin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından çıplaklığı soyulabilmesine, anüs ve cinsel organlarının görülmesine engel değildir. Zira CMK m. 75'te yasaklanan görmek değil muayene etmektir. Bilindiği üzere muayene, müdahaleyi gerektiren bir işlem türüdür. Bedene müdahale teşkil etmeyen, vücuttan örnek almayan bir inceleme yöntemi, bir insanın vücuduna dıştan bakarak inceleme yöntemidir. Bu düzenlemeler karşısında böyle bakarak inceleme söz konusu olduğunda, arama ile ilgili genel kurallara geçerli olabilecektir denilmiştir.*"

<sup>240</sup> Diğer kişilerin beden muayenesine ilişkin CMK düzenlemesinde ise dış beden muayeneleri ayrıca ve farklı olarak düzenlenmemiş, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile aynı koşullara tabi tutulmuştur. (CMK m.76)

<sup>241</sup> Dış beden muayenesi tedbirinin temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale taşıması sebebiyle AY m.17 ve ilgili diğer hükümlerce "kanunla" düzenlenmesi gerekirken, Yönetmelik'te düzenlenmiş olmasına ilişkin eleştiriler ve görüşümüz tezimizin ilgili kısmında mevcuttur.

<sup>242</sup> (Değişiklik Öncesi Hali) CMK m.75 "*(1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbi muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu müdahaleler ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısı da karar verebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmidört saat içinde*

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” m.2 ile değişiklik yapılarak, maddede “iç” beden muayenesi düzenlenmiş, “dış” beden muayenesine yer verilmemiştir<sup>243</sup>. Değişikliğe ilişkin m.2 gerekçesinde, *“Yapılan düzenleme ile, beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Bu madde kapsamında şüpheli/sanık üzerinde iç beden muayenesinin hangi şartlarda ve ne surette yapılacağı düzenlenmiştir. Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için, mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcılığı tarafından bir karar verilmesine gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemleri kendileri yapabileceklerdir.”* ifadelerine yer verilmiştir<sup>244</sup>.

Kanaatimizce, belirtilen bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Zira, gerekçe ile kanunda düzenlenmeyen dış beden muayenesinin Beden Muayenesi Yönetmeliği ile düzenlenmiş olması ve tedbirin niteliği birlikte değerlendirildiğinde ortaya hukuka aykırı bir durum çıkmaktadır. Bu hukuka aykırılığı; dış beden muayenesinin esasen arama koruma tedbiri hükümlerine tabii olduğu görüşü<sup>245</sup> ile gidermek isteyen görüş de bu noktada, gerekçede belirtilen soruşturma ve kovuşturma makamlarınca hiçbir karara gerek bulunmaksızın dış beden muayenesi yapılabileceğine ilişkin ifade ile çelişmektedir<sup>246</sup>. Zira, arama yapılabilmesi için dahi, kural olarak hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan durumlarda kolluk amirinin yazılı emri gerekmektedir.

Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3, *Dış beden muayenesi*; “vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinde gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi

---

*kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Tıbbi muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnek alınabilmesi için; müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınamaz. (4) Bu madde gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”*

<sup>243</sup> RG:01.06.2005, s.25832, Yıldız, **a.g.m.**, s.295

<sup>244</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.295-296 “Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi bir yönüyle koruma tedbiri olduğuna göre mutlaka kanunla koşullarının ve usulünün belirlenmesi gereklidir. Dolayısıyla kanunda şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinden söz edilmediğine göre, iç beden muayenesi dışındaki işlemlerin muayene olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir.” Yıldız, **a.g.m.**, s.296

<sup>245</sup> “Dış beden muayenesi, dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur.” Öztürk vd., **a.g.e.**, s.366

<sup>246</sup> “Dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi, yönetmelikle düzenlenmesi temel ve hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa düzenlemesi ile çelişki oluşturmaktadır. Dış beden muayenesi tedbirini eğer arama kapsamında değerlendirilecek idiysek yönetmelik düzenlemesinin bulunmaması gerekirdi. Yönetmelikle düzenleme tercihinin her iki açıdan da doğru olmadığı ortadadır.” Akbulut, **a.g.m.**, s.90

inceleme” , *iç beden muayenesi* ise: “kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokuların incelenmesi” olarak tanımlanmıştır. Şüpheli/ sanığın dış beden muayenesi Yönetmelik m.5'te “*Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.*

*Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.*

*Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.*

*Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.*

Bu noktada tedbirin kapsamını irdelerken “girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin” neler olduğunun Yönetmelik hükümlerince açıklanmadığı görülmektedir. Yine yapılan tanımlar çerçevesinde cinsel organın incelenmesi/muayenesi hususu da dış beden değil iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu noktada uygulanan yöntem yahut işlemin içeriği değil incelenen bölgenin/yerin ve kimi yazarlarca korunan hukuki değerin (cinsel dokunulmazlığın) farklılığı işlemin niteliğinin belirlenmesini sağlamaktadır<sup>247</sup>.

Bu noktada endoskopi, retroskopi vb. işlemlerin girişimsel nitelikleri gereği, iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir. Yine MR çektiirmek bakımından da işlemin yapılması vücuda alınacak bir takım ilaç vb. maddelere dayanmakta ise (ilaçlı MR), bu durum farklı değerlendirilerek, bu durumda da esasen “girişimsel bir müdahalenin” varlığından bahsedilebilecektir<sup>248</sup>. Gerçekten girişimsel tıbbi görüntüleme, görüntüleme sistemleri rehberliğinde, tanı konması veya çoğu zaman tedavi edici işlemlerin özel aletler kullanılarak uygulanmasına verilen addır<sup>249</sup>. Bu noktada girişimsel müdahale, damardan veya ciltten girilmek suretiyle uygulanan tüm müdahaleleri kapsamakta olduğundan, ancak ve ancak kişiye herhangi bir

---

<sup>247</sup> Fulya Eroğlu, **a.g.e**, s.35

<sup>248</sup> Eroğlu, **a.g.e**, s.36

<sup>249</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.92, Faruk Turhan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Tıp Hukuku” başlıklı tebliğ, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s.1029-1030

müdahalede bulunulmaksızın yalnızca görüntüleme işlemine başvurulmuş durumlarda dış beden muayenesinden bahsedilebilecektir<sup>250</sup>.

### **3.1.2.2. TEDBİRİN KOŞULLARI**

#### **3.1.2.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR /ŞÜPHE DERECESESİ**

Şüpheli/sanığın dış beden muayenesi tedbirinde herhangi bir suç ayrımı yapılmamış olup, her suç bakımından bu tedbirin uygulanabilmesi mümkündür. Yine Yönetmelik maddesi incelendiğinde, şüphe derecesi bakımından da bir düzenleme yapılmamış olduğu görülmektedir. Kanaatimizce, ilgili başlık altında açıkça görüşümüzü dile getirdiğimiz üzere, en azından makul şüphe çerçevesinde tedbirin uygulanabilmesi mümkün olmalıdır<sup>251</sup>. Yine “bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla” ibaresi hem şüpheli/sanığın dış beden muayenesini düzenleyen Yönetmelik maddesinde, hem CMK ilgili beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması maddelerinde ortak olarak açıkça dile getirilmiştir. Bu durum da en azından suç işlendiğine ilişkin makul şüphenin var olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bu noktada kanaatimiz dış beden muayenesinde makul şüphenin varlığı yeterliyken iç beden muayenesinde bunun yeterli olmayacağı “kuvvetli şüphenin varlığının” aranması gerektiği noktasındadır. Yine her ne kadar her suç hakkında bu tedbirin uygulanması düzenlemece mümkün kılınmış ise de, ileride incelenecek “oranlılık/ölçülülük” ilkesi gereğince, ilgili suç çerçevesinde dış beden muayenesi sonucu delil elde edilebilmesi imkanı yok ise tedbire, her koşulda başvurmak hukuka uygun olmayacaktır. Zira dış beden muayenesi doğrudan kişilik haklarına müdahale teşkil eden bir tedbir olup elde edilebilecek bir eşdeğer menfaat olmaksızın uygulanamayacaktır.

---

<sup>250</sup> “ Floroskopi, Ultrason, ekokardiyografi, MR, tomografi gibi araçlarla yapılan işlemler dış beden muayenesi olarak nitelendirilebilecektir. Ancak görüntüleme için vücuda çeşitli maddelerin verilmesi durumunda dış beden muayenesi değil iç beden muayenesi söz konusu olacaktır. Örneğin ilaçlı MR, tomografi çektirilmesi iç beden muayenesi olarak değerlendirilecektir. Yine vücuda girilmek suretiyle yapılan işlemler de dış beden muayenesi değil, iç beden muayenesinin yapılması söz konusudur. Örneğin endoskopi, retroskopi, kolonoskopi gibi işlemler iç beden muayenesi niteliğindedir. Göz dibi muayenesi, stetoskop kullanılması da dış beden muayenesidir. ” Akbulut, **a.g.m**, s.92-93, Turhan, **a.g.m**, s.1030

<sup>251</sup> Yine aynı görüşte bkz. Eroğlu, **a.g.e**, s.40

### 3.1.2.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM

Belirttiğimiz üzere, dış beden muayenesi CMK'da düzenlenmemiştir. Bunun nedeni dış beden muayenesinin hakim kararı alınmasına gerek olmaksızın soruşturma makamlarınca bizzat yapılabilmesine olanak sağlanması düşüncesidir<sup>252</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz şekilde Yönetmelik m.5/3 çerçevesinde şüpheli/sanık üzerinde beden muayenesi, savcı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir<sup>253</sup>. Bu durumda kolluk görevlilerinin talebiyle dış beden muayenesi yapılabiliyor olması durumu da yine doktrinde tartışılan hususlardan biri olmuştur. Düzenlemeye göre kolluk görevlileri kendi takdir yetkileri çerçevesinde, kolluk amirinden yazılı emir gerekmeksizin kendileri hekimden talepte bulunabileceklerdir<sup>254</sup>.

Yine düzenleme, dış beden muayenesine kimin karar vereceği konusunda açık bir hüküm taşıyamaması, hükümde "talebiyle yapılabilir" denilmek suretiyle karara yetkili makamın gösterilmemesi sebebiyle eleştirilmektedir<sup>255</sup>. Bu konuda Yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı, her ne kadar kanunda dış beden muayenesi düzenlenmemiş olsa dahi, iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği de belirtilmiştir<sup>256</sup>. Kimi yazarlara göre ise, dış beden muayenesi için ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur<sup>257</sup>.

Kanaatimizce, kabul ettiğimiz koruma tedbiri statüsü nedeni ile de bu tedbire hangi makam tarafından karar verileceği başta olmak üzere tüm koşulları kanunda açıkça düzenlenmelidir. Yine bir başka açıdan bakıldığında Yönetmelik düzenlemesi dikkate alınırsa, hakim ve mahkemenin işlemlerinin karar niteliğinde olduğu, bu kararlara itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda karar alınmaksızın taleple

---

<sup>252</sup> Turhan, **a.g.m.**, s.1054-1055, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.271, Akbulut, **a.g.m.**, s.103

<sup>253</sup> Dış beden muayenesinin savcı, adli kolluk görevlileri ve kovuşturma makamlarının kararı ile yapılabilceği görüşü için bkz. Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.272

<sup>254</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.104

<sup>255</sup> Özbek vd. , **a.g.e.**, s.452

<sup>256</sup> Özbek vd. , **a.g.e.**, s.452

<sup>257</sup> Öztürk vd. , **a.g.e.**, s.366

işlem yapıldığı durumlarda itiraz prosedürünün nasıl olacağının belli olmayışı yine çelişkili, özensiz bir düzenleme yapıldığı izlenimini vermektedir<sup>258</sup>.

### 3.1.2.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM

Yönetmelik hükümlerince dış beden muayenesi kural olarak ancak tabip tarafından yapılabilir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir<sup>259</sup>.

Sağlık mesleği mensubu teriminden tam olarak hangi meslek gruplarının anlaşılması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu noktada TCK m. 280 "Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu" çerçevesinde ikinci fıkrasında sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşacağını düzenlemiştir<sup>260</sup>. Bu maddenin gerekçesinde sağlık mesleği mensuplarının bu maddede belirtilen mensuplarla sınırlı olmadığı ifade edilmiştir<sup>261</sup>. Kanaatimizce, hem dış beden muayenesinde hem de iç beden muayenesinde uygulanacak tedbir çerçevesinde hangi bölge üzerinde inceleme yapılacak ise, o bölgede ihtisası bulunan bir sağlık mesleği mensubunun tedbire konu işlemi gerçekleştirebilmesi yerinde olacaktır.

---

<sup>258</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.104

<sup>259</sup> "Hekim sözcüğü, Arapça kökenli hikmeti seven kişi anlamına gelen "hakim" sözcüğünün yumuşatılarak söylenmesi ile oluşmuştur ve hikmet sahibi (bilge) kişiyi ifade etmektedir. Hekim ve hekimlik anlamında kullanılan tabip kelimesi ise tıpkı tıp sözcüğü gibi "tabbe" kelimesinden türemiş olup bir işte usta, işinin ehli olan ve işinin ilmini bilen nezaket sahibi kimse anlamlarına gelmektedir. Bu bakımdan hekim sözcüğü, bilgin anlamına gelen İngilizce "doctor" ve Fransızca "docteur" sözcüğü ile eş anlamlıdır." Rahime Erbaş, **"Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü"**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.3

<sup>260</sup> Yine Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3'te, sağlık mesleği mensubu teriminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

<sup>261</sup> "Burada kanun koyucu, tabip, dış tabibi, eczacı, ebe ve hemşire şeklinde meslek mensuplarını sıraladıktan sonra tüm meslek mensuplarını kazuistik olarak saymak yerine "sağlık hizmeti veren diğer kişiler" şeklinde belirtmekle yetinmiştir." Erbaş, **a.g.e.**, s.9

#### 3.1.2.2.4. TEDBİRİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR

Yönetmelik hükmünce, muayene ancak kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi yoksa yapılabilir<sup>262</sup>. (Yönetmelik m.5/3) Buradaki “açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi” bu tedbiri uygulayan kişinin tedbirden sonra zarar meydana gelmesi durumunda bu zarar neticesi bakımından taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması anlamına gelmektedir. Zira aksi halde, tedbire başvuran, taksirli hareketinin meydana getirdiği bu zarardan sorumlu tutulacaktır<sup>263</sup>.

Belirtmek isteriz ki, “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi” hukuki bir kavram değildir ve kanaatimizce kararı verecek olan merci bu noktada hakim yahut savcı, bu konuda muhakkak hekim ya da sağlık personelinin (personeler ikincil olarak) görüşüne başvurulmalıdır<sup>264</sup>.

Bu noktada doktrinde bir görüş, dış beden muayenesinin tanımında yer alan muayenenin tıbbi müdahaleyi kapsamadığından bahisle, dış beden muayenesinin muayene yapılacak kişinin sağlığı açısından açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmadığını savunmaktadır<sup>265</sup>. Buna göre muayenenin verdiği geçici acı yahut rahatsızlık, muayeneden korkmak, ruhsal baskı hissetmek tek başına zarar verme tehlikesi olarak değerlendirilemez<sup>266</sup>. Yine girişimsel olmayan tıbbi müdahalelerde de aynı durum söz konusudur. Bu nedenle tüm bu gerekçelerle, dış beden muayenesinin muayene yapılacak kişinin sağlığı açısından açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi bulunmamaktadır<sup>267</sup>. Bu noktada biz yine her somut olay bakımından sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı hususunun irdelenmesini yerinde bir uygulama olarak görmekteyiz.

---

<sup>262</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.271

<sup>263</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.450

<sup>264</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Özbek vd., **a.g.e.**, s.453, Yıldız, **a.g.m.**, s.293

<sup>265</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.111, Turhan, **a.g.m.**, s.1049

<sup>266</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.111

<sup>267</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.111 “ Dış beden muayenesinin sağlığa zarar verme tehlikesi olmamakla birlikte doktorun taksirli davranışı sonucu kişinin sağlığına zarar verilmesi halinde, yapılan beden muayenesi hukuka aykırı nitelik taşımayacak ve elde edilen delil kullanılacaktır. Zira zarar, yapılan müdahalenin sonucu olarak değil, dış bir etkenden (hekimin taksirli davranışından) kaynaklanmaktadır.” Yazarın bu görüşüne tamamen katılmamakla birlikte, burada elde edilen delilin de “sağlıklı” bir delil olmayabileceği durumların göz önüne alınması gerektiğini düşünmekte, böyle bir genellemenin her durumda doğru olmayacağını kabul etmekteyiz. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama çalışmamızın üçüncü bölümünde, “hukuka aykırı delil” bahsinde irdelenecektir.

Tedbirin uygulanış şekline devam edecek olursak, dış beden muayenesi yapılacak kişi, eğer kendisi hazır değilse çağırılması yoluyla hazır edilir. Kişi çağrıya rağmen gelmezse Beden Muayenesi Yönetmeliği m.18 çerçevesinde gerekli önlemler alınarak, kişi zorla yakalanarak doktor önüne getirilir ve vücut muayenesi yapılır<sup>268</sup>. Yine muayene öncesi kişilerin “aydınlatılmış olmaları gerektiği” ifadesi Beden Muayenesi Yönetmeliği m.18’de yer almaktadır. Bu sebeple muayene öncesi kişiye, beden muayenesine gerek duyulma nedeni, tam olarak muayenenin kapsamı ve elde edilecek delilin işlenen suç açısından önemi gibi noktalar açıklanmalıdır<sup>269</sup>.

