

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU BİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ

Yüksek Lisans Tezi

YAREN AYATA

İSTANBUL 2023

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU BİLİM DALI

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ

Yüksek Lisans Tezi

YAREN AYATA

Danışman: DOÇ. DR. ZAFER İÇER

İSTANBUL 2023

ÖZET

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ

Ceza Muhakemesinin temel amacı hukuka uygun yollardan elde edilen deliller vasıtası ile maddi gerçeğe ulaşmaktır. Teknolojinin gelişmesi ile bir suç işlendikten sonra insan vücudunda arta kalan iz, eser, emarelerin değerlendirilmesi için beden muayenesi tedbirine ihtiyaç duyulmuştur. Bu tez kapsamında delil elde edilmesi ve delillerin değerlendirilmesi bakımından büyük önem taşıyan beden muayenesinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunmasına rağmen suçun aydınlatılmasında sağladığı katkı da dikkate alınarak düzenlemenin nasıl yapılması gerektiği ve uygulamada yarattığı problemlerin nasıl çözülebileceği açıklanacaktır. Anayasada tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple beden muayenesi 5271 Sayılı Ceza Muhakemesinin Kanunun 75, 76, 77. maddelerinde ve ayrıca Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmeliğinde düzenlenmiş ve önceki kanunun yarattığı boşluğun doldurulması amaçlanmıştır. Beden muayenesinin yapılması sırasında işleme karar veren makamın, işlemi uygulayan kişilerin ve işleme katlanma yükümlülüğü bulunan kişilerin hukuka aykırı davranışlar sebebiyle Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çeşitli suç tiplerinin işlenmesi mümkündür. Tez kapsamında beden muayenesinin hukuka aykırı şekilde yapılması nedeniyle ortaya çıkabilecek suç tipleri belirlenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada beden muayenesi tedbiri kanun ve yönetmeliğe uygun olarak iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak iki şekilde incelenmiştir. Tedbirin uygulanacağı kişi bakımından ise şüpheli, sanık ve diğer kişiler olarak ayırım yapılmıştır. Tedbirin ön koşulları ve uygulanma şartları şüpheli, sanık ve diğer kişiler açısından açıklanmıştır. Ayrıca, ilgilinin rızası ve zorla beden muayenesi; kişi dokunulmazlığı, işkence suçu, insan onuru kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Tıp etiği ilkelerinin ve hekim yükümlülüklerinin hukuk açısından geçerli olup olmadığı hususu doktrinde farklı görüşlere neden olmasına rağmen beden muayenesi tedbirinin hem ceza muhakemesi kanununda düzenlenmiş olması hem de tabip veya sağlık personeli tarafından işlemin yapılıyor olması sebebiyle hukuk ilkeleri ve tıp etiği ilkelerinin birbirine uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun ve ilgili yönetmelikte sağlığa zarar verme tehlikesi kavramına yer verilmiş. Sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı hususun tabipler

tarafından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede kullanılan kriterlerin neler olması gerektiği tezde ele alınmıştır.

Bunların yanında bu çalışmada kadının muayenesi, çocuğun muayenesi ve tanıklıktan çekinme hallerine ilişkin hükümler ayrıca incelenmiştir. Öncelikle ocuğun beden muayenesi yapılırken hakimnin çocuğun görüşü doğrultusunda hareket etme zorunluluğu bulunmadığını belirten kanun maddesi hem Yargıtayın uygulamasına hem de ocuk Haklarına ilişkin sözleşmelere aykırıdır. Çocuğun karar verme kapasitesi göz önüne alınarak yeniden düzenleme yapılması gerekmektedir. Kadınlar açısından ise kanunda kadınların beden muayenesinin ayrı bir maddede düzenlenmesinin gerekesi ve neden olduğu sorunlar tez kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: İ beden muayenesi, dış beden muayenesi, vcut btnlğ, ilgilinin rızası, insan onuru