### 3.1.2.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK

Bu tedbire karar verilebilmesi için yukarıda belirttiğimiz şekilde müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Burada kararı verecek makam, beden muayenesi ya da vücuttan örnek alınması hususunda tedbirle elde edilecek yarar ile verilmesi imkan dahilinde olan zararın arasında oran bulunup bulunmadığına bakacaktır. Tedbire ancak yararın fazla olması durumunda başvurabilecek, bununla beraber kişinin sağlığına zarar verilmesi tehlikesi mevcut ise bu durumda hiçbir surette tedbir kararı veremeyecektir<sup>270</sup>.

Burada yeniden belirtmek gerekecektir ki, kanaatimizce beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri birer koruma tedbiri niteliğindedir, koruma tedbirleri de kanunilik ilkesine tabidir ve ancak kanunla açıkça düzenlenmiş olmaları şartıyla uygulanabilir<sup>271</sup>. Bu noktada kanuni düzenleme hukuka uygunsa, tedbirin hukuka uygunluğundan söz edilebilecekken eğer tedbirle ilgili kanuni düzenleme yoksa, başka unsura gerek kalmaksızın gerçekleştirilen tedbir ve elde edilen deliller hukuka aykırı olur<sup>272</sup>.

Son olarak yinelemek isteriz ki, her suça ilişkin dış beden muayenesine karar verilebiliyor olması her durumda ve her suçta bu tedbire başvurunun hukuka uygun olacağı anlamına gelmeyecek, elbette bu hususta gereklilik, başka türlü delil elde

---

<sup>268</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.112

<sup>269</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.112

<sup>270</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.453

<sup>271</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.271

<sup>272</sup> Bu noktada CMK’da dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin olmamasına rağmen muayene yapılıyor olması durumunun hukuka aykırı olduğuna ilişkin bkz. Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.271

etme imkanının bulunmaması gibi hususlar irdelenecek, aksi halde tedbire başvurulması ölçülü olmayacağından hukuka aykırı olacaktır.

### **3.1.3. ŞÜPHELİ/SANIĞIN İÇ BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

#### **3.1.3.1 KAVRAM VE KAPSAMI**

Şüpheli/sanığın dış beden muayenesi CMK'da düzenlenmemişken, iç beden muayenesi CMK m.75'te düzenlenmiştir. CMK'nin "Şüphelinin Veya Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücudundan Örnek Alınması" başlıklı maddesinde hem iç beden muayenesi hem de vücuttan örnek alınması tedbiri birlikte düzenlenmiştir. Madde metninin ilk fıkrasında *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz."* hükmolunmuştur. Görüldüğü gibi maddede iç beden muayenesinin tanımı yapılmamış, vücuttan örnek alınması tedbiri ile iç içe bir düzenleme söz konusudur.

Maddenin devamında cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan müdahalenin iç beden muayenesi sayılacağı, bu durumda yapılan müdahale dış beden muayenesi çerçevesinde değerlendirilebilecek bir müdahale niteliği taşıyan "basit bir müdahale" olsa bile müdahalenin yeri dikkate alınarak iç beden muayenesi hükümlerine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir<sup>273</sup>.

Vücuttan örnek alma ise, olay yerinde yahut kimi zaman suç mağduru üzerinde bulunan delillerle karşılaştırma yapmak amacıyla, şüpheli/sanık üzerinde gerçekleştirilen bir tedbir ve mevcut delilleri değerlendirme aracıdır<sup>274</sup>. Kişinin vücudundan alınan örneklerle o kişinin biyolojik özellikleri ortaya konulur ve örnek

<sup>273</sup> "Cinsel bölgelerin gözle incelenmesi de iç beden muayenesi sayılmalıdır." Öztürk vd. ,a.g.e., s.366

<sup>274</sup> Centel, Zafer, a.g.e., s.297

sahibinin, olay yerinden ya da mağdurdan elde edilen örneğin sahibi olup olmadığı anlaşılmaya çalışılır<sup>275</sup>.

Burada değinmek istediğimiz bir nokta ise, doktrinde de sıkça tartışmalara yol açan “çıplak arama” meselesi olacaktır. Çıplak arama; Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m.46’da düzenlenmiştir. Buna göre çıplak arama, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlünün üzerinde kuruma sokulması veya bulundurulması yasak olan madde veya eşyanın bulunduğu dair makul emarelerin bulunması ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi halinde çıplak olarak yapılan arama işlemidir. Çıplak arama sırasında aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde öncelikle hükümlüden bu madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkarılması istenir, aksi halde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir<sup>276</sup>. Bu noktada madde metninde bu işlemin cezaevi tabibi tarafından gerçekleştirileceği de belirtilmiştir<sup>277</sup>.

<sup>275</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.297

<sup>276</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.94

<sup>277</sup> Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, (Karar Sayısı : 2006/10218) “Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım” m.46

“(1) Kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Kurumun tamamında her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Oda ve eklentilerinde yapılacak aramalarda bir hükümlü hazır bulundurulur.

(2) Hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir.

a) Çıplak arama, hükümlünün utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir,

b) Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkartılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır. Bu giysiler de mutlaka aranır,

c) Çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir,

d) Çıplak olarak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir.

(3) Beden ve üst aramaları aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılır.

(4) Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle ya da diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.

(5) Kurum en üst amiri, Cumhuriyet başsavcısına bilgi vermek suretiyle önceden hazırlanan olağanüstü hâl plânlarına göre kurumun fiziksel özelliği ve mevcudunu değerlendirerek, yılda en az iki kez olmak üzere uygun gördüğü zamanlarda diğer kamu görevlilerinin katılımıyla; isyan, firar, yangın ve benzeri olaylara karşı tatbikat yaptırır.

(6) Sayımlar, Tüzüğün 22 nci maddesinde belirtilen görevliler tarafından, dörtlü vardiya hizmetinin uygulandığı kurumlarda sabah, akşam ve gece olmak üzere günde üç kez, diğer vardiya hizmetlerinin uygulandığı kurumlarda ise her vardiya değişiminde yapılır.

Öncelikle bu nitelikte bir uygulamanın tüzükle düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Biz de bu düzenlemenin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenmesi daha isabetli olurdu, kanaatindeyiz<sup>278</sup>. Görüleceği üzere, özellikle cinsel organlar çevresinde yapılacak olan bu nitelikteki bir müdahale aslında esasen iç beden muayenesidir<sup>279</sup>. Bu durumda da tüzük hükmünün açıkça kanun hükmüyle çelişmekte olduğu görülmektedir.

Yine her ne kadar iki düzenlemenin hukuki nitelikleri ve yöneldikleri kişiler (tüzükte hükümlü kişi) farklı olsa da uygulanan işlem aynıdır. Kişinin çıplak halde beden boşluklarına bakılmaktadır, hatta belirli şartlarda kişi üzerinde zorla müdahale yapılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle burada teknik anlamda bir aramadan ziyade bir beden muayenesi söz konusu olmaktadır. Bu sebeple önceden ayrıntılı şekilde izah ettiğimiz tüm sebeplerle bu nitelikte bir müdahalenin kanunla düzenlenmiş olması şarttır, kanuna aykırı tüm uygulamalar hukuka aykırıdır.

Nemo tenetur ilkesinin en önemli kaynaklarından birini şüphesiz insan onuru meselesi oluşturur. Yapılacak bu uygulamanın esasen niteliği gereği her durumda insan haysiyeti ve insan onuru üzerinde negatif bir etkiye sebep olacağı tartışmasızdır. Yine, üzerinde çıplak arama yapılacak kişinin "rızası" bulunduğundan bahisle bu uygulamanın karar olmaksızın gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Bu noktada da aslında ilkenin özünü oluşturan, bu koşullar altındaki kişinin rıza/iradesinin özgür ol(a)mayacağına kabulü karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce kişiyi kendisini suçlayıcı beyana zorlayamıyorken ve kişinin beyanda bulunmama hakkı bu kapsamda öğretide genel kabul oluşturulması hususunda herhangi bir tartışmaya mahal vermiyorken, aynı kişiyi onurunu bu denli ihlal edebilecek bir muameleye "katlanma yükümlülüğü" çerçevesinde maruz bırakabilmek en başta nemo tenetur ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

---

(7) İdare tarafından uygun görülmesi durumunda, her zaman sayım yapılabilir. Olağanüstü durumlarda, kurum en üst amirinin talebi, Cumhuriyet başsavcısının oluru ile dış güvenlik görevlileri sayımlara katılabilir.

(8) Sayımlar, yatma plânları da göz önünde bulundurularak odalarda yapılır. Sayımın yapılış şekli, kurum güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek biçimde odada bulunan hükümlülerin sayısı dikkate alınarak idare tarafından belirlenir.

(9) Arama ve sayımlar sırasında insan onuruna saygı esastır."

<sup>278</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Akbulut, **a.g.m.**, s.94, Özkan, **a.g.e.**, s.85-86

<sup>279</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.94

### 3.1.3.2 TEDBİRİN KOŞULLARI

#### 3.1.3.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR /ŞÜPHE DERECESESİ

Öncelikle belirtmek isteriz ki, dış beden muayenesinde olduğu gibi iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında da isnat edilen suçla ilgili delil elde etme amacı bulunmalıdır. Bu sebeple bilimsel deneyler vb. sebepler yahut veri bankası oluşturma gibi girişimler sebebiyle bu tedbire başvuru yapılması mümkün değildir<sup>280</sup>.

CMK m. 75 devamında; “(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı 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.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.” şeklinde hükmolunmuştur.

Tedbirin konusunu oluşturan suçlar bakımından yapılan sınırlamanın, tedbirin esasen sıklıkla uygulandığı kimi suçlarda sorun teşkil etmemesi amacıyla son fıkradaki düzenleme yapılmıştır. Örneğin, TCK m.179’te “Trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçu” düzenlenmiş olup, m.179/3 “Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.” hükmolunmuştur. Bu noktada Karayolları Trafik Kanunu’na göre ilgili kişilerin alkol muayenesi yapılması ve kan örneği alınması mümkündür<sup>281</sup>.

Burada inceleyeceğimiz esas nokta, bir suç sebebiyle şüpheli/sanık hakkında iç beden muayenesi ve/veya vücuttan örnek alınması tedbirlerine başvurulabilmesi için suçun cezasının üst sınırının iki yıldan az olmaması gerekliliğidir. Yüklenen suç

<sup>280</sup> Ünver, Hakeri, a.g.e, s.272

<sup>281</sup> Özbek vd., a.g.e, s.453

birden fazla ise, sınırın belirlenmesi bakımından her bir suç birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır<sup>282</sup>.

Kanun koyucu burada esasen ölçülülük/oranlilik kapsamında da bir değerlendirme yaparak her suç bakımından bu tedbirin uygulanabilir olmasını kabul etmemiş, hak/zarar dengesi kapsamında suçun ağırlığı ile paralel bir düzenleme yaparak ölçülü ve hukuka uygun bir tedbirin uygulanmasını sağlamaya çalışmıştır. Doktrinde, bu şekilde bir süre sınırı belirlenmesinin hükmü gereksiz bir şekilde kısıtladığı, bu nedenle bu üst sınırın kaldırılması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır<sup>283</sup>.

Bu noktada kanun koyucunun görüşüne katılmadığımızı ve böyle genel bir sınırlamayı yeterli bulmadığımızı belirterek, “ölçülülük/oranlilik” başlığı altında görüşümüzü detaylandıracağımızı iletmekle yetiniyoruz.

### **3.1.3.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM**

Gerek iç beden muayenesine gerekse vücuttan örnek alınmasına, kanuni düzenleme çerçevesinde kural olarak hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, yeniden hatırlatmamız gerekirse, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkmasını ifade etmektedir<sup>284</sup>. Bu düzenleme aslında koruma tedbirlerinin tamamına yakınında görülmekte olan bir düzenlemedir<sup>285</sup>. Burada unutulmaması gereken husus, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların yirmidört saat dolmadan hakim yahut mahkemenin onayına sunulması meselesidir. Yine hakim veya mahkeme bu talebi yirmidört saat

<sup>282</sup> “Yüklenen suçun kovuşturma aşamasında hukuksal niteliğinin değişmesi nedeniyle cezasının iki yıllık sınırın altına inmesi durumunda bu yolla elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz.” Öztürk vd., **a.g.e.**, s.367

<sup>283</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.294

<sup>284</sup> *Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3*

<sup>285</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.451

içinde karara bağlar ve onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacağından elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelir ve kullanılamaz.

Hakim veya mahkeme bu tedbire ilişkin kararı re'sen verebileceği gibi, Cumhuriyet savcısı yahut mağdurun istemiyle de verebilir.

Kanun, yukarıda da belirttiğimiz gibi iç beden muayenesi yapılabilmesi, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesine hakim, mahkeme yahut Cumhuriyet savcısı tarafından karar verileceğini açıkça kabul etmiş ve bu duruma herhangi bir istisna getirmemiş olduğundan şüpheli veya sanığın rızası bulunsa dahi hakim, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın bu kişiler üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz ya da vücutlarından örnek alınamaz<sup>286</sup>.

### 3.1.3.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM

Tedbiri uygulayacak kişiler, madde metninde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre CMK m.75/3 hükmünce iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişi tarafından yapılabilir<sup>287</sup>.

Yönetmelik m.6/4'te de müdahalenin, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntemlerle ve araçlar kullanılmak suretiyle yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu noktada çalışmamızın önceki başlığında da incelemiş olduğumuz AİHM'nin *Jalloh vs. Almanya* kararında, sanığın tıbbi müdahaleden önce yeterli şekilde tıbbi anamnezinin alınmasının<sup>288</sup> gerekli olduğuna değinilmiş, yine müdahaleden önce müdahalenin ilgilinin sağlığı açısından meydana getireceği tehlikenin yeterince göz önünde bulundurulmamış olmasının başvurucunun sağlığı açısından tehlike oluşturduğu belirtilmiştir<sup>289</sup>.

<sup>286</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.293

<sup>287</sup> Bu noktada tabip ve sağlık mesleği mensubuna ilişkin “şüpheli/sanığın dış beden muayenesi” başlığı altında verdiğimiz bilgileri yinelemekle yetiniyoruz.

<sup>288</sup> Tıbbi anamnez, doktorun hastaya teşhis koyma amaçlı olarak sorduğu sorular sonucu elde ettiği hasta öyküsüdür. Hastanın mevcut ya da geçmiş hastalıkları hakkında, kendisinden ya da yakınından alınan bilgilerdir.

<sup>289</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.274, Öztürk vd, **a.g.e.**, s.367

#### 3.1.3.2.4. TEDBİRİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR

CMK m.75/2 *“İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.”* hükmolunmuştur.

Yukarıda “şüpheli/sanığın dış beden muayenesi” başlığı altında belirttiğimiz şekilde, sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı müdahalenin şekline göre genel bir değerlendirme değil, somut olarak tedbirin uygulanacağı kişinin sağlık durumu incelenerek belirlenmelidir<sup>290</sup>. Muayene süresini aşan sürede etkisini gösteren ve bedensel huzuru da bozan her türlü rahatsızlık hali zarar tehlikesi olarak kabul edilebilmektedir<sup>291</sup>. Bu noktada yine AİHM *Jalloh vs. Almanya* kararına dönecek olursak, kararda başvurunun yuttuğu uyuşturucu keseciklerinin çıkarılması amacıyla, kusturucu madde verilmesi / enjekte edilmesi kişinin sağlığı açısından tehlikeli bulunarak AİHS m.3’ün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>292</sup>.

Başvurulacak tedbirin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı, dış beden muayenesinde olduğu gibi burada da, hakim yahut Cumhuriyet savcısının uzmanlık alanına giren hukuki bir değerlendirme olmadığından, bu konuda hakim yahut Cumhuriyet savcısının hekim veya sağlık mesleği mensubu sağlık personeline başvurması gerekecektir<sup>293</sup>.

#### 3.1.3.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK

Yeniden belirtmek gerekecektir ki, ceza muhakemesinde oranlılık ilkesinden anlaşılması gereken, bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ile verilmesi imkan dahilinde olan zararın arasında bir oran bulunması, aksi halde ise işlemi yapmaktan vazgeçilmesidir<sup>294</sup>.

Öztürk’e göre, amaca ulaşmak için kesin olarak zorunlu ve fiilin ağırlığı ile orantılı olmadığı takdirde iç beden muayenesine yahut vücuttan örnek alınmasına

<sup>290</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.273

<sup>291</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.273

<sup>292</sup> Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s.273, Öztürk vd., **a.g.e.**, s.367

<sup>293</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.293

<sup>294</sup> İnci, **a.g.m.**, s.126

karar verilemez<sup>295</sup>. Yani esasen tedbirin hem delil elde etmek açısından zorunluluk teşkil etmesi hem de suçun ağırlığının başvuru müdahaleyi haklı gösterip göstermediği yönünde bir değerlendirme yapılması şarttır<sup>296</sup>.

Kanun koyucu; üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağını yahut kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağını açıkça hüküm altına almış olup burada aslında ölçülülük/oranlilik ilkesi çerçevesinde getirilmek istenen bir sınırlama mevcuttur.

Ancak oranlilik/ölçülülük tartışmasında suç yaptırımının üst sınırının 2 yıl olarak belirlenmesi her durumda uygulanan tedbirin ölçülü olacağı anlamına gelmez, yine nitekim iftira vb. suçlarda da isnat edilen suçun niteliği gereği gerektiğinde beden muayenesi yapılması maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından olmazsa olmaz önem teşkil edebilir. Bu nedenle esasen ölçülülük koşulunun sağlanabilmesi amacıyla konulmuş bulunan bu şart, kanaatimizce yeterlilik teşkil etmemektedir. Zira burada en baştan söylenmesi gereken husus, “başka türlü delil elde etme imkanının bulunmamış olması” şartı olacaktır, söz konusu tedbirler gerçekleştirilirken kişinin vücuduna bir müdahale yapıldığı ortadadır. Bu müdahalenin hakkın özüne dokunulmaksızın gerçekleştirilmesi esasen kamusal bir çıkarın varlığı ile mümkündür. Bu çıkar ancak ve ancak tedbir son çare olarak kullanıldığında/o delile başka surette ulaşılmamasının mümkün olmaması halinde var sayılabilir.

Bu noktada kanaatimizce ikili bir ayırım yapılması yoluna da gidilebilmektedir. Zira, suçlar bakımından; kişinin bedeninin doğrudan delil olduğu/delilin bedende saklandığı suçlar, nitelikleri gereği vücuda temas halinin bulunduğu ve bu temasların olmazsa olmaz önemde delil niteliği taşıdığı suçlar ve diğer suçlar (cinsel organ içine delil saklama, yutarak vs. delil saklama durumları) ayırımı yapılarak da tedbirin hangi durumlarda ve hangi koşullarla uygulanması hukuka uygun olacak, tartışılarak suçlar kapsamında düzenleme yapılabilir. Bu şekilde yapılacak bir irdeleme sonucu, aslında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin var olan sistematik ve mevzuat hükümlerindeki koşullar çerçevesinde, her suç bakımından uygulanmasının gereklilik arz etmediği, çoğu yazara katılarak şimdiki sistematığın her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koyduğu ve ancak bu şekilde hukuka

---

<sup>295</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.367

<sup>296</sup> Öztürk vd., **a.g.e.**, s.367

uygun bir tedbir uygulamasının mümkün olabileceği görülecektir. Bu noktada dolayısıyla şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü ile nemo tenetur ilkesinin çatıştığı noktaların bu tedbirler yerine başkaca tedbirler uygulanarak ortadan kaldırılabileceği ve yine her suç bakımında genel bir düzenleme yapmak yerine yahut mevcut sistemdeki gibi yaptırım esaslı bir sınırlama yapmak yerine, belirttiğimiz şekilde suç/suç türleri esaslı düzenlemeler yapmak kanaatimizce yerinde olacaktır.

Yine belirtmek isteriz ki, kanaatimizce 2 yıl ve daha ağır cezayı gerektiren suçlar kapsamında uygulama yapılabilmesi de limit olarak yeterli değildir. Zira bu durumda iç beden muayenesi gerektirmeyen kimi suçlarda da bu tedbirlerin uygulanabilmesi durumu söz konusu olabilecektir ki, bu durumun takdire açık olması da, yukarıda belirttiğimiz ayırım çerçevesinde, hukuka aykırıdır. Kanaatimizce hem kimi suçlar bakımından yaptırım sınırının artırılması hem de suça konu değerler üzerinden bir tartışma yapılması bu noktada yerinde olacaktır. Tedbirin niteliği gereği, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve yine hayata ve vücut bütünlüğüne karşı suçlarda bu tedbirlerin uygulama alanı bulması önemli olacak, bu noktada yukarıda belirttiğimiz koşullar çerçevesinde suç türleri irdelenerek ayrı düzenlemeler yapılabilecek ve somut olayda karar merciine “ölçülülük ilkesi” kapsamında da karar verme yetkisi tanınabilecektir.

### **3.2. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

#### **3.2.1 GENEL OLARAK**

Kanun koyucu şüpheli/sanık için ayrı, diğer kişiler için ayrı düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Diğer kişiler teriminden anlaşılması gereken, mağdur, tanık veya tanık olmayan üçüncü kişiler ve soybağı tespit edilecek çocuktur<sup>297</sup>.

CMK m.76 “Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” başlığı altında; *“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun<sup>298</sup> vücudu*

---

<sup>297</sup> Öztürk vd., a.g.e, s.371

<sup>298</sup> Madde içeriğinde her ne kadar yalnızca “mağdur” ifadesi yer almış ve bu durum doktrinde eleştirilmiş olsa da, kanun başlıklarının da maddeye dahil olması ve kanun koyucunun düzenleme amacı göz önüne alınarak burada diğer kişi statüsündeki tüm kişiler (mağduru da kapsamaktadır)

üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağıının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.” hükmolunmuştur.

Görüleceği gibi, diğer kişiler bakımından dış beden muayenesi, iç beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması tedbirleri aynı şartlara bağlanmış aynı maddede hüküm altına alınmıştır<sup>299</sup>. Bu noktada maddede sadece mağdur olarak bahsedilmiş olsa da, madde başlığı da dikkate alındığında madde kanaatimizce yukarıda sayılan tüm diğer kişiler hakkında uygulama alanı bulacaktır.

Burada irdelenmesi gereken ilk değişiklik maddenin ikinci fıkrasında yer alan mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığı, hükmüdür. Zira, şüpheli/sanık bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Her ne kadar doktrinde hakim olan görüş, şüpheli/sanık bakımından iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin her durumda kanunda belirtilen makamların karar

---

bakımından düzenleme yapıldığını söylemek kanaatimizce mümkündür. Zira diğer kişiler, şüpheli/sanık dışındaki kişilerdir.

<sup>299</sup> Mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmayıp sadece Beden Muayenesi Yönetmeliği m.7’de düzenleme bulunduğu ilişkin görüş için bkz. Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.629

vermesi gerektiği yönünde ise de, savunma hakkı çerçevesinde şüpheli/sanığın talebi halinde karar alınmasına gerek duyulmaksızın tedbirin uygulanabileceği yönünde görüşler de mümkündür.

Bu noktada biz, şüpheli/sanığın cezalandırılma tehdidi altındaki kişi olması sebebiyle rızası ile işlem yapılması görüşüne katılmamaktayız, zira bu tehdit altındaki kişinin özgür iradesiyle tercih yaptığından yahut işleme rıza gösterdiğinden bahsedilmesi mümkün değildir. Bu durum kanaatimizce kişinin tedbirin gerçekleştirilmesinden sonra aydınlatılması ve rızasının alınarak delilin kendisi aleyhine kullanılabileceği hallerde dahi söz konusudur zira bu hallerde de kişinin özgür iradesinden bahsedilemez.

Diğer kişilerin muayenesi ve örnek alınması tedbirleri, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde de düzenlenmiş, ayrı maddelerde hüküm altına alınmışlardır.

Beden Muayenesi Yönetmeliği m.7 "Diğer Kişilerin Beden Muayenesi" başlığıyla, "(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2)Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenleme kanun metniyle paraleldir ancak dış ve iç beden muayenesi bakımından yalnızca tabipler yetkili kılınmış olup sağlık mesleği mensubu bu noktada yetkilendirilmemiştir.

Yönetmelik m.8 "Diğer kişilerin vücudundan örnek alınması" başlığında "(1)Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan, veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı

tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (3) Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.” düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin de diğer madde ve kanun hükümleri ile paralel olduğu görülmektedir.

Yönetmelik devam maddelerinde “Soy bağının araştırılması” m.9” *Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması hâlinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, bu Yönetmeliğin 7 ve 8 nci maddeleri hükümlerine göre karar alınması gereklidir.* ve “Tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı” başlıklı m.10 “(1) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. (2) Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. (3) Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. (4) Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.” Şeklinde düzenlenmiştir.

Yönetmelik hükümlerinin ayrı ayrı maddelerde düzenlenerek daha derli toplu bir sistematik yaratıldığı, ancak kanun hükümlerine paralel şekilde düzenlendikleri söylenebilir.

### **3.2.2. TEDBİRİN KOŞULLARI**

#### **3.2.2.1. TEDBİRİN UYGULANDIĞI SUÇLAR/ ŞÜPHE DERECESESİ**

Kanun koyucu tedbirin uygulanabilmesi bakımından herhangi bir suç kısıtlamasına gitmemiş, yahut özel bir şüphe derecesinden maddede bahsedilmemiştir. O halde diğer kişiler hakkında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine her suç bakımından başvurulabilecektir.

Bu noktada maddede “bir suçla ilişkin delil etmek amacı” bulunması, diğer tedbirlerde olduğu gibi aynen korunmaktadır. Bunun yanı sıra “çocuklar bakımından çocuğun soybağının araştırılması” meselesi de aynı hükümlere bağlanmıştır. Bu noktada belirtmek isteriz ki, çocuğun soybağının araştırılması bir suç sebebiyle gerçekleşecekse bu hüküm çerçevesinde bir tedbir gerçekleştirilebilir<sup>300</sup>. Bu husus çalışmamızda ayrı başlık altında incelenecektir.

### 3.2.2.2. TEDBİRE KARAR VERECEK MAKAM

Tedbire karar verecek makam konusunda da, şüpheli/sanığın iç beden muayenesi hükümlerine paralel düzenleme yapıldığı görülmektedir. Maddede tedbire kural olarak hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. Hakim veya mahkeme bu tedbire ilişkin re’sen karar verebileceği gibi, Cumhuriyet savcısının istemiyle de karar verebilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar, yirmidört saat dolmadan hakim yahut mahkemenin onayına sunulacak, hakim veya mahkeme bu talebi yirmidört saat içinde karara bağlayacaktır. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacağından elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecek ve kullanılamayacaktır.

Yine madde çerçevesinde mağdur, bedeninin muayenesi yahut örnek alınmasına ilişkin hakim/mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurabilecektir.

Bu noktada hem şüpheli/sanığın iç beden muayenesi hem de diğer kişilerin iç beden muayenesi bakımından TCK m.287 kapsamında suç düzenlemesi olduğunu da belirtmek isteriz. Gerçekten “Genital Muayene” başlığı altında m.287 “*Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu durumda hem muayeneye gönderen hem de muayeneyi gerçekleştiren kişiler m.287 çerçevesinde sorumlu olacaklardır.

---

<sup>300</sup> Yenisey, Nuhoglu, a.g.e, s.631

Bunun yanı sıra yetkili makam, yani hakim yahut ilgili durumda Cumhuriyet savcısı, kararı olmaksızın genital muayene dışındaki iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri yaralama suçunu teşkil edebilecektir<sup>301</sup>.

### **3.2.2.3. TEDBİRİ UYGULAYACAK KİŞİ VEYA MAKAM**

Bu noktada maddede ayrı bir düzenleme söz konusu olmasa da tüm tedbirlerde olduğu gibi işin niteliği gereği hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yine Beden Muayenesi Yönetmeliği m.7, mağdur ve diğer kişilerin muayenesinin ancak bir tabip tarafından yapılabileceğini hüküm altına almıştır.

Görüldüğü gibi diğer kişiler için dış ve iç beden muayenesi bakımından Yönetmelik hükmü yalnızca tabipleri yetkili kılınmış olup sağlık mesleği mensubu bu noktada yetkilendirilmemiştir. Kanaatimizce, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme sistemlerinin kullanılması vb. durumlar söz konusu olduğunda sağlık mesleği mensubunun da tedbiri gerçekleştirmede yetkisinin bulunabilmesi hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinden, düzenleme ilgili durumlarda sağlık mesleği mensubunu da kapsayıcı şekilde düzenlenebilirdi<sup>302</sup>. Bunun yanı sıra Yönetmelik m.8/2'de bu kişilerin vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi diğer örneklerin tabip (hekim) tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir<sup>303</sup>. Yine burada da sağlık mesleği mensubunun vücuttan örnek alabilmesi ancak örneğin dış beden muayenesi yapamaması gibi bir sonuç doğacaktır ki, tarafımızca bu durum izaha muhtaç bir durum yaratmıştır.

### **3.2.2.4. TEDBİRİN UYGULMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR**

Mağdurun ve esasen doğru tanımla diğer kişilerin vücutu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için; müdahalenin kişinin

---

<sup>301</sup> Centel, Zafer, **a.g.e**, s.308

<sup>302</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.106

<sup>303</sup> Centel, Zafer, **a.g.e**, s.306-307

sağlığını tehlikeye düşürmemesi ve bu işlemlerin cerrahî bir müdahale<sup>304</sup> niteliğinde olmaması gerekmektedir<sup>305</sup>.

Yine madde devamında da, kanun koyucu mağdurun rızası hususunda düzenleme yaparak, mağdurun rızasının varlığı halinde dış veya iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması hususunda tedbirlerin gerçekleştirilebilmesi için karar alınması gereği görmemiştir.

Bunun yanı sıra Beden Muayenesi Yönetmeliği “İlgilinin Rızası” başlığı altında m.18’de “(1)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. (2)Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur. (3) Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme vücuduna müdahaleye rıza göstermeyen kişiye karşı önlem alınabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme çerçevesinde C. Savcısının gerektiğinde alabileceği önlemler, gerektiğinde kollukça yakalanarak hekim önüne getirilebileceği, zorla tutulabileceği ve bedenine müdahale edilebileceği şeklinde anlaşılmaktadır<sup>306</sup>. Çalışmamızda sıkça tekrarladığımız şekilde, şüpheli/sanığın aktif hareketlerle adli makamlara yardım etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır, kaldı ki Yönetmeliğin bu maddesinin pasif olarak işlemlere katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi de güçtür.

Yine diğer/üçüncü kişinin “rızası” ile tedbirin gerçekleştiği durumlarda, uygulanan tedbir sonucu elde edilen delillerin kişinin aleyhine kullanılabilmesi halinde kişilerin tezimizin konusu olan Nemo Tenetur ilkesi kapsamında “aleyhe delil

<sup>304</sup> Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3 çerçevesinde “Cerrahi müdahale, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları ifade eder.”

<sup>305</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.298

<sup>306</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.307

gösterme yasağı” çerçevesinde bir koruma hakkına sahip olup olamayacakları hususu da net/açık şekilde bir düzenleme de mevcut değildir. Bu sebeple kanaatimizce düzenleme(ler) bu haliyle tartışma konusu teşkil edecek ve rıza meselesi bu gibi tedbirlerde başlı başına sorunlara yol açacaktır.

### 3.2.2.5. ORANLILIK/ÖLÇÜLÜLÜK

Esasen maddede yer alan “üçüncü kişilerin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşulu” ile tedbire başvurulabilmesi ölçülülük kapsamında değerlendirilebilir<sup>307</sup>. Bu noktada diğer “oranlılık/ölçülülük ilkesi” başlıklarında belirttiğimiz koruma tedbiri niteliği görüşümüzü ve her somut olay ve suç bakımından tek tek ölçülülük ayrımı yapılması gerektiğine ilişkin görüşümüzü yinelemekle yetiniyoruz.

### 3.2.2.6. ÇOCUĞUN SOYBAĞININ ARAŞTIRILMASI DURUMU

Maddeye göre çocuğun soybağının araştırılması için, mağdurun/diğer kişinin bedeninin muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin koşullar çerçevesinde karar alınması gereklidir.

Bu konuda özel hukukta da soybağının tespitine ilişkin düzenleme mevcuttur. Buradaki ayrım soybağı tespitinin bir suç sebebiyle gerekip gerekmediği noktasında olacaktır, dolayısıyla sadece babalık davasında soybağının araştırılmasına gerek duyuluyorsa bu noktada CMK değil medeni usul hukuku kuralları uygulanmalıdır<sup>308</sup>. Nitekim 6100 sayılı HMK m. 292 “ Soybağı Tespiti İçin İnceleme” başlığı altında, *“(1)Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık 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. (2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.

---

<sup>307</sup> Özbek vd., **a.g.e**, s.455

<sup>308</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e**, s.631

Bu noktada belirtmek gerekir ki, HMK m.292 doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre soybağının tespitine ilişkin olarak kişinin rızasına aykırı şekilde vücuduna fiziki zorlama ile müdahale etmek AY m. 17 ihlali anlamına gelmez. Zira TMK m.24/2'ye göre üstün nitelikli özel yararı ve kamusal yararı koruyan hükümler, kişinin vücut dokunulmazlığı hakkının adeta istisnalarını teşkil etmektedir<sup>309</sup>. Bu sebeptendir ki, soybağı ile ilgili davalarda çocuğun üstün yararı (çocuğun üst soyunun tespiti) vücut dokunulmazlığı karşısında üstün tutulmalıdır<sup>310 311</sup>. Diğer görüşe göre ise, soybağının tespitine ilişkin davalarda gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin üstün yarar olsa bile, üstün yararın varlığı kişinin vücudundan zorlama yoluyla kan veya doku alınmasını haklı kılmaz. Bu şekilde kişinin bedeni üzerinde zorlamayla inceleme yapılması başta kişilik haklarını ihlal eder, ölçülülük ilkesini de zedeler<sup>312</sup>. Bu noktada katlanma yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi meselesi yine karşımıza çıkmaktadır. Zira burada artık bir suç şüphesi yahut suça ilişkin delil elde etme gibi temel bir amaç esasen tam anlamıyla söz konusu değildir, burada çocuğun soybağının araştırılması durumu söz konusudur. Bu hususun CMK'nın işbu maddesinde düzenlenmesini doğru bulmadığımızı ve yine HMK m.292'nin de tezimizin konusu Nemo Tenetur ilkesi bağlamında ayrıca irdelenmesi gerektiğini belirtmek isteriz. Kanaatimizce, şayet kişi soybağı varlığı halinde bir suç isnadı altında kalacaksa yahut isnat altında kalma şüphesi taşımaktaysa o halde Nemo Tenetur ilkesi korumasından yararlanabilmeli ve kendisi üzerinde zorla tedbir uygulamasını reddedebilmelidir.