ABSTRACT

PHYSICAL EXAMINATION IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

The main purpose of Criminal Procedure is to reach the material truth through the evidence obtained by lawful means. With the development of technology, there is a need for the measure of physical examination to evaluate the marks, traces, and signs left on the human body after a crime has been committed. Within the scope of this thesis, it will be explained how the regulation should be made and how the problems created in practice can be solved, taking into account the contribution of the physical examination, which is of great importance in terms of obtaining evidence and evaluating the evidence, to the elucidation of the crime, despite the interventions on the integrity of the body. The Constitution stipulates that the bodily integrity of the person cannot be touched except in cases of medical necessity and in cases written in the law. For this reason, physical examination is regulated in Articles 75, 76, 77 of the Criminal Procedure Law No. 5271 and also in the Regulation on Body Examination, Genetic Examinations and Physical Identification in Criminal Procedure and it is aimed to fill the gap created by the previous law. It is possible to commit various types of crimes regulated in the Turkish Penal Code due to the unlawful behaviour of the authority that decides on the procedure, the persons who perform the procedure and the persons who are obliged to endure the procedure during the physical examination. Within the scope of the thesis, it is tried to determine the types of offences that may arise due to unlawful conduct of physical examination.

In this study, the measure of physical examination is analysed in two ways as internal body examination and external body examination in accordance with the law and regulation. In terms of the person to whom the measure will be applied, a distinction is made as suspect, accused and other persons. The prerequisites and conditions of application of the measure are explained in terms of suspects, defendants and other persons. In addition, the consent of the person concerned and forced physical examination are tried to be evaluated within the scope of personal inviolability, the crime of torture and human dignity.

Although the issue of whether the principles of medical ethics and the obligations of physicians are valid in terms of law causes different opinions in the doctrine, the principles of law and the principles of medical ethics should be regulated in accordance with each other since the measure of physical examination is regulated both in the criminal procedure law and the procedure is carried out by a physician or health personnel. The law and the relevant regulation include the concept of danger of harm to health. The issue of whether there is a danger of harm to health

should be evaluated separately by physicians. What should be the criteria used in this evaluation are discussed in the thesis.

In addition to these, the provisions on the examination of the woman, the examination of the child and refusal of testimony are also analysed in this study. First of all, the article of the law stating that the judge is not obliged to act in line with the opinion of the child during the physical examination of the child is contrary to both the practice of the Court of Cassation and the conventions on the Rights of the Child. It is necessary to make a new regulation by taking into account the decision-making capacity of the child. In terms of women, the justification and the problems caused by the regulation of the physical examination of women in a separate article in the law are discussed in detail within the scope of the thesis.

Key Words: Internal physical examination, external physical examination, body integrity, consent of the related person, human dignity

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ.....	i
ABSTRACT	iii
PHYSICAL EXAMINATION IN CRIMINAL PROCEDURE LAW	iii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİNİN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, İŞLEME HAKİM OLAN İLGİLİ CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ, TIP ETİĞİ VE HEKİMLİKTEN GELEN YÜKÜMLÜLÜKLER AÇISINDAN BEDEN MUAYENESİ, MUAYENE TÜRLERİ

1.1. Beden Muayenesi Tedbirinin Amacı	5
1.2. Hukuki Niteliği.....	7
1.3. Beden Muayenesi Tedbirine Hakim Olan İlgili Ceza Muhakemesi İlkeleri....	13
1.3.1. Hukuk Devleti İlkesi	13
1.3.2. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi.....	15
1.3.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	16
1.3.4. Adil Yargılanma İlkesi.....	20
1.3.5. Susma Hakkı ve Aleyhe Delil Göstermeye Zorlanamama Hakkı	22
1.4. Tıp Etiği ve Hekimlikten Gelen Yükümlülükler Açısından Beden Muayenesi	28
1.5. Beden Muayenesi Türleri	37
1.5.1. Dış Beden Muayenesi	37
1.5.2. İç Beden Muayenesi.....	39

2. BÖLÜM

TEDBİRİN ÖN KOŞULLARI VE ŞÜPHELİ, SANIK, DİĞER KİŞİLER BAKIMINDAN UYGULANMA KOŞULLARI, TANIKLIKTAN ÇEKİNMENİN BEDEN MUAYENESİNE ETKİSİ