### 3.3 KADININ MUAYENESİ

Kanun koyucu CMK m.77'de "Kadının Muayenesi" hususunu ayrı bir başlık altında düzenlemek ihtiyacını duymuştur. Bu düzenleme; ayrı bir çeşit muayene yahut müdahale düzenlememekle birlikte kadınların üzerinde gerçekleştirilecek muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanış şekline ilişkin bir özellik/ayrıcılık sunmaktadır. Nitekim, CMK m.77 "*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir*

---

<sup>309</sup> İnci, **a.g.m.**, s.124

<sup>310</sup> İnci, **a.g.m.**, s.124

<sup>311</sup> "Örneğin bir kadın yeni doğan çocuğunu öldürmüştür. Çocuğun kocasından olmadığını ileri sürmektedir. Kocanın babalık testi yaptırmak mecburiyetinde olup olmadığı, bir tür beden muayenesi olduğu için, ceza davaları açısından tartışmalıdır. Bizce hakim kararı olduğu sürece, süje kan örneği vermek zorundadır." Yenisey, Nuhuğlu, **a.g.e.**, s.631

<sup>312</sup> İnci, **a.g.m.**, s.124

*kadın hekim tarafından yapılır.” şeklinde hükmolunmuştur. Burada kadının şüpheli/sanık yahut diğer kişi olmasının bir önem yahut ayrımı yoktur.*

Görüldüğü gibi bu uygulama bir zorunluluk değil, talep halinde ve olanak bulunması halinde yani bu iki koşulun bir arada gerçekleştiği durumlar bakımından başvurulabilecek bir uygulamadır. Bu düzenlemenin yanı sıra Beden Muayenesi Yönetmeliği m.11’de de yine kadının muayenesi ayrı bir madde altında düzenlenmiştir. Yönetmelik m.11 *“(1)Kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılır. (2)Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir.”* denilmek suretiyle, olanak bulunmadığı takdirde de başka bir kadın personelin bulundurulması şeklinde bir çözümü ortaya koymuştur.

Bu düzenleme cinsiyet ayrımcılığı bakımından sıkça eleştirilmektedir<sup>313 314</sup>. Esasen, bizim de kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, burada genel olarak muayene edilen kişinin cinsiyetine bakılmaksızın “utanma duygusu” dikkate alınarak, eğer yapılacak muayene kişinin utanma duygusunu incitecekse, haklı yararı bulunan kimsenin talebi üzerine muayenenin aynı cinsiyetteki hekim yahut sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması kabul edilebilir<sup>315</sup>. Kanaatimizce Yönetmelik hükmünde belirtildiği şekilde, kadın hekim bulunmadığı durumlarda erkek hekimle birlikte bir kadın sağlık mesleği mensubunun tedbir esnasında bulunması kaleme alınış şekliyle de eleştiri konusu oluşturur<sup>316</sup>. Bu gibi bir durumda kadının utanma duygusundan ziyade tedbiri gerçekleştiren hekime karşı güvensizlik duygusuyla alakalı bir durumun iması söz konusu olup, kanaatimizce böyle bir uygulamaya hem yönetmelikte hem de kanunda yer verilmiş olması ne kadar gerekli yahut faydalıdır bu durum da başlı başına bir tartışma konusu teşkil etmektedir<sup>317</sup>.

<sup>313</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.106

<sup>314</sup> Aksi görüş için bkz. Öztürk vd., **a.g.e.**, s.370 “Bu düzenlemenin laiklik ilkesine aykırı bir yönü yoktur. Zira burada korunan din kuralları değil, kadının ar, haya ve utanma duygusudur.”

<sup>315</sup> Yıldız, **a.g.m.**, s.294

<sup>316</sup> Bu noktada kadın sağlık mesleği personelinin işlem tanığı niteliğine sahip olduğu görüşü için bkz. Özbek vd., **a.g.e.**, s.458

<sup>317</sup> Konu hakkında ayrıntılı görüş için bkz. Akbulut, **a.g.m.**, s.107 vd

#### 4. ÖNLEYİCİ NİTELİKTE UYGULANMASI SORUNU

Bu aşamaya kadar belirttiğimiz gibi, Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi, vücuttan örnek alma tedbirleri ancak işlenmiş bir suça ilişkin delil elde etmek veya elde edilmiş delillerle karşılaştırma yaparak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında kullanılmak amacıyla yapılabilir, yani suça ilişkin delil elde etme amacı dışında, örneğin bilimsel deney ve veri bankası oluşturmak amacıyla bu işlemler yapılamaz<sup>318</sup>.

Bu noktada kanun koyucu da açıkça bu tedbirlere “önleme” amaçlı olarak değil ancak “adli” amaçlı olarak başvurulabileceğini hüküm altına almış, her koşulda tedbirlerin “bir suça ilişkin delil elde etmek için/amacıyla” uygulanabilmesi şartını kabul etmiştir. Dolayısıyla esasen suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişiler üzerinde beden muayenesi yapılabilmesi ve vücuttan örnek alınması hukuka aykırı olacaktır. Tedbirlerin amacı işlenmiş olan suçların ve faillerin ortaya çıkabilmesi/çıkarılabilmesi için delil elde edilmesidir.

Tedbirin önleyici amaçla kullanılabilmesi kanunen mümkün değildir ancak uygulamada kamusal bir takım projeler çerçevesinde kişilerin vücut örneklerine genel biçimde inceleme yapılabildiği görülmektedir. Nitekim ilgili haber kanalları sitelerinde, Türkiye çağında gerçekleştirilen projeler çerçevesinde, kanalizasyon ve atık su üzerinden bir takım örnekler alınarak ilgili bölgelerdeki uyuşturucu madde kullanımı ile ilgili çalışmalar yapılmakta ve “önleyici amaçla” esasen bölge bölge “suçluluk haritası” çıkarılmaktadır<sup>319</sup>. Yine kimi bölgelerde üniversitelerin adli tıp enstitülerinin de bu inceleme süreçlerine dahil oldukları görülmektedir<sup>320 321</sup>.

<sup>318</sup> Dağ, a.g.e, s.258

<sup>319</sup> <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201803201032712064-akdag-kanalizasyon-suyunda-uyusturucu-takibi-yapacagiz/> (16:19 -20.03.2018 tarihli haber)

<http://www.milliyet.com.tr/kanalizasyonda-uyusturucu-takibi-gundem-2631365/> (01:30 - 21.03.2018 tarihli haber)

<sup>320</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kanalizasyon-tahlil-edilip-uyusturucu-haritasi-cikariliyor-40545013> (14:16 - 09.08.2017 tarihli haber) Görüldüğü gibi bu haber çerçevesinde, Adana’da gerçekleştirilen çalışmalarda ilçe ve zaman (hafta içi- hafta sonu) bazlı sonuçlar elde edildiği, haberde değinildiği şekliyle şehrin “uyuşturucu haritasının” çıkarıldığı görülmektedir.

<sup>321</sup> <https://www.haberturk.com/istanbulun-2-ilcesinin-madde-haritasi-1783803#> (05.01.2018 - 09:22 tarihli haber) Görüldüğü gibi, Beyoğlu ve Çatalca pilot bölge seçilerek İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü’nün gerçekleştirdiği, ‘Atık Sulardan Uyuşturucu ve Psikoaktif Maddelerin İzlenmesi’ isimli projede bölgelerde hangi uyuşturucu maddelerin daha sık kullanıldığına ilişkin çalışma yapılarak rapor hazırlanmıştır.

Aslında burada Adli tıp kurumlarının üzerinde inceleme yaptığı veriler idrar, tırnak vb. vücut materyalleridir. Bunlar kanunda da açıkça belirtildiği şekilde kişisel veridir<sup>322</sup>. Bunların herhangi bir kanuni dayanak olmaksızın toplanması ve işleme alınması hukuka aykırıdır<sup>323</sup>. Yine burada temel bir başka sorun karşımıza çıkmaktadır, bu incelemelerde “sınır” nedir, tam olarak hangi alanda yapılan çalışmalar “önleyici” nitelikte kabul edilecektir? Zira örneğin semt semt yapılan bir araştırmanın ilerleyen dönemde, önce mahalle sonra toplu konut ve sitelerde yapılması halinde ciddi sıkıntılar doğurabileceği, kişilerin kişisel verileri üzerinden

<sup>322</sup> “Ülkemizde cadde, sokak, meydan, park ve karayolları gibi kamuya açık alanlara konulan ve MOBESE olarak bilinen güvenlik kameralarının işleyişi, usul ve esaslarını düzenleyen herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kamuya açık alanları kaydeden bu kameralar herhangi bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymamaktadır. Çünkü kamusal alanlarda tüm faaliyetler alenidir ve bireyler bu faaliyetlere yapılan müdahalelere katlanmalıdır. Nitekim söz konusu kameralar özellikle birilerini takip etmek için değil, güvenliğin sağlanması ve korunması, genel anlamda suçun önlenmesi ve işlenen suçların faillerinin tespiti maksadıyla görüntü kaydetmektedir. Fakat bu görüş kabul edilebilir değildir. Kamusal alanda özgürlüklerin sınırlanabilir olması, bir müdahalenin sırf kamusal alanda uygulanıyor diye hukuka uygun kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir; fakat kamusal alanın kendisi özgürlüklerin sınırlama nedeni değildir. Nitekim bir hakkın hangi nedenle sınırlanabileceği o hakkı düzenleyen maddede açıkça gösterilmektedir. Gerek 1982 Anayasası gerekse AİHS’de “kamusal alan” bir sınırlama nedeni olarak yer almamaktadır.

Her ne kadar söz konusu kameraların kamusal alanı kaydettiği ve temel haklara müdahale teşkil etmediği iddia edilse de, bu yolla kişileri doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan birçok kişisel veriye de ulaşılmaktadır. Nitekim AİHM de kapalı devre kameralarını, Sözleşme’nin 8. Maddesinde düzenlenen “özel hayata ve aile hayatın saygı hakkı” na dâhil olduğunu kabul ettiği “kişisel verilerin korunması hakkı” bakımından değerlendirmektedir. Söz konusu hak, 1982 Anayasa’sının 20. Maddesinde de korunmaktadır. Bununla birlikte, MOBESE gibi kapalı devre kameraları sadece kişisel verilerin korunması hakkı ile değil; aynı zamanda Anayasa’nın 17/1 de ifade edilen, “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile de bağlantılıdır. Zira kişiler, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmek için, hukuk tarafından korunan ve müdahaleden arınmış alanlara ihtiyaç duymaktadırlar.” Buket Abanoz, **Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlemesindeki Etkisi Ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.70 Görüldüğü gibi MOBESE kameraların önleme amaçlı kullanılması noktasında da aynı tartışma ortaya çıkmaktadır.

<sup>323</sup> “Bu noktada 5681 Sayılı Yasa ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda (PVSK) yapılan değişikliğe de değinmek gereklidir. Anılan değişiklik ile, herhangi bir suç şüphesi olmaksızın, ehliyet ve pasaport almak gibi nedenlerle kolluğa başvuran kişilerin parmak izlerinin, fotoğraflarının alınması ve bunların kişinin ölümünden 10 yıl sonrasına kadar saklanması öngörülmüştür. Kişisel verilerin toplanması ve kullanılması, bir suçun aydınlatılması ve/veya failin yakalanması gibi amaçlarla ve sıkı kural ve 285 koşullara bağlanmak kaydıyla, meşru görülebilir. Ancak, PVSK’da yapılan değişiklik ile getirilen yeni düzenlemede, ortada işlendiği iddia edilen bir suçun aydınlatılması veya failin yakalanması gibi adli bir amaç değil, tüm toplumu potansiyel suçlu gören, önleme amacı ön plandadır. Bu düzenleme, her yurttaşı potansiyel suçlu gören bir anlayışın ürünü olup, hukuki bir dayanağının bulunmadığını ve kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği ve kişilik hakları ile bağdaşmadığını belirtmek gerekir.” Dağ, **a.g.e.**, s.285 Görüldüğü gibi kişilerin parmak izi ve fotoğraflarının toplu olarak saklanması da doktrinde çokça eleştirilen bir konu olmuştur. Buradaki kişisel veriler gibi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri sonucu elde edilen bilgi ve deliller de kişisel veridir ve bu verilerin “önleme amaçlı” toplanması da, kanımızca hukuka aykırıdır.

yargılanabilecek/suç isnadı ile karşılaşabilecek noktaya gelebilmeleri mümkün olacaktır.

Belirtmek isteriz ki hukukumuzda bazı kişisel verilerin (örneğin parmak izinin) önleme amacıyla kayıt altına alınabileceği düzenlenmiş olsa da; önleme amaçlı olarak vücuttan alınan örneklerin kayda alınması; örneğin biyometrik ve genetik verilerin bir veri bankasında tutulması öngörülmemiştir<sup>324</sup>. Tekrar etmek isteriz ki, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması yahut moleküler genetik incelemeler CMK'da yalnızca adli amaçla uygulanabilecek biçimde düzenlenmiştir<sup>325</sup>. Dolayısıyla esasen herhangi bir kanuni dayanağı bulunmaksızın yapılan ve başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere, haberlerde yer alan Üniversite birimleri ve Adli Tıp Kurumlarınca desteklenen bu projelerin ve uygulamaların hukuka aykırı nitelikte olduğunu belirtmek isteriz<sup>326</sup>.

<sup>324</sup> Baran Kızılırmak, **Önleyici Amaçla Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesinde Kullanılabilirliği**, Yüksek lisans Tezi, İstanbul 2018, s.109

<sup>325</sup> Kızılırmak, **a.g.e**, s.109 "Hukukumuzda hükümlüler hakkında birtakım ek tedbirler uygulanması öngörülmektedir. CGİK162 m.21/3'te bu yönde, "Taniya yönelik olarak hükümlülerin parmak ve avuç içi izleri alınır, fotoğrafları çekilir, kan grupları, vücutlarının dış özellikleri ve ölçüleri belirlenir. Kayıt altına alınan söz konusu bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında veya elektronik ortamda saklanır. Bu bilgiler, Kanunun zorunlu kıldığı hâller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez" hükmü yer almaktadır. AİHM bir suç işlediği gerekçesiyle gözaltına alınan kişilerin parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin ulusal veri tabanında saklanmasına ilişkin S. & Marper v. Birleşik Krallık kararında önemli çıkarımlarda bulunmuştur. Buna göre, hücre örnekleri ve DNA profilinin parmak izine göre çok daha hassas nitelikteki kişisel veriler olduğunu ve bunların veri bankasında kaydının tutulmasının çok daha ağır bir yöntem olduğunu; bu şekildeki hassas verilerin özel koruma altına alınması gerektiğini belirlemiştir. Bununla birlikte, bir suç sonucu dahi alınsa kişinin beraat etmesi durumunda parmak izi, DNA profili gibi verilerin, veri bankasında saklanmaya devam etmesinin özel yaşamın gizliliğine orantısız bir müdahale oluşturacağının, demokratik toplumda kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir."

Kızılırmak, **a.g.e**, s.110

<sup>326</sup> "Son olarak da atık suların uyuşturucu ve diğer maddelerin analizi projemiz var. Şu anda İstanbul Adli Tıp Bilimler Enstitüsünde çok önemli bir laboratuvar kurduk yurt dışından aldığımız bir fonla. Bu projeye de kanalizasyonlar üzerinden tüketim veya üretime ilişkin bazı verileri elde etmek mümkün.."

[https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2091](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2091)

Uyuşturucu Madde Bağımlılığı Ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin Ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Tutanak Dergisi, 28.02.2018 tarihli toplantı

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### NEMO TENETUR İLKESİ BAĞLAMINDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASINA İLİŞKİN TEMEL SORUNLAR

#### 1. DELİL ELDE EDİLMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR

##### 1.1. ŞÜPHELİ /SANIĞIN KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: ŞÜPHELİ/SANIK VÜCUDUNUN İNCELENMESİNE KATLANMAYA MECBUR MUDUR?

##### 1.1.1. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Nemo tenetur ilkesi sadece susma hakkını değil, aynı zamanda şüpheli/sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağını da kapsamaktadır, bu sebeple de esasen şüpheli/sanığın hangi şekilde “zorlanamayacağı”, ne ölçüde “katlanmak zorunda olduğu” sınırları çizilmesi gereken kavramlar olmuştur.

Yükümlülük kişinin belli şekilde davranması gerekliliğini ifade eden bir kavramdır. Ceza hukuku açısından yükümlülük, korunan hukuki değerle suçun konusu arasında kişiden beklenen ve yaptırıma bağlanan edimdir<sup>327</sup>. Katlanma yükümlülüğü ise, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli/sanığın kendisine karşı yapılan işlemlere karşı koymaması şeklindeki yükümlülüğü olarak tanımlanabilir<sup>328</sup>. Bu yükümlülük kimi zaman “*boyun eğme mecburiyeti*”, “*uyma zorunluluğu*” veya “*sanığın yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü*” olarak da karşımıza çıkabilmektedir<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C.XII, 2008, s.1-2, s.690

<sup>328</sup> Z. Özen İnci, *a.g.m.*, s.122

<sup>329</sup> İnci, *a.g.m.*, s.122

Zorlamak, birine bir şey yaptırmak amacıyla güç kullanmak, boyun eğdirmeye çalışmak, zor kullanmak, mecbur etmek anlamlarına gelmektedir<sup>330</sup>. Zorlamak kavramı, şüpheli/sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için doğrudan veya dolaylı zorlama olarak başvurulmuş her türlü baskıyı kapsamaktadır<sup>331</sup>.

Her ne kadar şüpheli/sanığın ceza muhakemesinde katlanmak zorunda olduğu birtakım yükümlülükleri bulunsada, kişinin maddi gerçeği aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bu yönde maddi delil göstererek veya konuşarak yardımcı olmak yükümlülüğü de bulunmamaktadır<sup>332</sup>. Bu noktada kişi kural olarak, kendi hakkında uygulanacak araştırmalara katlanma ve koruma tedbirlerine uymakla yükümlüdür<sup>333</sup>. Konumuz bakımından kanaatimizce beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri özelliği taşımakta olup, bu noktada yükümlülüğün sınırları bulunmaktadır ve bu sınırların belirlenmesi şarttır.

### 1.1.2. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Şüpheli/sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün sınırlarını; insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, oranlılık/ölçülülük ilkesi ve ilgili işleme aktif olarak katılmaya zorlama yasağı oluşturmaktadır<sup>334</sup> <sup>335</sup>. Belirtmek isteriz ki, hukuk devleti ilkesinin en temel sonuçlarından biri olarak ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk devleti ilkesi, gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları çerçevesinde şüpheli/sanığın ve muhakemeye katılan diğer kişilerin hak ve çıkarları korunarak araştırılması gerekliliğidir<sup>336</sup>.

---

<sup>330</sup> Bkz. [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

<sup>331</sup> İnci, **a.g.m.**, s.130

<sup>332</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, **a.g.e.**, s.209

<sup>333</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.194

<sup>334</sup> İnci, **a.g.m.**, s.138

<sup>335</sup> Katlanma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı izah için bkz. Ertuğrul, **a.g.m.**, s.687 vd.

<sup>336</sup> “İnsan onuru gibi temel bazı değerler bizatihi çok yüksek oranda soyut bir içeriğe sahip olduğundan, eksiksiz bir düzenlemenin konusu yapılmak açısından olanaksızlıklar içerir. Tümüyle düzenlenebilme olanaksızlığı, bu hukuksal değerin koru(n)ma objelerini ve onlara yönelik ihlal modellerine ilişkin ceza hukuku düzenlemelerine gidilmekle birlikte, onu tek bir hükümle düzenlemenin olanaksızlığı nedeniyle, birçok hükümle olsa dahi eksiksiz düzenlemek, tümüyle ceza hukuku müdahalesine konu yapmak oldukça zordur.” Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin yayınları, Ankara 2003, s.941

Bu noktada, insan onuru meselesine de yeniden değinmek isteriz. İnsan onurundan bahsederken öncelikle “onur” kavramı üzerinde durmak doğru olacaktır. Onur, insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet ve izzetinefis olarak tanımlanmıştır. Yine bir diğer anlamı başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref ve itibar olarak tanımlanmıştır. Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren, kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç olarak da tanımlanan insan onuru yahut insan haysiyeti, insana salt insan olması sebebiyle, başka hiçbir özelliğine bakılmaksızın değer atfeden, değerli ve saygıya layık kabul eden bir kavramdır<sup>337</sup>. Devletin insan haysiyetine dokunmamak biçiminde sadece pasif bir yükümlülüğü yoktur, bunun yanı sıra aktif olarak da insan onurunu korumakla yükümlüdür<sup>338</sup>. Bunun da en temel sonuçlarından biridir ki, şüpheli/sanığın insan onuruna aykırı bir davranışa/işleme katlanma yükümlülüğünün bulunması durumundan bahsetmek modern ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mümkün değildir<sup>339 340</sup>.

Öğretide *zorlama yasağı* çerçevesinde şüpheli/sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı ancak bu işlemlere pasif katlanma yükümlülüğünün mevcut olduğu ifade edilmekte ise de kanunlarımız ve uygulamada pek çok noktada şüpheli/sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceği yönünde eğilimler bulunmaktadır. Bu durum aktif katlanmaya zorlama yasağı ile pasif katlanma yükümlülüğü gibi açıklamaya muhtaç kavramların irdelenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Zira katlanma yükümlülüğünün sınırları ancak bu şekilde çizilebilir.

Buna göre, şüpheli/sanığın üzerinde onu kendi aleyhine delil göstermeye zorlayan her türlü aktif hareket doğrudan zorlama, bu aktif hareketler dışında kalan ve şüpheli/sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için yapılan tehdit, aldatma vb. her türlü baskı ise dolaylı zorlama olarak kabul edilir<sup>341</sup>. Yine kişinin susmasını ya da

---

<sup>337</sup> Ünver, **a.g.e.**, s.941-942

<sup>338</sup> Kahan Onur Arslan, “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, **TBB Dergisi**, 2015(120), s.168

<sup>339</sup> İnci, **a.g.m.**, s.129

<sup>340</sup> “Kişiler, insan onurunun ihlal edilmemesi için veri işlem faaliyetleri esnasında kişisel verileri üzerinde kolayca her işlemin yapılabildiği basit bir obje olarak görülmemelidir. Kişilerin sahip olduğu değeri yok sayan ve verileri üzerindeki haklarını ortadan kaldırıp kişiyi basit bir veri objesi haline getiren her türlü işlem insan onuruna aykırıdır.” Nihal Temizsoy Bayram, **a.g.e.**, s.38

<sup>341</sup> İnci, **a.g.m.**, s.130

aleyhe olan delilleri göstermemesini onu suçlu saymaya yönelik delil kabul eden her türlü davranış da dolaylı zorlamaya girecektir<sup>342</sup>.

*Şüpheli/sanığın kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkı* olarak da adlandırılabilen bu haktan anlaşılması gereken en önemli husus, kendisi aleyhine yapılan bu işlemlere ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğu<sup>343</sup>. Aktif kelimesine yüklenen anlam uyarınca ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılım, şüpheli/sanığın bu işlemlere etkin, canlı, hareketli olarak katılması şeklinde yorumlanacaktır<sup>344 345</sup>. Bu durumda şüpheli/sanıktan bu işlemlere ancak hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir.

Bu noktada esasen baskın görüşün şüpheli/sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün bulunduğu, ancak kişinin aktif bir katılıma da zorlanamayacağı yönünde olduğunu söylemek mümkündür.

Son olarak diğer bazı ülkelerde durum nasıl bakacak olursak, delil elde etmek için kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının sınırlandırılabilmesi hemen hemen bütün ülkelerde kabul edilen bir uygulama olmuştur; kimi ülkeler Ceza muhakemesi kanunlarında konuya ilişkin düzenleme yaparlarken, kimi ülkeler konuyu özel kanunlarında düzenlemeyi tercih etmişlerdir<sup>346</sup>.

Örneğin Almanya Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.81a ve sonraki maddelerinden konuyu düzenlemişken, Fransız hukukunda konu özel kanunlarda düzenlenmeye bırakılmıştır<sup>347</sup>. Bu ülkelerde rıza dışı uygulama açısından da farklar olduğu görülmektedir. Zira, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu “zorla muayene etme” yöntemini kabul etmiştir, ancak bunun kişiye acı ve eza verecek şekilde ve insan olma haysiyetini zedeler biçimde yapılmasına müsaade etmemektedir<sup>348</sup>. Bunun yanında

---

<sup>342</sup> İnci, **a.g.m.**, s.130

<sup>343</sup> Centel,Zafer, **a.g.e.**, s.194, Akbulut, **a.g.m.**, s.114, İnci, **a.g.m.**, s.135

<sup>344</sup> İnci, **a.g.m.**, s.135

<sup>345</sup> “ Kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi çerçevesinde şüpheli veya sanığın beden muayenesine aktif katılım yükümlülüğünün varlığını kabul eden görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kendini suçlamaya zorlanamama sanığın beyanda bulunma hürriyeti açısından kabul edilmiştir. İradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, onun iradesiyle ilgisi olmadan var olan delillerin toplanması susma hakkının ve kendini suçlamaya zorlanamama ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir.” Akbulut, **a.g.m.**, s.114-115

<sup>346</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.624

<sup>347</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.624

<sup>348</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.624

Fransız kanunu muayene olmayana hakim kararına uymamanın gereği olan bir para cezası uygulamakta fakat zorla muayene yapmamaktadır<sup>349</sup>.

Yine Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda vücuda müdahale "Bilirkişi ve Keşif" başlığı altında ancak koruma tedbirlerine paralel şekilde düzenlenmiştir<sup>350</sup>. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda vücudun muayenesi denetim (yoklama) adıyla "soruşturma evresi" başlığı taşıyan bölümde "araştırma aracı" olarak nitelendirilmiştir<sup>351</sup>.

İtalyan hukukunda bedeninde delil gizlendiği yönünde şüphe nedenleri varsa kişinin vücudu muayene edilebilir, bu muayene iç veya dış beden muayenesi şeklinde olabilir; Cumhuriyet savcılar bu kararı kendileri verebileceği gibi, gecikmede tehlike olacak hallerde adli kolluk görevlileri de re'sen bu işlemlere başvurmaya yetkilidir<sup>352</sup>.

İngiliz Hukuku'nda ise, delil elde etmek amacıyla iç beden muayenesi (intimate search) sadece uyuşturucu madde suçları için düzenlenmiştir. Belirli bir grup uyuşturucu madde tasarrufu dışında hiçbir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla iç beden muayenesi yapılamadığı gibi, muayene, şüphelinin kendi kullanımı için uyuşturucu bulundurduğu durumlarda da uygulanamaz<sup>353</sup>. Delil teminine yönelik iç beden muayenesi, kişinin uygun ve yazılı rızası olmadan icra edilemez. (PACE m.55/3A) Bununla birlikte geçerli bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesi mahkeme veya jüri tarafından yargılamanın çeşitli safhalarında sanık aleyhine kullanılabilir<sup>354</sup>.

<sup>349</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.310, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.624

<sup>350</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.296

<sup>351</sup> "Denetim, soruşturmada başvuru delil araştırma yöntemlerinden biridir." Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 296

<sup>352</sup> Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.297

<sup>353</sup> Meltem Dünder, **İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller**, Doktora Tezi, İstanbul 2014, s.206

<sup>354</sup> "İç beden muayenesi, en az komiser rütbesine haiz emniyet amirinin kararı ile mümkündür. Komiser veya üst rütbeli memurun iç beden muayenesi kararı verebilmesi için, şüphelinin başka kişilere tedarik veya ihraç etmek amacıyla uyuşturucu madde sakladığı ve bu maddenin iç beden muayenesi haricinde bulunamayacağına yönelik makul sebeplere istinat eden inancı aranmaktadır. (m.55/1,2) İç beden muayenesi kararı sözlü olarak verildiği takdirde mümkün olan en kısa sürede yazılı hâle getirilmelidir. (m.55/3) Doğal vücut fonksiyonu ile vücuttan atılabilecek ve beklemek için zamanın olduğu durumlarda, arama yapılmaması ve beklenmesi gerekmektedir. Şüphelinin vücudundan örnek alınmasında ise iç beden örneği (intimate sample) - dış beden örneği (non intimate sample) ayrımı yapılmış, iç beden ve dış beden örnekleri PACE m.65'te sınırlı sayıda belirlenmiştir. Buna göre iç beden örnekleri, i) kan örneği, sperm veya başka herhangi bir salgı örneği, idrar veya kasık kılı, ii) dış ölçüsü, iii) (kasık kılı dahil) cinsel organlardan veya ağız dışındaki vücut boşluklarından pamukla alınan örnekler" Dünder, **a.g.e.**, s.206

### 1.1.3. DEĞERLENDİRME

Kanaatimizce tezimizin konusu olan bu tedbirler bakımından şüpheli/sanığın pasif katılımı ile bu tedbirlerin gerçekleştirilebileceğinden bahsetmek bizce işlemin doğası gereği esasen pek mümkün olmamaktadır<sup>355</sup>. Bu noktada kişinin rızası olmaksızın yapılacak işlemler bakımından kişinin aktif katılımının gerekmesi durumu hemen hemen çoğu olayda söz konusu olmaktadır. Bizce kişinin, birtakım sorulara cevap verme zorunluluğunda bırakılması, yürütülmesi, dilinin dışarı çıkarılması, idrar vb örnek vermesi, dizlerinin bükülmesi, kollarının uzatılması, dönmesi, soyunması gibi eylemlerin kişiden istenmesi, kişinin aktif katılımını gerektiren örneklerdir. Bu noktada işlemlerin nitelikleri gereği kişilerin bazı hareketleri yapması, bazı sorulara cevap vermesi yahut kan örneğini aldırması bakımından kişinin pasif katlanma yükümlülüğü bulunduğunu söylemek hukuka ve mantığa aykırı olacaktır. Kişinin her bir durumda aktif bir özne olarak işlemlere katılması gerektiği ortadadır ki, kendisi aleyhine aktif katılımın nemo tenetur ilkesine aykırılık oluşturduğu da bu noktada açıktır<sup>356</sup>. Yine kişinin zor kullanılarak muayene edilmesi yahut vücudundan örnek alınması, kendisi aleyhine ifade vermeye zorlanmasındaki gibi kendisi aleyhine delil oluşturulması anlamına gelmektedir<sup>357 358</sup>. Üstelik ifade sonucu elde edilen delil, muayene yahut örnek alma sonucu elde edilen delile nazaran çoğu zaman daha güçsüz bir delil olabilmektedir. Bu noktada, bizce, sanığın iradesinin ifadeye zorlanması ile bedeninin iradesine aykırı olarak ispat vasıtası olarak muayeneye açılmak zorunda bırakılması arasında ihlal edilen hak kapsamında bir fark yoktur<sup>359</sup>.

---

<sup>355</sup> Aynı yönde görüş için bkz. İnci, **a.g.m.**, s.139

<sup>356</sup> Aynı yönde görüş için bkz. İnci, **a.g.m.**, s.139

<sup>357</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.115

<sup>358</sup> “ Kanaatimizce beden muayenesine katılmak istemeyen fakat kolluk marifetiyle muayenesi yapılan kişinin muayenesi sağlıklı şekilde neticelenmeyebilir. Bu durumun doktor raporuyla ifade edilmesi gerekmektedir.” Ertuğrul, **a.g.m.**, s,694

<sup>359</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.115

## 1.2. RIZA MESELESİ: SUÇ ŞÜPHESİ ALTINDAKİ KİŞİNİN İRADESİ/ RIZASININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

### 1.2.1. GENEL OLARAK RIZA KAVRAMI

Sözlük anlamıyla rıza; istek, onam; razı olma, isteme, onama anlamlarına gelmektedir. Ceza hukuku açısından önem taşıyan bir kavram olarak rıza ancak ceza hukukunun kendisine önemli sonuçlar bağlaması halinde hukuki işlem olarak nitelendirilebilir, aksi halde önemsiz bir irade beyanından ibarettir<sup>360</sup>. Bu iradenin sağlıklı ve geçerli bir şekilde oluşması ve rızanın açıklanmış olması da eylemin hukuka uygunluğu bakımından şarttır<sup>361</sup>.

Rızanın kural olarak tipe uygun harekete başlandığı sırada açıklanmış olması şarttır. Açıklama herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabilir, burada önemli olan nokta rıza sahibinin, rızanın konusu hak üzerinde tam olarak ve serbestçe tasarruf yetkisine sahip olmasıdır<sup>362</sup>.

Çalışmamızın konusunu beden bütünlüğü üzerindeki hak oluşturmaktadır. Bu hakların ne ölçüde kişisel tasarrufa tabi olabileceği bakımından hakkın beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale üzerinde kişiye sınırsız bir tasarruf yetkisi tanımayacağı kabul edilmektedir<sup>363</sup>.

### 1.2.2. ŞÜPHELİ/SANIK BAKIMINDAN RIZA

Kanun koyucu beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına rıza gösterilmesi hususunda CMK'da açık bir hüküm düzenlenmeyerek iradesini Beden Muayenesi Yönetmeliği çerçevesinde ortaya koymuştur. Beden Muayenesi

---

<sup>360</sup> Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınları, İstanbul 2003, s.194

<sup>361</sup> “ Müdahaleden sonra verilen icazet de, rızanın yerini tutmayacak ve eylem hukuka uygun hale getirmek konusunda herhangi bir etkisi olmayacaktır.” Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.122; Çakmut, **a.g.e**, s.204

<sup>362</sup> “ Üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir hakka ilişkin olarak açıklanan rıza hukuken bir değer taşımayacağından, böyle bir rıza üzerine gerçekleştirilecek müdahale de hukuka uygun olmayacaktır.” Çakmut, **a.g.e**, s.215; Erman, **a.g.e**, s.124-125

<sup>363</sup> Erman, **a.g.e**, s.134

Yönetmeliği m.18 “İlgilinin rızası” başlığı altında “*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır..*

*Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Rızanın varlığı şüpheli/ sanık bakımından ve diğer kişiler bakımından başlı başına sonuç doğurmadığı ve herhalde kararın varlığının şart olduğu görülmektedir. Ancak mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin ilgili maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur.

Bu noktada görüldüğü gibi, şüpheli/sanığın rıza göstermemesi halinde bu işlemlerin zorla yapılabileceği ilişkin üstü kapalı bir hüküm getirildiği, bu hükmün kanun ile değil yönetmelikle getirildiği görülmektedir. Burada Cumhuriyet Savcısının ne gibi önlemler alabileceği belirsiz olup aslında önlemler kişinin aktif katılıma zorlanması için yapılacak işlemleri ifade etmektedir<sup>364 365</sup>.