2.1. Beden Muayenesi Tedbirinin Ön Koşulları	42
2.1.1. Kanunilik	42
2.1.2. Delil Elde Etme Amacı	44
2.1.3. Orantılılık.....	44
2.1.4. İşlenmiş Bir Suç Bulunması	47
2.1.5. Şüphe Derecesi	48
2.2. Şüpheli veya Sanık Bakımından İç Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları .	51
2.2.1. Tedbire Karar Verecek Makam	51
2.2.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi.....	53
2.2.3. Cezanın Belli Bir Ağırlıkta Olması	55
2.2.4. Sağlığa Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması.....	56
2.3. Şüpheli veya Sanık Bakımından Dış Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları	59
2.3.1. Tedbir Talebinin Bulunması	59
2.3.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi.....	62
2.3.3. Sağlığa Açıkça ve Öngörülebilir Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması	64
2.4. Diğer Kişiler Bakımından Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları.....	65
2.4.1. Karar Bulunması	65
2.4.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi.....	68
2.4.3. Tedbire Maruz Kalacak Kişi.....	69
2.4.4. Sağlığa Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması ve Cerrahi Müdahalede Bulunma Yasağı	71
2.4.5. Tanıklıktan Çekinmenin Beden Muayenesine Etkisi.....	72

3. BÖLÜM

TEDBİRİN UYGULANMASINDA VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNE MÜDAHALE, RIZANIN ETKİSİ, GEREKLİ ÖNLEMLERİN ALINMASI VE ZORLA BEDEN MUAYENESİ SORUNU, KADININ VE ÇOCUĞUN BEDEN MUAYENESİ, BEDEN MUAYENESİ İLE BAZI CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN MUKAYESESİ

3.1. Muayene ve Vücut Bütünlüğü İlişkisi.....	76
3.2. Tedbirin Uygulanmasında Rıza ve Zorla Beden Muayenesi Sorunu.....	79
3.2.1. Rızanın Muayeneye Etkisi.....	79

3.2.2.	Gerekli Önlemlerin Alınması	84
3.2.3.	Zorla Beden Muayenesi Sorunu	85
3.3.	Kadının Beden Muayenesi Düzenlemesinin Değerlendirilmesi	89
3.4.	Çocuğun Beden Muayenesi ve Görüşünün Alınması Sorunu.....	93
3.5.	Beden Muayenesi ile Bazı Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Mukayesesi.....	97
3.5.1.	Üst Araması Tedbiriyle Mukayesesi.....	97
3.5.2.	Cezaevlerinde Yapılan Detaylı Arama ve Beden Çukurlarında Arama İşlemiyle Mukayesesi	101
3.5.3.	Yakalama ve Gözaltına Alma Sürecindeki Muayeneyle Mukayesesi	103
3.5.4.	Ölünün Adli Muayenesi ve Adli Otopsiyle Mukayesesi	104
3.5.5.	Fizik Kimliğin Tespitiyle Mukayesesi.....	105

4. BÖLÜM

TEDBİRE KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI VE TAZMİNAT İSTEMİ, HUKUKA AYKIRI İŞLEM NEDENİYLE ELDE EDİLEN VERİLERİN DURUMU VE İŞLENEBİLECEK BAZI SUÇ TİPLERİ, TEDBİRİN ANAYASA VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ GÜNCEL KARARLARINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1.	Kanun Yolları.....	108
4.2.	Beden Muayenesi Nedeniyle Tazminat İstemi	110
4.3.	Beden Muayenesinin Hukuka Aykırı Gerçekleştirilmesiyle Elde Edilen Verilerin Durumu	112
4.4.	Hukuka Aykırı Beden Muayenesinin Bazı Suç Tipleri Açısından Değerlendirilmesi.....	113
4.5.	Cinsel Dokunulmazlık Bakımından Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi ..	118
4.6.	Beden Muayenesinin Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Güncel Kararlarına Yansıması	120
	SONUÇ.....	125
	KAYNAKÇA	129

KISALTMALAR

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz.: Bakınız

CD: Ceza Dairesi

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu

DTB: Dünya Tabipler Birliği

E.: Esas

Ed.: Editör

E.T.: Erişim Tarihi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

K.: Karar

K. T.: Karar Tarihi

No: Numara

m.: Madde

s.: Sayfa

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: Türk Ceza Kanunu

TTB: Türk Tabipler Birliği

vs.: vesaire

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ile kullanılan yöntem ve araçlar, yargılamada yeni bir düzenin oluşmasına sebep olmaktadır. Bu düzende kullanılan tıbbi aletler, bedeni konu alan delil elde etme yöntemlerinin artmasına aracılık etmektedir. Kişilerin bedeninde yer alan bulgular hem birçok disipline konu edilmiş hem de yargılamada sıklıkla başvurulanan bir araç olmuştur. Beden muayenesi, kişinin bedeni üzerinde yapılan işlemlerden birini oluşturmasının yanında günümüzde sıklıkla başvurulanan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu işlemin ceza muhakemesinde; maddi gerçeğe ulaşma, suçluları ortaya çıkarma, iddialarını kanıtlama veya savunma sürecinde önemli delilleri ortaya koyma gibi göz ardı edilemeyecek katkıları bulunmaktadır. Uygulamada ise beden muayenesinin katkılarının yanı sıra işlemin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