Şunu da belirtmek isteriz ki, yukarıda belirtilen şekilde gerçekleştirilen uygulamaların kişinin ruhsal sağlığına vereceği zarar da göz önünde bulundurulmalıdır. İster dış beden muayenesi ister iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri olsun, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması zorunluluğu, tedbirin koşulları bahsinde irdelenmiştir. Yine özellikle genital muayenelerde rıza dışı muayenelerin teknik olarak mümkün olmadığı, anestezi yardımı ile yahut başkaca şekilde ancak kişi uyutularak muayene

<sup>364</sup> İnci, **a.g.m.**, s.140 “ Örneğin rıza göstermeyen ve belki de buna direnen şüpheli/sanığın kan örneğinin alınması için yere zorla yatırılması, kolunun zorla tutulması, üstüne çıkılması yahut bir yere bağlanması söz konusu olabilmektedir. Yine idrar yahut sperm örneği verme konusunda rızası bulunmayan şüpheli/sanıktan söz konusu vücutsal örnekleri elde edebilmek için alınacak önlemlerin ne olabileceği belirsiz ve düşündürücüdür. Bu gibi durumlarda alınacak önlemlerin şüpheli/sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmaya zorlanma yasağını ihlal edeceğine şüphe olmamakla birlikte, işlemlerin çoğu durumda insan onurunun dokunulmazlığı ilkesiyle de bağdaşmayacağı ve zorla muayene teşkil edeceği ortadadır.”

<sup>365</sup> “ Böylece, tıpkı Alman sisteminde olduğu gibi, 5271 sayılı CMK’nın ve 25832 sayılı Yönetmeliğin de sanık yahut şüphelinin, muayene ve örnek alma hususunda rızasını aramayan bir sistemi benimsediği açıklığa kavuşmuş olmaktadır.” Yener Yıldırımkal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s.61

yapılabileceği, muayenenin kişi üzerinde zor kullanılarak, kişinin eli kolu bağlanarak yapılması halinde ise %95 oranında hatalı sonuç çıkacağı belirtilmektedir<sup>366</sup>. Yenisey/Nuhoğlu'na göre, özellikle cinsel suçlarda ortaya çıkan genital muayene durumlarında, kişilerin hakim yahut savcı kararlarına rağmen muayeneyi kabul etmeyip direnme, muayeneden kaçınma haklarının bulunması gerekir<sup>367</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz şekilde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından en temel koşullardan biri kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekliliğidir<sup>368</sup>. Bu noktada rıza dışı muayene ve örnek alma işlemlerinin kişilerin beden ve ruh sağlıklarını ne ölçüde etkileyecek/etkileyebilecek nitelikte olduğu somut olayların koşulları da dikkate alınarak irdelenmeli, sağlığın zarar görme tehlikesi halinde tedbirin uygulanmaması yönünde karar verilmelidir. Yine buradaki diğer bir temel sıkıntı da temel hak ve hürriyetlere müdahalelerin Yönetmelik gibi idari işlemlerle değil ancak kanunla yapılması gerekliliğidir. Bu hususta ayrıntılı açıklamaya ilgili başlık çerçevesinde yer verildiğinden bilgiye değinilmekle yetinilecektir.

Doktrinde rıza dışı muayene ve örnek alınma işlemlerine karşı çeşitli öneriler de sunulmuştur. Yenisey/Nuhoğlu'na göre hakim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabul etmeyip direndiği durumlarda ikinci bir hakim kararı alınmalıdır<sup>369</sup>. İkinci kararda hakim, o işlemin yapılmasının mutlak surette gerekip gerekmediğini somut olaylardaki koşullara da bakarak karara bağlamalı, böylece muayene yapılacak kişiye ağır bir zarar gelmesinin önüne geçilebilmelidir<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.624

<sup>367</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.624

<sup>368</sup> “Bu noktada zorla müdahaleyi yapacak veya vücuttan örnek alacak olan hekimler bakımından da pek çok sıkıntıyı beraberinde getireceğini söylemek mümkündür. Nitekim tıp bilimi mensuplarınca vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin tıbbi işlem niteliğinde olduğu, önemli olanın tıbbi deontoloji ve tıp etiğinin ilkeleri olup, asıl görevin hekimlik yapmak olduğu, bilirkişi olarak görev almanın bunu değiştirmeyeceği, ulusal hukuk kuralları ile uluslararası tıbbi etik ve deontoloji kurallarının çelişmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zorla muayenenin hekimlik mesleğine uygun olmadığı, ilgilinin rızası dışında herhangi bir muayenenin yapılmasının mümkün olmadığı, zorla muayenenin ayrıca kişinin sağlığını da tehlikeye sokan bir durum olduğu bu nedenle zorla muayene sırasında komplikasyon da gerçekleşebileceği savunulmaktadır.” İnci, **a.g.m.**, s.141

<sup>369</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.624

<sup>370</sup> Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.624

### 1.3. İŞKENCE, KÖTÜ MUAMELE VE ONUR KIRICI DAVRANIŞ YASAĞI KAPSAMINDA BEDEN MUAYENESİ: ZORLA MUAYENE KÖTÜ MUAMELE YASAĞINI İHLAL EDER Mİ?

Ceza muhakemesinde kişilerin araç olarak kabul edildiği soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, insan onuruna aykırılık taşıması sebebiyle kabul edilmemektedir. Bu çerçevede insan onurunun korunması en temel değerdir ve sanığın hiçbir zaman muhakeme objesi durumuna getirilmemesi gerektiği unutulmamalıdır<sup>371 372</sup>.

İzah ettiğimiz görüşlere her ne kadar çalışmamız içerisinde yer vermiş olsak da, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamına da değinmek gerekmektedir. Zira rıza dışı ve zorla yapılan muayene ve örnek alma işlemleri kötü muamele yasağı kapsamında da ihlale neden olabilecek niteliktedir.

İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelerin yasak olduğuna uluslararası ve ulusal hukuk belgelerinde yer verilmiş, fakat bu belgelerde herhangi bir tanım yapılmamıştır. Yine de genel bir tanım vermek gerekirse, işkence, insanın fizik ve moral varlığına ve onuruna karşı girişilen bir saldırdır. Uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kurallarından olan İşkence yasağı, mutlak bir yasak olup bu yasağa hiçbir istisna getirilemez<sup>373</sup>.

AİHS işkence yasağını belirterek bir kimseye, kendi isteğine rağmen zor kullanarak açıklama yaptırmayı yasaklamıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de masumiyet karinesi ile birlikte hiç kimsenin işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmesinde de aynı hüküm mevcuttur<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> Bayram, **a.g.e.**, s.39

<sup>372</sup> “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yakalama, tutuklama, zorla getirme, arama ve el koyma gibi klasik denilebilecek koruma tedbirlerinin yanında; beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli soruşturmacı, teknik araçlarla izleme gibi modern olarak nitelendirilebilecek koruma tedbirleri de düzenlenmiş bulunmaktadır. Özetle, koruma tedbirlerinin, adil yargılanmanın önemli bir bölümünü kapsadığı söylenebilir. Bu bakımdan koruma tedbirleri, özellikle kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırlamaları olasılığı sebebiyle hem anayasal hakların hem de insan haklarının korunması ile doğrudan ilişkili önlemler olduklarından bu tedbirlerin uygulanması bakımından insan onurunun korunması büyük önem arz etmektedir.” Arslan, **a.g.m.**, s.164

<sup>373</sup> Doğru, **a.g.e.**, s.1-2; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s.187

<sup>374</sup> Esra Genç, **İşkence Yasağının Türk Anayasa Mahkemesi Ve Aihm Kararları Işığında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler**, Yüksek lisans Tezi, Ankara 2015, s.32-33

AİHS m.3'te üç türde düzenlemeye yer verilmiştir<sup>375</sup>. Bu madde kapsamında düzenlenmiş başlıca ihlal türleri işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı muameledir. Madde metni incelendiğinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı (küçük düşürücü)<sup>376</sup> muamele kavramlarının soyut olarak sayılmasıyla yetinildiği ve bunların içeriğinin tespitinin AİHM'nin içtihadına bırakılmış olduğu görülmektedir<sup>377</sup>. AİHM ise her olayı özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirerek karar vermektedir. 3. maddede sayılan suçlardan ister işkence, ister insanlık dışı muamele veya ister onur kırıcı muamele olsun bu madde kapsamına girebilmesi için asgari şiddet düzeyine ulaşması gerekmektedir<sup>378</sup>.

AİHS ile, devlete işkence ve kötü muameleye maruz bırakmama yükümlüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülük, negatif bir yükümlülüktür. Maddenin kenar başlığı olan “yasak” sözcüğü ile devlete yüklenen negatif yükümlülük açıkça ifade etmektedir. Devletin egemenliği altında bulunan kimseye yakalama/gözaltı sırasında veya mahkum olduktan sonra cezasını çekerken işkence ve kötü muamele yapmama ve hatta bireyleri üçüncü kişilerin işkence ve kötü muamelelerinden korumak gibi görevleri vardır<sup>379</sup>. Zira işkence ve kötü muameleye tabi olmama ve bu nitelikte cezaya çarptırılmama hakkı, uluslararası hukukta mutlak surette yasaklanan, savaş hali de dahil olmak üzere hiçbir istisnası olmayan bir haktır.

Bu noktada insanlık dışı muamele, somut olayda ciddi zihinsel ya da fiziksel acıya kasten yol açan muameleleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kavram,

<sup>375</sup> “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin üçüncü maddesinde üç türde düzenlenmiş ihlale yer verilmiştir. Bu madde kapsamında düzenlenmiş başlıca ihlal türleri işkence, insanlık dışı muamele ve küçük düşürücü muameledir. Maddede işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele kavramlarının soyut olarak sayılmasıyla yetinildiği ve bunların içeriğinin tespitinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına bırakılmış olduğu görülmektedir” Burcu Aykar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye’deki Uygulaması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.47

<sup>376</sup> AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilen ihlal türlerinden olan üç kavram arasındaki en büyük fark derece ve ağırlık farkına dayanmaktadır. Bu kavramlar arasında nitelik değil ancak nicelik ve yoğunluk farkı bulunmaktadır. Çünkü bu üç kavram, en hafifi olan onur kırıcı muameleden, en ağırı olan işkenceye varacak şekilde, aşamalı olarak değerlendirme altına alınmıştır. Genç, **a.g.e.**, s.43, Gizem Dursun, **AİHS m.3 Kapsamında İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, Yüksek lisans Tezi, İzmir 2015, s. 102

<sup>377</sup> AİHM içtihatlarında bu kavram kötü muamele, küçük düşürücü muamele, alçaltıcı muamele, onur kırıcı muamele gibi kavramlarla anılmaktadır. Ancak, kötü muamele dışındaki ifadelerin fiziksel ortam ve zarardan ziyade, kişinin psikolojisi ve onuru üzerinde meydana gelen zararı ifade etmesi sebebiyle işkence yasağının koruma altına aldığı hakkı tam karşılayamadığı yönünde görüş için bkz. Aykar, **a.g.e.**, s.103

<sup>378</sup> Genç, **a.g.e.**, s.38

<sup>379</sup> Genç, **a.g.e.**, s.51

işkenceden farklı olarak, ıstıraba yol açma amacı ya da belirli amacın varlığı aranmaz<sup>380 381</sup>.

Küçük düşürücü muamele ise, kişiyi diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da kişiyi idaresi veya bilinci hıfına davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muameledir<sup>382</sup>. AİHM birçok kararında belirtildiği üzere bir davranışın üçüncü madde kapsamında küçük düşürücü olup olmadığını değerlendirirken temel hedefinin bireyi küçük düşürmek ve alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları açısından, mağdurun kişiliğini ve manevi bütünlüğünü üçüncü maddeyle uyumlu olmayan bir şekilde olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini göz önünde bulundurmaktadır, failde böyle bir kastın bulunmaması, tek başına ihlal oluşmaması sonucuna varmaya sebep olmaz<sup>383</sup>.

Açıklamalarımızdan sonra, konuya ilişkin görüşümüzü bildirmemiz gerekir ise, biz çalışmamızın genelinde de belirttiğimiz şekilde zorla muayene ve örnek alma tedbirlerinin Anayasal ilkelere aykırılık teşkil ettiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce, zorla bedene yapılan her müdahale yahut örnek alma işlemi esasen kişinin psikolojik sağlığına ve insan onuruna zarar verme tehlikesi bulundurur. Bu noktada Nemo Tenetur ilkesine aykırı olarak elde edilen delil, hukuka aykırı olup kullanılamaz. Bu yönde bir uygulama, kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilerek, elde edilen delilin kötü muamele neticesi elde edilen delil olduğu söylenebilecek ve delil bu suretle

---

<sup>380</sup> Aykar, **a.g.e.**, s.50

<sup>381</sup> “AİHM zaman içerisinde insanlık dışı davranışın tanımıyla ilgili bir içtihat oluşturmuştur. Tanıma göre insanlık dışı davranışın etkileri göz önüne alındığında, ya gerçek bedensel zarara ya da büyük ölçüde fiziksel/ruhsal acıya sebep olunması gerekmektedir. Ayrıca davranış, “minimum düzeyde ciddiyete” ulaşmış olmalıdır. Söz konusu minimum düzey, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir: Acı çektirme niyeti, davranışın amaçları, davranışın süresi ve içeriği, davranışa maruz kalan kişinin durumu gibi unsurlar bunun tespitinde dikkate alınmaktadır. Sonuç olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin “asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan en az birini taşıyan bir muamele” olarak tanımlanması mümkündür”, Genç, **a.g.e.**, s.39

<sup>382</sup> Aykar, **a.g.e.**, s.52

<sup>383</sup> Aykar, **a.g.e.**, s.52

de, hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecektir<sup>384 385 386</sup>. Yine aktif katılım/ pasif katılım ayrımı çerçevesinde de, bu tedbirlerin nitelikleri gereği pasif değil kişinin her durumda esasen aktif katılımının gerektiğini belirtmek isteriz. Zira üzerinde inceleme yapılan kişinin kendi bedeni yahut vücut örneğidir. Bu noktada kişiden örnek alınması da, soyularak bedeninde muayene yapılması da onun esasen aktif katılımı neticesinde gerçekleşebilmekte, elde edilebilmektedir.

Yine bu noktada kişinin iradesi dışında ortamda varlığını sürdürmesi bakımından kişinin DNA'sı başta olmak üzere vücut örnekleri bakımından yapılan ayrıma da katılmak mümkün değildir; bu örneklerin alınmasının Nemo Tenetur ilkesini ihlal etmediği yahut hak korumasından yararlanmadığı düşüncesi bizce son derece çelişkilidir. Zira suç ortamında bulunan delillerin kime ait olduğunun tespiti noktasında yine bir "beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" tedbirine başvurulabilecektir ki, bu tedbirlerin zorla gerçekleştirilmesi esnasında da elbette hak ihlalleri yaşanabilecektir.

Bu noktada kanaatimiz, kanun koyucunun zorunlu hallerde şüpheli/sanığın rızası olmaksızın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin düşüncesini Anayasa'da açıkça düzenlemesi gerektiği yönündedir. Uygulama, Anayasa m. 38/5'e aykırılık arz etmektedir. Maddeye göre kişi kendisi ya da yakınlarını suçlamaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Bu nedenle vücuttan doku, kan ve benzeri ürünlerin alınmasını düzenleyen kanunların Anayasada tanımlanan hakkı sınırlandırdığı, Anayasada tanınan bir hakkın ancak yine Anayasadaki koşullara uygun olarak sınırlandırılabilirdiği ve m.38'de özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği görülmektedir. Genel sınırlama nedenleri de Anayasanın 14. maddesi ve

---

<sup>384</sup> Dündar, **a.g.e.**, s. 458

<sup>385</sup> "Kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması çerçevesinde değerlendirildiğinde ise AİHM Komisyonu, ilgilinin rızası dışında gerçekleştirilen ve deney aşamasında olan tıbbi müdahalelerin belli durumlarda md. 3"ü ihlal edebileceğini belirtmiş; fakat bu durumların ne olduğunu belirtmemiştir. Bunun yanı sıra AİHM Komisyonu, AİHS md. 3"te öngörülenlerden daha az yoğun olarak vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olduğundan ötürü beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını AİHS md. 3 değil, md. 8"de yer alan özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir." Bayram, **a.g.e.**, s.41

<sup>386</sup> "Bu görüşler dışında kalan farklı bir görüş, aktif katılım ya da pasif olarak katlanma şeklindeki ayrımı, susma hakkının şüpheli aleyhine delil toplanmasına engel teşkil etmediğinden doğru bulmamakta; delillerin toplanması esnasında hukuka aykırı olmamak kaydı ile delil elde etme işlemlerinin yapılabilirdiği ve koruma tedbirlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu görüşün temelinde şüpheli/ sanığın katlanma yükümlülüğü yer almaktadır; zira bu işlemlerin koruma tedbiri niteliğinin ağır basmaktadır ve şüpheli veya sanığın rızaları aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilmektedir. Aksi durumun kabulü halinde ceza muhakemesi yapılamaz hale gelebilir; zira her koruma tedbiri özünde zorlama içermektedir." Bayram, **a.g.e.**, s.51

Başlangıç Kısımındaki ifadelerde yer almakta ve buralarda da hakkın sınırlandırılmasına dayanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce, esasen vücuttan delil elde etmek için örnek alınmasına izin veren düzenlemeler Anayasaya aykırıdır ve Anayasa m. 38/5'te değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin sınırlama ve çözüm düşüncemiz tezimizin ikinci bölümünde ilgili koşullar çerçevesinde açıklanmıştır. Düzenlemelerin şu an ki halleriyle fazlaca izaha muhtaç ve hakları ihlal eder nitelikte olduklarını, bu sebeplerle de elde edilen delillerin hukuka aykırı nitelik taşımakta olduklarını, yinelemekle yetiniyoruz.

## **2. ELDE EDİLEN DELİLİN YARGILAMADA KULLANILMASINA İLİŞKİN SORUNLAR**

### **2.1. DELİL NİTELİĞİ VE HUKUKA AYKIRI DELİL TARTIŞMASI: ŞÜPHELİ/SANIĞIN KARŞI İRADESİNE RAĞMEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI NEMO TENETUR İLKESİNE AYKIRILIK OLUŞTURUR MU?**

Daha önce de belirttiğimiz şekilde, Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünün ilk hükmü olan AY m.17, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*" hükmolunmuştur. İnsan bedenine ve insan sağlığına saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte olan bu hüküm, kişinin vücuduna tıbbi zorunluluk hallerinde ve kanunda yazılı hallerde ve yalnızca belirli koşullarda müdahale edilebilme hakkını tanıdığıdır.

Yine AY m. 38 "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlığı altında f.5'te "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" şeklinde yer alan düzenlemeyle esasen Nemo Tenetur ilkesi de iç hukukumuzdaki yerini almıştır.

Bu noktada tezimizin konusunu oluşturan Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması tedbirlerinin uygulanması noktasında şüpheli/sanığın iradesine aykırı olarak zorla uygulama doktrinde tartışmalara neden olmuştur<sup>387</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre beyan, bir delil çeşididir ve kişinin açıklamalarını içermektedir, bu görüş esasen bu ilkeyi “dar anlamda susma hakkı” olarak değerlendirmektedir. Buna göre bu hak, kişinin beyanlarını kapsar. Bu çerçevede bu hak ile kişi, aktif bir davranışla kendisi aleyhine delil vermeye mecbur tutulamaz; yani bu hak ile kişinin kendisini suçlanmasına katılımı yasaklanmıştır. Bu görüşü savunanlara göre beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi kişinin aktif katılımının bulunmadığı hallerde, susma ve kendini itham etmeme hakkı gerekçe gösterilerek işlemlerin uygulanmasından kaçınılmayacaktır<sup>388</sup>; zira şüpheli veya sanığın susma hakkı yalnızca kendisine isnat edilen fiile ilişkindir ve beden muayenesi ile örnek alma işlemi ise isnatta bulunup açıklama yapılması söz konusu değildir<sup>389</sup>. Bu noktada da düzenlemeler bu halleriyle herhangi bir hak ihlaline sebep olmamaktadır, hukuka uygunluk taşımaktadırlar.

Diğer görüş uyarınca Nemo Tenetur ilkesinin Anayasal karşılığı yalnızca beyan delilleriyle sınırlandırılarak yorumlanamaz. “Susma hakkı” burada esasen bir “geniş anlamda susma hakkı”dır ve bu yasak, kişiyi suçlayıcı nitelikteki her türlü beyan, belge ve delili kapsamaktadır. Anayasa’da hakların hangi hallerde sınırlandırılabilirliği

<sup>387</sup> “İki ayrı kavramın bir arada kullanılmasıyla ifade edilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, ilk planda tıbbi bir kavram olarak algılanmaktadır. Çünkü muayenenin ve örnek almanın bedenle birleşmesi bu çağrışımı güçlendirmektedir. Şüphesiz ki, konu beden ve buna yönelik müdahale olunca, bireyin vücut bütünlüğü, bu bütünlüğün dokunulmazlığı, olası girişimlerin sınırları, bu dokunulmazlığın ihlali karşısında karşılaşılabileceğimiz onlarca suç tipi dolayısıyla söz konusu işlemler bakımından hukuksal alana da kaçınılmaz bir biçimde gitmek durumundayız” Fatih Selami Mahmutoglu, **“Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”**, s.1 (çevrimiçi) <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>

<sup>388</sup> “AİHS m.3 ve m.8, şüphelinin isteği hilafına, suça iştirakine yönelik delil elde etmek amacıyla tıbbi işlemlere tabi tutulmasını yasaklamamaktadır. Nitekim, mahkeme veya Komisyon tarafından karara bağlanan pek çok meselede, soruşturma maksatları bakımından şüpheliden isteği hilafına kan ve tükürük örneği alınmasının bu düzenlemeleri ihlal etmediği tespit edilmiştir. Ancak, delil elde etmeye yönelik zora dayalı tıbbi müdahaleler davanın kendine has olguları çerçevesinde ikna edici bir şekilde gerekçelendirilmelidir. Özellikle müdahale niteliğindeki bu girişimler davaya ilişkin tüm olguların sıkı bir denetimini gerektirir. Bu kapsamda, dava konusu suçun ciddiyeti, alternatif delil elde etme yöntemlerinin dikkate alınıp alınmadığı önem taşır. Keza, uygulanacak prosedür şüphelinin sağlığında kalıcı bir zarara sebebiyet vermemelidir. Bedeninden delil elde etmek için kişinin zorlamayla tabi kılındığı tıbbi müdahale yöntemi, m.3’e ilişkin içtihatlarda belirlenen asgari ağırlık derecesini aşmamalıdır. Mahkeme’ye göre, delil elde etme amacıyla fiziksel bütünlüğe yönelen her müdahale, özenli bir denetime tabi tutulmalı ve bu denetim sırasında, delilin elde edilmesi için zora dayalı tıbbi müdahalenin ne ölçüde gerekli olduğu, şüphelinin sağlığına yönelik tehlikenin mevcudiyeti, müdahalenin gerçekleştiriliş şekli, müdahalenin sebep olduğu fiziksel ve ruhsal acı, temin edilebilen tıbbi gözetimin derecesi ve müdahalenin şüphelinin sağlığı üzerindeki etkileri özel olarak dikkate alınmalıdır.” Dündar, **a.g.e.**, s.90-91

<sup>389</sup> Bayram, **a.g.e.**, s.49

bellidir, Anayasa’da yer alan bu hakkın izah ettiğimiz şekilde Yönetmelik’le sınırlandırılması mümkün değildir. Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması suretiyle şüpheli/ sanıktan zorla delil elde edilmesi susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkını ihlal etmektedir. Bedene müdahale edilmeden önce kişiye müdahaleyi kabul etmeme hakkı hatırlatılmalı, hatırlatılmaz ya da hatırlatmaya rağmen kişi müdahaleye rıza göstermez ise işlem yapılmamalıdır. Aksi halde Anayasa m. 38/5 ihlal edilecek ve elde edilen bulgular hukuka aykırı olacaktır<sup>390</sup>.

Kanunumuzda tanıklıktan çekinmeye ilişkin genel düzenleme, elkoymada yine tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yer alan yazışmalara el konulamaması durumu ( şüpheli/sanık için bulunmamakta) ve şüpheli/sanık dışı diğer kişilerin tanıklıktan çekinme hükümlerince beden muayenesinden çekinebilmesi hususu aslında Nemo Tenetur ilkesinin kanun koyucu tarafından benimsendiğini gösterir düzenlemelerdir. Ancak bunların şüpheli/sanık için kabul edilmemiş olmaları yalnızca diğer/üçüncü kişiler için kabul edilmiş olmaları yine tartışma konusu teşkil eder niteliktedir. Aynı kökten gelen bu ilkeler kapsamında şüpheli/sanık için bu sınırlamanın yapılma sebebi tartışılmalıdır. Zira el koyma koruma tedbirinde “disiplin hapsi”nin uygulanabilmesi mümkün değilken, kişinin rızasına aykırı olarak soyulması ve beden muayenesi yapıp vücutundan örnek alınması mantıken de bir çelişkinin varlığını işaret etmektedir. Yine diğer kişiler açısından tanıklıktan çekinme sebeplerinin kabul edilmiş ancak şüpheli/sanık için kabul edilmemiş olması halinde de kanunun tanıklıktan çekinme sebeplerinin tamamını ifade edip, bazılarını hariç tutmamış olması yine son derece çelişkili niteliktedir<sup>391</sup>.

Bu noktada çalışmamızın genelini oluşturan düşüncemizi tekrar ederek, çalışmamızda incelediğimiz AİHM kararları ve bu kararlara katılan doktrin görüşlerine de bazı kısımlarda katılmamaktayız. Zira, örneğin bir delilin kişinin iradesi dışında ortama bırakabilir yahut terkedilebilir bir materyal olması, bu delilin kişinin aleyhine sonuç doğuracak biçimde kullanılması dolayısıyla nemo tenetur ilkesini ihlal etmeme sonucunu doğurmaz. Vakaların çoğunda kişilerin suç mahalinde/ortamda bırakmış oldukları materyallerin, kişilere ait olup olmadığının tespiti için uygulanan tedbirler yine kişilerin özlük haklarına müdahale teşkil eder nitelikte olacaktır. Kişinin rızası dahilinde yapılan tedbir sonucu elde edilen delillerin yargılamada kendisi aleyhine

---

<sup>390</sup> Bayram, **a.g.e.**, s. 51

<sup>391</sup> Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.632

kullanılması halinde “rıza göstermemesi” hukuken ne gibi sonuçlara yol açar, kişinin böyle bir hakkı söz konusu mudur, tartışılmalıdır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerine ilişkin bahsettiğimiz tüm tartışmalı hususlarda hukuka aykırılık taşıyan deliller bakımından, ilgili tedbirlerdeki/elde edilen delillerdeki hukuka aykırılıkların giderilebilir hukuka aykırılıklar olmadığı da ortadadır. Yine burada tartışılması gereken bir husus, Cumhuriyet Savcısı tarafından alınabilecek önlemler meselesinde ortaya çıkmaktadır. Zira şüpheli/sanığın rıza göstermediği beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumlarında zor kullanmanın sınırı/miktarı/nasıl olacağı daha öncede belirttiğimiz şekilde kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmamıştır. Bu durumda kişiye uygulanan zor kullanmada sınır aşıldığı noktada bu durumun elde edilen/edilecek delili hukuka aykırı hale getireceği açıktır. Zira burada kişinin temel hakları ihlal edilmiş olup ölçülülük ilkesinden de bahsedilemeyecektir. Bu durumda aslında şekli olarak değerlendirilebilecek bir koşuldaki hukuka aykırılık sebebiyle işlem ve işlem sonucu elde edilen delil hukuka aykırı hale gelmektedir. Yine bu durum da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin nitelikleri gereği ortaya çıkmaktadır, zira burada kişinin vücudunun kendisi doğrudan delildir<sup>392</sup>. Zor kullanmada aşılın sınır da doğrudan delile ve esasa ilişkin bir hukuka aykırılık meydana getirmektedir ki, bu hukuka aykırılıklar giderilmez nitelikte olup hem tedbiri hem de delili hukuka aykırı hale getirmektedir.

Son olarak değinmek isteriz ki, tedbire hukuka aykırı olarak başvurulması halinde CMK m.141’de görülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır, genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edilmesi mümkündür<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup> “Ceza muhakemesi hukukunda deliller, kaynağı insan olan deliller (mağdur ve tanık anlatımları vb.) ve fiziki deliller (kaynağı nesne olan deliler, belge ve belirtiler) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır” Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s.619

<sup>393</sup> Özbek vd., **a.g.e.**, s.457

## 2.2. TANIKLIKTAN ÇEKİNME: TANIKLIKTAN ÇEKİNME VE TEDBİRİN UYGULANMASINI REDDETME HAKKI

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bahsinde en tartışmalı konulardan biri de CMK m.76/4'te karşımıza çıkmaktadır<sup>394</sup>. Hükümde öncelikle üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı kapsamında tedbir uygulanmasını reddetme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Ardından çocuklar ve akıl hastaları bakımından özel bir düzenleme yapılarak bu konuda kanuni temsilcileri yetkili kılınmıştır. Yine maddeye göre, tedbir sonucu elde edilen delillerin yargılama esnasında kullanılıp kullanılmayacağı hususunda dahi kanuni temsilcinin izninin olması şartı aranmaktadır<sup>395</sup>.

CMK m.76/4 çerçevesinde diğer/üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkı çerçevesinde tanıklıktan çekinebilecek bir kişi olması halinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin uygulanmasından kaçınılabilmesi, delil vermeye/göstermeye zorlanamaması, kanunda açıkça düzenlenmiştir. Esasen bu durum kanun koyucunun Nemo Tenetur ilkesi ile tedbir bağlantısını kabul ettiğinin açık bir göstergesidir.

Yine aynı madde devamı çerçevesinde çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisinin karar verecek olması da ayrı bir tartışma konusudur<sup>396</sup>. Bu noktada sadece kanuni temsilcinin çekinme konusunda yetkili kılınması özellikle aile içi işlenen suçlarda ve cinsel suçlarda sorun yaşatabilecek niteliktedir.

Zira, örneğin çocuğun cinsel istismarı vakalarında çocuğun babası tarafından istismara uğraması/şüphesi halinde, çocuğun kanuni temsilcisi en hafif şekilde çocuğun babasının bu şekilde bir hüküm giymesine halinde durumun çocuğun hayatı boyunca onu etkileyeceğinden bahisle, yahut suçun failinin diğer çocuğu olduğu durumlarda o çocuğu korumak güdüsüyle, beden muayenesine rıza göstermeyebilir

<sup>394</sup> CMK m.76/4 “Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.”

<sup>395</sup> Yıldız, **a.g.m.**, 298

<sup>396</sup> Yargıtay, kimi suçlarda (örneğin TCK 103) 15 yaşını bitirmiş kişilerin rızasını kabul etmekte, bu kişilerin şikayet hakkını tek başına kullanabileceklerini belirtmektedir. Akbulut, **a.g.m.**, s.102

ya da elde edilen delilin kullanılması hususunda izin vermeyerek çekinme kararı verebilir. Bu halde, kanunen bu kararın denetlenmesi mümkün olmamaktadır.

Kanuni temsilcinin kendisinin şüpheli/sanık olması, ancak daha sonra şüpheli/sanık olmaktan çıkmış bulunması durumunda da, hakim kararıyla yapılmış olan beden muayenesinden elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesinin kanuni temsilcinin rızasına bağlı olması da yine çokça sıkıntı içermektedir<sup>397</sup>.

Halbuki bu gibi özel durumlarda hakimin hem tedbirin uygulanıp uygulanmamasına hem de elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmamasına karar vermesi kanaatimizce isabetli olacak, bu noktada her somut olayda hakim menfaatler çatışmasını irdelleyip üstün yarar çerçevesinde karar vererek tedbirin uygulanıp uygulanmamasını ya da elde edilen delilin kullanılıp kullanılmamasını hukuka uygun hale getirebilecektir. Dolayısıyla bizce düzenleme bu haliyle birçok soruna gebedir ve belirttiğimiz noktalarda hakimin yetkilendirilmesi yoluyla mevcut durum değiştirilebilir.

---

<sup>397</sup> Akbulut, **a.g.m.**, s.102 “ Şüpheli veya sanık olmaktan çıkan kanuni temsilcinin delilin kullanılmasına izin vermediğinde adaleti yanıltmasının söz konusu olacağı veya baba şüpheliyse anneye baskı yaparak delilin kullanılmasını engelleyebileceği ya da kardeş şüpheliyse kanuni temsilcilerin delilin kullanılmasını engelleyebilecekleri veya çocuğun tanıklıktan çekinmesini sağlayabilecekleri belirtilmektedir. Bu nedenlerle 15 yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte karar verme yeteneği bulunmayan çocuklarda hakim veya mahkemenin yetkili olduğu düzenlemesinin yapılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir.” s.102-103

## SONUÇ

Ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşma amacını günümüzde teknolojinin de gelişmesiyle şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişiler üzerinden elde edilen delillerle gerçekleştirmektedir. Modern Ceza Hukuku düşüncesi kapsamında yapılan yargılamada her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil, şüpheli ve sanığın haklarının korunması önem taşımaktadır. Bu kapsamda şüpheli ve sanığın en temel güvencelerinden biri nemo tenetur ilkesidir.

“Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması” başlıklı tezimizde; ilk bölümde ilkenin tanımı, kaynağı ve tarihsel gelişimi ortaya konulmuş, ilkenin kapsamı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları irdelenerek açıklanmaya çalışılmıştır. İlkenin normatif dayanakları ve diğer ilkelerle olan ilişkileri tezimizin kapsamını ve bütünlüğünü aşmayacak şekilde ele alınmıştır. Bu kapsamda ilkenin bir sonucu olarak “susma hakkı” ve yine çalışmamız kapsamında kişinin kendini ve yakınlarını suçlamaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaması ve suçlamayı reddin aleyhe yorumlanamaması irdelenmiştir. İlkenin ve ilke temelli hakların mutlak haklar olmadığı, sınırlandırılabilirdiği görülmüştür. Hakların hangi durumlarda sınırlandırıldığı; beyan delilleri, belge ve eşya delilleri ve son olarak beden muayenesine konu olan deliller bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

Bu kapsamda, dar anlamda susma hakkı ve beyan delilleri bakımından durum birçok farklı çalışmanın da konusunu oluşturduğundan yüzeysel bir incelemeye tabi tutularak yalnızca sınırlama sebepleri irdelenmiş, şüpheli ve sanığın mutlak bir susma hakkı olmadığı görülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “izah edilmesi beklenen makul durumlarda” kişinin susmasının aleyhine yorumlanabileceğini ortaya koymuştur, açıklanması gereken hallerin varlığı halinde kişilerin açıklamada bulunması gerekmektedir.