İşlemin hukuka uygun düzenlendiği ve uygulandığı durumlarda, doğru kararlar verilmesine yardımcı olması ve toplum düzenini korumaya katkıda bulunması, işleme duyulan ihtiyaca işaret etmektedir. Bu sebeple, temel sorunların tespit edilmesi gerekliliği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Tez çalışması olarak “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi” konusunun seçilme sebepleri birden fazladır. Öncelikle, tıp ve ceza hukukunun ortak zemininin sadece etik ilkelere bağlandığı sorunu tespit edilmiştir. Tıbbi uygulamalara ilişkin uluslararası alanda kabul edilen sözleşmeleri ileri sürerek hekimlerin işlem yapmaktan kaçınmasının mümkün olduğu, Türk Tabipler Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından yayınlanan bildirilerde ileri sürülmektedir. Bu nedenle, uygulamada anayasal düzenlemelerin yok sayıldığı tespit edilmiş olup beden muayenesine ilişkin hükümlerin hekimlere yüklediği yasal sorumluluğun açıklanması gerektiğine karar verilmiştir.

Bu duruma ek olarak, meslek etik ilkelerine bağlılıklarını ileri sürerek yasal düzenlemeleri kabul etmeyen hekimlerin, kastları bulunmadığı gerekçe gösterilerek, işlemi gerçekleştirmemesinin cezai sorumluluk doğurmayacağı algısının mevcut olduğu tespit edilmiştir. Bu algının getirdiği hukuk dışı davranabilme keyfiliğinin önlenmesi amacıyla düzenlemelerin nasıl olması gerektiği tez kapsamında belirlenmeye çalışılmıştır.

Bir başka önemli sebep ise tıbbi zeminde irdelenmesi gereken muayene işleminin, kavramsal tutarsızlıklarla hukuki zeminde düzenlenmeye çalışılması ve bu durumun hukuki güvene verdiği zarardır. Bilirkişi olarak görev yapan hekimden, ayrımın tam olarak hangi ölçüte dayandığını anlayamadığı muayene türlerini gerçekleştirmesini bekleyen hukuk düzenlemeleri, çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir.

Muayene işlemleri bakımından oldukça tartışmalı olan nemo tenetur ilkesi ve katlanma yükümlülüğünün işlemi nasıl etkileyeceği hususunun, sonuca bağlanması gerektiği ve sınırları belli olmayan ayrımlarla işlem hakkında karar vermenin doğru olmadığı düşünüldüğünden tez konusunun detaylı şekilde irdelenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Beden muayenesi işleminin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 75., 76. ve 77. maddeleri ile *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik* (Tez kapsamında artık *Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik* olarak belirtilecektir.) kapsamındaki ilgili maddeler, tez konusunun içeriğini ve uygulanma koşullarını oluşturmasının yanında tezin dayanak noktalarına da kaynaklık etmektedirler. Bu noktada önemle belirtilmesi gereken husus; beden muayenesi ile kanunda aynı başlık altında düzenlenen vücuttan örnek alma işlemi tez kapsamına dahil edilmemiş, sadece tıbbi müdahalelerde ortak özelliklerin belirlenmesi amacıyla tez kapsamında ele alınan kararlarda ve kanuni düzenlemelerin karşılaştırılmasında yapılan yorumlarda yer verilmiştir. Birbirlerinden farklı yöntemler kullanılarak gerçekleştirilmeleri, beden muayenesinin zorunlu bir örnek alımını gerektirmemesi, farklı zamanlarda başvurulabilmeleri ve sağlığa zarar verme ihtimallerinin birbirinden farklı olması nedeniyle muayenenin uygulanabilirliğine etkisi göz önüne alınarak vücuttan örnek alma işlemini tez kapsamına dahil edilmesi uygun görülmemiştir. Ayrıca özel kanunlarda yer alan alkol muayenesi CMK m.75 gereği tez kapsamına alınmamıştır.

Bunlara ek olarak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) m.66'da yer alan eski düzenlemelerin uygulamada yarattığı sorunlar dikkate alınarak daha sıkı şartlar altında yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulması, işlemten vazgeçilemediğine işaret etmektedir. 25.05.2005 tarihinde yapılan değişiklik ile kanun koyucu tarafından sınırları net olarak belirlenmese de temel hakların daha fazla dikkate alındığı ve korunduğu bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Yapılan değişiklik sonucu oluşturulan CMK'daki beden muayenesi hükümlerinin eksik ve yetersiz olması, sorunların çözümünde sıklıkla Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine başvurulmasına neden olmaktadır. Tez çalışması ile uygulamadaki sorunlar; hukuk ilkelerine,

doktrin görüşlerine, yasal mevzuata ve yargı kararlarına göre çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Tezin birinci bölümünde, beden muayenesinin hukuk sistematığı içinde nerede yer alması gerektiği ile ilgili bir düzen oluşturulmaya çalışılmıştır. Bunun için de öncelikle işlemin temel amacı belirlenmiş ve amaç dışı kullanımının temel haklara verdiği zararlar nedeniyle kapsam dışı tutulması gerektiği belirtilmiştir. İşlemin amacının belirlenmesi ve kanunda düzenlenmesi gereken yerin tespit edilmesi, işlemin hukuki niteliği bakımından da önemlidir. Doktrindeki farklı görüşlere yer verilerek işlemin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Beden muayenesinin hukuki niteliği, işlemin uygulanma şartlarına da yol gösterici olacaktır. Bu bölümde, beden muayenesinin, ceza muhakemesine uygun bir işlem olup olmadığına karar vermek amacıyla ceza muhakemesinin ilgili ilkeleri açısından değerlendirilmesi gerektiği düşünülmüştür. Yapılan değerlendirmelerde çeşitli eksiklikler ve hukuka aykırılıklar tespit edilmiş olup düzenlemenin nasıl olması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu bölümün son kısmında, beden muayenesinin hem hukuk hem tıp alanını ilgilendirmesi nedeniyle tıp etik ilkeleri ile hekimlikten gelen yükümlülükler karşısında işlemin nasıl değerlendirilmesi gerektiği ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise CMK ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik düzenlemesine uygun şekilde beden muayenesinin türleri ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Tıbbi bir kavram olan muayenenin, hukukta farklı bir şekilde ele alınması ve iç beden-dış beden ayrımı benimsemeyen hekimlere uygulatılmaya çalışılması, hukuk düzeninde birçok soruna sebep olmuştur. Bu nedenle, beden muayenesi tedbirinin somut olaya uygulanabilir olması noktasında yapılacak olan değerlendirmelerde, “*Beden Muayenesi Tedbirinin Ön Koşulları*” başlığı altında belirtilen şartlara uygun olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunulmaktadır. Ön koşullar, somut olay bakımından beden muayenesi işlemine başvurulması gerektiğini desteklediğinde bu sefer de uygulanma koşullarının mevcudiyeti hakkında değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu nedenle tezin bu bölümünde, ceza yargılaması sıfatları ve muayene türlerine göre uygulanma koşulları incelenmiştir. Tez içerisinde, uygulanma koşullarındaki eksiklikler, kanundaki boşluklar ve sınır aşan düzenlemeler detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Tezin üçüncü bölümünde ise uygulamada sorun yaratan düzenlemelere yer verilmiştir. İlk olarak beden muayenesinde rızanın, karar alma sürecine etkisi ve hukuk düzeninde doğurması beklenen sonuçları tespit edilmiştir. Daha sonra Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte düzenlenen “*gerekli önlemler*” ifadesinin neleri kapsadığı belirlenmeye çalışılmıştır. Yargı

kararlarında sıklıkla karşılaşılan konulardan biri olan zorla beden muayenesi işlemi ele alınmış ve katlanma yükümlülüğüne etkisi ile ilgili düşüncelere yer verilmiştir. Özel bir düzenleme olarak kanunda yer alan kadının ve çocuğun beden muayenesinin, hukuk sistematğinde yarattığı sorunlar tespit edilmiştir. Bu bölümde son olarak beden muayenesi işlemi ile sıklıkla karıştırılan işlemlerin ayırt edici özellikleri belirlenerek hak ihlallerinin engellenmesi hedeflenmiştir.