Kanaatimizce burada esasen susma hakkının kullanılmasına aleyhe bir sonuç bağlanmamakta, var olan aleyhe durum kişi bakımından süregelen bir durumdur. Buradaki en temel sorun; hangi hallerde açıklama yükümlülüğünün makul olduğunun tespiti noktasında olacaktır. Bu gibi özel durumlarda, sanığın açıklama yapması ona sunulmuş bir savunma hakkıdır. Bu hakkını kullanmayarak aleyhine var olan durumu değiştirmeyen sanık, aslında bunun sonucuna katlanmaktadır. Bizce, açıklanması gereken hal kapsamında kişiden açıklama beklemek, ilgili sorulara cevap verme

yükümlülüğü yüklemek ve kişinin susma fiilinin aleyhe olan durumu devam ettirmesi, hakkı ve ilkeyi ihlal teşkil etmemektedir.

Çalışmamızın üzerinde durmakta olduğu “aleyhe delil göstermeye zorlanamama” ilkesi kapsamında ise belgeler, eşyalar ve beden muayenesine konu olan delillere ilişkin kararlar incelenmiştir. AİHM'nin bu noktada kişinin iradesinin ürünü olan deliller ile iradesi dışında var olan deliller bakımından delilleri ikili bir ayrıma tabi tutarak karar verme eğiliminde olduğu görülmüştür. Yine bir diğer husus, belge delilleri bakımından ekonomik hayatın güvenilirliği kapsamında birçok yerel mevzuatta yer alan belge tedarik yükümlülüklerini içeren maddelere ilişkindir. AİHM bu noktada, başka türlü elde edilmesi mümkün belgelerin kişinin iradesi dışında ve kişinin kendisini suçlamaya zorlanarak elde edilmesini hakkın ihlali olarak değerlendirmektedir. Kanaatimizce burada öncelikle iradilik sorunundan uzaklaşılması gerekmektedir. Mali belgelerin kişilerin irade unsuru oluştukları şüphesizdir ancak bu durum her kişisel irade unsurunun hak kapsamında değerlendirilip korunabileceğini ortaya çıkarmaz. Burada irdelenmesi gereken husus hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı mevzusudur. Sonuç olarak burada Mahkemenin görüşlerine, başka türlü delil elde etme imkanının bulunup bulunmadığı noktasında katılmaktayız. Zira bu ilkenin amacı her ne kadar şüpheli/sanığa mutlak bir koruma hakkı sağlamak olmasa da, kişinin kendi aleyhinde kullanılacak delili kamusal çıkar gerekçesiyle ilgili makama teslimine zorlamak çoğu zaman başlı başına onur kırıcı bir müdahale oluşturmaktadır.

AİHM, beden muayenesine konu deliller bakımından vermiş olduğu kararda, kişinin iradesi dışında var olan kan, idrar, tükürük ve DNA gibi delillerin nemo tenetur ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu noktada iradilik tartışmaları gündeme gelmiştir. Bu tür durumlarda kişinin inanış, bilgi gibi mahrem alanlarının temsil edilmediği, aksi takdirde ceza muhakemesinin çoğu kez kabul edilemez şekilde yavaşlayacağı, bu tür delillerin ‘kendini suçlayıcı nitelikte’ olmadığı ve doku gibi fiziksel numunelerin şüphelinin desteğine gerek olmaksızın suç mahallinden ele geçirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Biz bu noktada mahkemenin görüşüne katılmamaktayız. Hak kapsamında “delil göstermeye zorlanamama” hususunda, delillerin iradi yahut irade dışı deliller gibi bir ayrıma dayandırılmadığı görülmektedir. Kaldı ki örneğin bir suç mahallinde bulunan ve kişinin iradesi dışında orada bıraktığı ifade edilen ter, saç, tükürük, sperm vb. materyalin başlı başına oradan alınması sonuç doğurmayacaktır, bu noktada şüpheli veya

sanıktan yani suç şüphesi altındaki kişiden, bu sefer elbette iradesi dahilinde, ilgili materyalin alınarak karşılaştırma yapılması ve ona ait olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İşte bu adeta delilin anlamlandırılması işleminin sonuç doğurabilmesi için şüpheli veya sanığın kendi vücut örneklerinin alınmasına “katlanması” gerekmektedir. Bu işlemlerin her birinin yapılması kişinin vücuduna doğrudan teması gerektirdiği, bunun kişilik haklarına ve en başta insan onuruna müdahale niteliğinde olduğu açıktır. Dolayısıyla bu noktada “iradilik” tartışmalarının konuyu ele almak bakımından yetersiz kaldığı görülmüştür.

Tezimizin ikinci bölümünde, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri üzerinde durulmuş, öncelikle tedbirlerin hukuki niteliği irdelenerek çeşitleri ve uygulanma koşulları ayrıntılı yer almıştır. Son olarak önleyici nitelikte uygulanabilip uygulanamayacağı sorununa yer verilmiştir. Bu noktada ilk vardığımız sonuç, tedbire ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemelerin bu haliyle kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Zira, temel hak ve özgürlüklerin ancak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen AY m.13’e aykırı olarak tedbirlere ilişkin bir takım düzenlemeler yönetmeliklerle oluşturulmuştur. Bu noktada özellikle dış beden muayenesi başta olmak üzere şüpheli veya sanığın zorla muayenesi durumunun kanunla düzenlenmesi ve sınırlarının açık ve net bir şekilde çizilmesi şarttır. Tedbirin çeşitleri ve uygulanma koşulları bakımından da yer yer Yönetmelik maddeleri ile CMK hükümlerinin çelişmekte olduğu görülmüştür.

Hukuki nitelik bakımından ise kanaatimizce beden muayenesi niteliği itibari ile koruma tedbiri özelliklerine haizdir. Koruma tedbirleri, kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan uygulamalardır ve yasal dayanak bulunması dışında meşrulukları “gecikmeden başvurulması zorunluluğu” taşımalarına, “suç şüphelerinin belli bir yoğunlukta olması” ve “geçici” nitelik taşımalarına, “orantılı” olmalarına ve “görünüşte haklı” kabul edilebilmelerine bağlıdır. Temel hak ve özgürlüklere, özellikle kişi dokunulmazlığına müdahale özelliği taşıması, yasa koyucu tarafından tedbirin uygulanabilmesinin çok sıkı koşullara bağlanmış olması ve koruma tedbirleri ile gösterdikleri, sayabileceğimiz diğer ortak özellikleri tedbirlerin koruma tedbiri özelliklerinin ağır bastığını göstermektedir.

Tedbirin önleyici nitelikte uygulanmasına ilişkin olarak, esasen kanun koyucu açıkça bu tedbirlere “önleme” amaçlı olarak değil ancak “adli” amaçlı olarak

başvurulabileceğini hüküm altına almıştır. Tedbirlerin “bir suça ilişkin delil elde etmek için/amacıyla” uygulanabilmesi şartını kabul etmiştir. Dolayısıyla suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişiler üzerinde beden muayenesi yapılabilmesi ve vücuttan örnek alınması hukuka aykırıdır, tedbir sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.

Tezimizin son bölümünde ise, tezimizin başlığını oluşturan, ilke bağlamında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin incelenmesi sonucu birkaç tartışmalı hususa değinilmiştir. Şüpheli ve sanığın katlanma yükümlülüğü, suç şüphesi altındaki kişinin rızasının “geçerli bir rıza” olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi, Anayasal ilkeler bakımından “nemo tenetur” ilkesinin değerlendirilmesi, şüpheli veya sanığın iradesi dışında elde edilen delillerin hukuka uygunluğu sorunu ve son olarak tanıklıktan çekinme hususu irdelenmiştir.

İlk olarak şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü kapsamında doktrinde aktif ve pasif katılım ayrımı yapılmıştır. Genel görüş şüpheli veya sanığın muhakeme işlemlerine pasif olarak katlanma yükümlülüğü bulunduğu şeklindedir. Bizce, sanığın iradesinin ifadeye zorlanması ile bedeninin iradesine aykırı şekilde ispat vasıtası olarak muayeneye açılmak zorunda bırakılması arasında ihlal edilen hak kapsamında bir fark yoktur, bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine katlanma durumu pasif katılım olarak değerlendirilemez. Aktif katılım gerektirmesi sebebi ile de irade dışı yapılan uygulama bu haliyle ilkeye aykırılık teşkil etmektedir.

Suç şüphesi altındaki kişinin rızası meselesi önemli bir tartışma konusudur. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin şüpheli veya sanığın rızası dışında uygulanacak tedbire ilişkin CMK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmelik’te savcının gerekli tedbirleri alarak muayenenin gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Belirttiğimiz şekilde Yönetmelik ile yapılan düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu ve kanunilik ilkesini ihlal ettiğini düşünmekteyiz. Bu noktada tedbirlerin niteliği gereği rıza dışı yapılan muayene ve örnek alma işlemlerinin, özellikle iç beden muayenesinin, kişinin sağlığına zarar verecek ve ruh sağlığını zedeleyecek ölçüde olduğunu bu nedenle rıza dışı uygulanmasının ilkeyi ihlal edeceğini düşünmekteyiz.

Diğer yandan, doktrinde rıza dışı muayene ve örnek alınma işlemlerine karşı çeşitli öneriler de sunulmuştur. Yenisey/Nuhoğlu’nun “hakim kararına rağmen kişinin

muayeneyi kabul etmeyip direndiği durumlarda ikinci bir hakim kararı alınmasına ilişkin görüşü” bu noktada bir çözüm önerisi olarak kanaatimizce kabul edilebilir.

Anayasal ilkeler bakımından beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması değerlendirildiğinde, kanaatimiz, kanun koyucunun zorunlu hallerde şüpheli/sanığın rızası olmaksızın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin düşüncesinin Anayasa’da açıkça düzenlemesi gerektiği yönündedir. Uygulama, Anayasa m. 38/5’e aykırılık arz etmektedir. Maddeye göre kişi kendisi ya da yakınlarını suçlamaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Bu nedenle vücuttan doku, kan ve benzeri ürünlerin alınmasını düzenleyen kanunların Anayasada tanımlanan hakkı sınırlandırdığı, Anayasada tanınan bir hakkın ancak yine Anayasadaki koşullara uygun olarak sınırlandırılabilirdiği ve m.38’de özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, esasen vücuttan delil elde etmek için örnek alınmasına izin veren düzenlemeler bu halleriyle Anayasaya aykırıdır ve Anayasa m. 38/5’te değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerine ilişkin tüm tartışmalı hususlarda hukuka aykırılık taşıyan deliller bakımından, ilgili tedbirlerdeki/elde edilen delillerdeki hukuka aykırılıkların giderilebilir hukuka aykırılıklar olmadığı da ortadadır. Tedbirin niteliği itibariyle, bu durumlarda aslında şekli olarak değerlendirilebilecek bir koşuldaki hukuka aykırılık sebebiyle işlem ve işlem sonucu elde edilen delil hukuka aykırı hale gelmektedir. Burada kişinin vücudunun kendisi doğrudan delildir. Zor kullanmada aşılın sınır da doğrudan delile ve esasa ilişkin bir hukuka aykırılık meydana getirmektedir ki, kanaatimizce bu hukuka aykırılıklar giderilmez nitelikte olup hem tedbiri hem de delili hukuka aykırı hale getirmektedir.

Son olarak bir tartışmalı husus da tanıklıktan çekinme durumlarında ortaya çıkmakta olup kanaatimizce, düzenleme bu haliyle özellikle çocuk ve akıl hastalarının tanıklıktan çekinme hakkını kanuni temsilcisinin kullanması düzenlemesi açısından tartışmalara gebe. Zira, bu noktada sadece kanuni temsilcinin çekinme konusunda yetkili kılınması özellikle aile içi işlenen suçlarda ve cinsel suçlarda sorun yaşatabilecek niteliktedir. Bu açıdan da hükmün yeniden düzenlenerek, bu gibi özel durumlarda hakim hem tedbirin uygulanıp uygulanmamasına hem de elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmamasına karar vermesi kanaatimizce isabetli olacaktır. Hakim her somut olayda menfaatler çatışmasını irdeleyip üstün yarar çerçevesinde

karar vererek tedbirin uygulanıp uygulanmamasını ya da elde edilen delilin kullanılıp kullanılmamasını hukuka uygun hale getirebilecektir.



## KAYNAKÇA

- Abanoz, Buket: Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi Ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.
- Akbulut, Berrin: Dış Beden Muayenesi, TAAD, S:27- Temmuz 2016.
- Alfred C. Clapp: "Privilege Against Self-Incrimination" , Rutgers Law Rewiev, Vol.10/3, 1955-1956
- Apiş, Özge: Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/ Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücudundan Örnek Alınması, MÜHFD (Had), S:1- 2012.
- Arslan, Kahan Onur: İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması , TBB Dergisi , 2015(120).
- Aydın, Çağrı Kan: "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı"", TBB Dergisi, 2010 -91.
- Aydın, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Aygün, Aydın: Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0 (8), s.49-73
- Aykar, Burcu: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye'deki Uygulaması, Yüksek lisans Tezi, Ankara 2010.
- Aytekin, Asuman: Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Susma Hakkı, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2000.
- Batur, Necat: Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme, TBB Dergisi , 2016 (126).
- Bayram, Nihal Temizsoy: Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme Ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.
- Bayzit, Tuğba: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2007.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 9.Bası, İstanbul, 2018.

|                           |                                                                                                                                                              |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Çakmut, Yenerer<br>Özlem: | Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, İstanbul 2003.                                                                  |
| Dağ, Güray:               | Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması, İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE, 2011.                                             |
| Demirbaş, Timur:          | Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayınları, 5.Bası, Ankara 2018.                                                                  |
| Doğru, Osman:             | İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayınları, İstanbul 2006.                                                    |
| Dursun, Gizem:            | AİHS m.3 Kapsamında İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Yüksek lisans Tezi, İzmir 2015.                                                         |
| Dursun, Gizem:            | Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması Ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi, DEÜHFD, Prof.Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017. |
| Dündar, Meltem:           | İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller, Doktora Tezi, İstanbul 2014.                                                            |
| Erbaş, Rahime:            | Türk Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012.                 |
| Erdoğan, Belgin:          | Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.                                                          |
| Erman, Barış:             | Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.                                                                          |
| Eroğlu, Fulya:            | Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi SBE, 2009.                             |
| Ertuğrul, Hüseyin:        | Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi ÜHFD, S:1-2 - 2008.                                                                                            |
| Feyzioğlu, Metin:         | Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayınları, Ankara 1996.                                                                                             |
| Gedik, Doğan:             | Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.                                                                |

Gökçen, Ahmet,

Alşahin Mehmet Emin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Çakır, Kerim:

Genç, Esra: İşkence Yasağının Türk Anayasa Mahkemesi Ve AİHM Kararları Işığında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

Güngör, Devrim - Bakşi, Okan: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması Ve Genetik İncelemeler, Adli Bilimler Dergisi, 2009- Eylül.

Harris/O'boyle/Warbrick: Law Of The European Convention On Human Rights, Oxford University Press, Second Edition.

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler, İstanbul, Beta Yay., 2013.

İnci, Zekiye Özen: “Şüpheli Ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli Ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkındaki Düşünceler”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7(2), 2017.

İnci, Zekiye Özen: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, (çevrimiçi : [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_621.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm) )

İpekçioğlu, Pervin Aksoy: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma, İÜHFM, S:1- 2012.

İtişgen, Rezzan: Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi), İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012.

John T. Mcnaughton: “The Privilege Against Self-Incrimination”, Journal Of Criminal Law And Criminology, 1960.

Kılıç, Ümmügülüm: Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, İstanbul, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2010.

Kızılarlan, Hakan: Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde, Vücudun Muayenesi Ve Örnek Alma (Doktrin Ve Uygulama), Ankara, Çetin Veb- Ofset A.Ş., 2007.

Kızılırmak, Baran: Önleyici Amaçla Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesinde Kullanılabilirliği, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.

Kibar, Recep: Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.

- Kiziroğlu, Serap Keskin: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama) , AÜHFD, 2009-C.58-S.1.
- Kocaoğlu, Sinan: "Susma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 2011- S.1.
- Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, (çevrimiçi: [www.fsmahmutoğlu.av.tr](http://www.fsmahmutoğlu.av.tr))
- Ozansü, Mehmet Cemil: Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması Ve Rasyonelleşmesi , İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2013.
- Ömeroğlu, Ömer: Ceza Muhakemesinde Şüpheli Ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti, TBB Dergisi , 2014 (115).
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Özkan, Ceren: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, İzmir, Yaşar Üniversitesi SBE, 2018.
- Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Ruhan vd.: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2018.
- Sarsıkoğlu, Şenel: Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, ERÜHFD, S:2-2013.
- Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şahin, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Şanlı, Nurcihan: Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2014.
- Turgut, Bayram: Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Ankara, Turhan Yayınları, 2010.
- Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Tıp Hukuku Başlıklı Tebliğ, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2008- Ankara.
- Ünver, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin yayınları, Ankara 2003

- Ünver, Yener, Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- Üzülmez, İlhan: "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Sonuçları", TBB Dergisi , 2005-S.58.
- Wolters, Gereon  
Çeviren: Fatih  
Gündoğdu: Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene Ve DNA Analizi, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S:7- Haziran 2010.
- Yenisey, Feridun /Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Yıldırımkal, Yener: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2006.
- Yıldız, Ali Kemal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, EÜHFD, S.3-4, 2006.
- Yıldız, Ali Kemal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif Ve Yer Gösterme, İÜHFM, S.1 - 2007.
- Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- Zoğlar, Burcu: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Bakımından İfade Ve Sorgu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2017.