Tezin son bölümünde ise işlemin hak ihlalleri ve hukuka aykırı uygulamalarına karşı kişilere tanınan hukuki denetimden yararlanma hakkından bahsedilmiştir. Kanun yollarına başvuru dışında, işlemin kişilere vereceği zararların tazmin edilmesi gerekliliği dikkate alınarak tazminat isteminin dayanak noktası ve hukuki yolu belirlenmiştir. Ayrıca hukuka aykırı işlemlerin birçok suç tipini oluşturabileceği tespit edilmiş ve bir suçun aydınlatılmasını sağlamak için başka bir suçun işlenmesinin kamu düzenine olumsuz etkisi nedeniyle oluşabilecek suç tiplerine yer verilmiştir. Son olarak beden muayenesi işleminin hukuktaki yeri ve ölçütlerinin neler olması gerektiği güncel yargı kararları kapsamında değerlendirilmiş ve özellikle Anayasa Mahkemesi (AYM) ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarına nasıl yansıdığı belirlenmeye çalışılmıştır.

1. BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİNİN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, İŞLEME HAKİM OLAN İLGİLİ CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ, TIP ETİĞİ VE HEKİMLİKTE GELEN YÜKÜMLÜLÜKLER AÇISINDAN BEDEN MUAYENESİ, MUAYENE TÜRLERİ

1.1.Beden Muayenesi Tedbirinin Amacı

Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında düzenlenen işlemler ve elde edilen deliller, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli amaçlara hizmet ederler. CMK ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte düzenlenen beden muayenesi tedbiri ise belirtildiği üzere “*bir suça ilişkin delil elde etmek*” amacıyla yapılmaktadır. Beden muayenesi işleminde, teknolojik gelişim ve ilerlemelerin yeni düzende hayatımıza kazandırdığı aygıtlar ile yeni tıbbi metotlar kullanılarak güvenilirliği daha yüksek olan, hakimde kanaat oluşturmaya ve şüpheyi en aza indirmeye yardımcı olan bilimsel nitelikte deliller elde edilmesi hedeflenmektedir.

Delil elde etme amacı taşımayan işlemlerin, beden muayenesi kapsamında olmayacağı kanunun lafzından anlaşılacağı gibi bu amacı taşımayan işlemlerin TCK’da düzenlenen çeşitli suç tiplerinin oluşmasına neden olabileceği söylenebilir. Bu kapsamdaki detaylı görüşlerim tezin ilerleyen bölümlerinde “*Hukuka Aykırılık Nedeniyle İşlenebilecek Suç Tipleri*” başlığı altında anlatılacaktır.

Beden muayenesinin esas amacının beden üzerinde ve içerisinde delil elde etmek olduğu savunulmaktadır.¹ Doktrindeki bir görüş, beden muayenesi işleminin delil elde etme amacı dışında muayene sonucu elde edilen delillerin, maddi gerçeğin kanuna uygun şekilde ortaya çıkarılması yönünden gerekliliği nedeniyle el koyma amacının olduğunu da savunmaktadır.²

¹ Aksoy İpekçioğlu, Pervin (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.21, Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma Gezer, Özge, Saygılar, Yasemin F., Alan, Esra, Özyayın, Özdem, Erden Tütüncü, Esfer, Altınok Villemin, Derya, Tok, Mehmet Can (2022), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (16. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.536.

² Fırat, Tarık (2021), Genital Muayene Suçu ve Hekimin Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Medipol Üniversitesi, s.20, Yıldırımkal, Yener (2006), Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, s.12.

Beden muayenesinin ayrıca adli olayların niteliğinin tespiti, kimliği meçhul şahısların kimliklerinin tespit edilmesi, kişinin gerçek yaşının tespit edilmesi, kişinin cezai ehliyetinin olup olmadığı, 12-15 yaş arası çocuklarda farik ve mümeyyizliğin tespiti amacıyla yapıldığını belirtmek gerekir.³

Ceza muhakemesinde hakimın, hukuka uygunluk şartı kapsamında, huzuruna getirilen delilleri vicdani kanaati ile serbestçe takdir etme hakkı hem Anayasa m.138 hem de CMK m.217/1’de düzenlenmiştir. Beden muayenesinin asıl amacı; tedbirin değerlendirilmesinde etkili olan ve işlemin sınırlarını çizen ceza muhakemesi ilkelerine bağlı kalarak işleme konu olayla ilgili maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yarayan bilimsel nitelikteki delilleri elde etmektir.

Beden üzerinde delil niteliğinde olabilecek belirtilerin, hücrelerin kendilerini sürekli olarak onarmaları ve yenilemeleri sebebiyle değişikliğe uğraması veya yok olması beklenen bir durum olarak kabul edildiğinden, şekil değiştirmeden elde edilmesi olayın aydınlatılması açısından gereklidir. Ayrıca beden muayenesi sonucu elde edilen deliller; yargılama konusu olayın ispatında, kişinin sağlık durumuna ilişkin tespit yapılmasında, suçun nitelendirilmesinde, cezanın türü ve miktarının belirlenmesinde önemli rol oynar.

Amaca uygun işlem yapılması, mevzuatta belirtilen koşulların somut olay için mevcut olması ile mümkündür. Bu işleme bir suç şüphesi yaratmak ve soruşturma aşamasına başlamak için başvurulamayacak, sadece mevcut delilleri çürütmek ya da kuvvetlendirmek amacıyla bu işlem yapılabilecektir.⁴ Deney veya deneme amacıyla insan bedeni üzerinde araştırma yapmak için beden muayenesi hükümlerinden yararlanmak olanaksızdır.⁵ İdari yaptırım uygulamak veya

³ Bıçak, Vahit (2018), Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları, s. 696, Bağlar, s.24.

⁴ Aksoy İpekçioğlu, s.23, Aygün, Aydın (2017), “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0 (8), s.57.

⁵ Dursun, Gizem (2017), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19 (Özel Sayı-2017), s. 2959, Sarsıkoğlu, Şenel (2013), “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (2), s. 696, Kareem, Ola Raheem , Zorlu, Süleyman Emre (2021), “Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kadının Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, Gaziantep University Journal Of Social Sciences, 20 (3), s.1155.

toplumsal baskı amacıyla yapılan bekaret kontrolleri⁶ ve diğer tüm muayene ve örnek alma işlemleri de delil elde etme amacı taşımadığı için bu anlamda nitelendirilemez.⁷

Uygulamada, küçük çocukların bisikletten veya tahterevalliden düşmesi sonucu cinsel organının zarar gördüğü gibi bahanelerle, aslında bekaret kontrolünün gerçekleştirilmesi hedeflenerek genital muayenesinin yapılması istemiyle karşılaşılmaktadır. Bu noktada beden muayenesinin amaç dışı uygulanmasının, toplum düzenini ve kişilik haklarını olumsuz etkileyeceği ortadadır. Bu nedenle, beden muayenesi tedbirinin amacının kanunda açıkça düzenlenmesi, hakların korunması ve işlemin yapılması bakımından güvence teşkil etmektedir.

1.2. Hukuki Niteliği

Beden muayenesi tedbirinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesindeki kriterlerde; düzenlendiği yerin başlığı, düzenlenme şekli, işlemin yapılış tarzı ve işlemi gerçekleştirmekle yetkili kılınan kişiler önemli rol oynar. Başvurulacak işlemin hukuki niteliğinin doğru belirlenmesi ile koruma altına alınması hedeflenen temel hak ve hürriyetlerin güvencesi sağlanmış olur.

Beden muayenesi işlemi 5271 sayılı CMK'nın üçüncü kısmı olan “*Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif*” başlığı altında, “*Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi*” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu durum beden muayenesi açısından farklı görüşlerin ortaya çıkmasının temel sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, beden muayenesi hem bilirkişi incelemesi gerektiren bir işlem olması hem de koruma tedbiri niteliğine olması sebebiyle karma bir yapıya sahiptir.⁸ Başka

⁶ Nuhoglu, Ayşe (2019), “Genital Muayene Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21 (Özel Sayı), s. 2988: “...01.06.2005 öncesinde mevzuatta, sırf bekaret tespiti amacıyla hymen muayenesine izin veren hükümler vardı...”.

⁷ Kızıllarslan, Hakan (2007), Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma (doktrin ve uygulama), Ankara: Kızıllarslan Serisi 1 s.223-225, Sarsıkoğlu s.699.

⁸ Aygün, s.52, Akbulut, Berrin (2016), “Dış Beden Muayenesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0 (27), s.89, Koyuncu, Rabia Gökçe (2020), Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, s.40, Kareem, Zorlu, s.1155, Sarsıkoğlu, s.697, Bağlar, Yunus Emre (2021), Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması (1. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.35-36, Aksoy İpekçioğlu, s.22, Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker (2017), Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.450.

bir görüŖe göre, beden muayenesi tedbiri karma yapıda olup bilirkiŖi, keŖif ve koruma tedbiri niteliğine sahiptir.⁹ Diğeri bir görüŖe göre; beden muayenesini gerçekleŖtiren kiŖilerin hekim/sağlık personeli olması sebebiyle keŖif kurumuna girmemesi ve bilirkiŖinin uzmanlığına göre mahkemece bizzat görevlendirilmesi gerekirken beden muayenesinde hekim olması yeterli olup bizzat görevlendirilmemesi sebebiyle bilirkiŖi kurumuna girmemesi gerekmektedir.¹⁰

BilirkiŖilik kurumu CMK m.63/1’de “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkiŖinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, Ŗüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiğı hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkiŖiye başvurulamaz...” şeklinde düzenlenmiştir. Beden muayenesi, ceza muhakemesinde bilirkiŖi incelemesini zorunlu kılan hallerdendir.¹¹

Beden muayenesini gerçekleŖtirenlerin; tabip veya sağlık mesleğı mensubu kiŖi olması, muayenenin tıbbi işlem olması nedeniyle teknik bilgi gerektirmesi, işlemi yaparken teknik araçlar yardımıyla uzmanlığın kullanılması, elde edilen verilerin bu kiŖiler tarafından değerlendirilmesi, somut olay bakımından bu kiŖilerin çıkarımda bulunması ve hakim veya Cumhuriyet savcısının bu işlemi kendisinin gerçekleŖtirememesi zorunlu olarak bilirkiŖiye başvurulmasına neden olmaktadır. Ayrıca, muayeneyi gerçekleŖtiren kiŖiler tarafından yapılan değerlendirmelerin ve

⁹ Özkan, Ceren (2018), Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi, s.13, Fırat, s.10, Apiş, Özge (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ŗüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18 (1), s.272, Doğan, Recep (2019), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, TBB Dergisi, (142), s.98, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.536.

¹⁰ Adar Özdemir, Çiğdem (2020), Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.66.

¹¹Gökçen, Ahmet, Balcı, Murat, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim (2021), Ceza Muhakemesi Hukuku (5. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.354, Yıldız, Ali Kemal (2006) “Ceza Muhakemesi Hukukunda BilirkiŖilik”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,X (3-4), s.290, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/18, K. 2019/378, K.T.:07.05.2019 , Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/16-1161, K. 2019/126, K.T.: 21.02.2019 , Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/29, K. 2020/145, K.T.: 03.03.2020, Öntan, Yaprak(2014), Ceza Muhakemesi Hukukunda BilirkiŖilik , Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.68, Yenerer Çakmut, Özlem (2008): “Tıp Ceza Hukukunda BilirkiŖilik”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1Mart 2008, Ankara, TBB Yayınlar, Ankara, s.1157, Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe (2019), Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.217.

işlemlerin doğruluğu, başka bir hekim veya sağlık personeli tarafından yapılan yoruma göre belirlenir. Beden muayenesi ile kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığına sağlık mesleği mensubu kişi tarafından karar verilmesi, işlemin bilirkişi başlığı altında incelenmesine sebep olarak gösterilebilir.

Beden muayenesi işlemini gerçekleştiren adli tıp uzmanı hekimler, toplum sağlığı merkezi hekimleri ile aile hekimleri (Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği m.10), adli tıp kurumu¹² (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m.1), Yükseköğretim Kurumları veya birimleri (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m.31) bilirkişi olarak görev yapan önemli kurumlara örnek olarak gösterilebilir.¹³

Buna ek olarak, beden muayenesi sırasında tıbbi görüntüleme yöntemlerine başvurulduğunda, işlemin alanında uzman kişilerce yapılması bir gerekliliktir. Teknolojik gelişmelerin ve ilerlemelerin tıbbi aletlerin değişimine yaptığı katkı nedeniyle bu aletlerin kullanımında kişilere zarar vermemesi amacıyla teknik bilgi ve uzmanlık gerektiği görülmektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik'te, bilirkişi faaliyetine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmaması işlemin niteliğini değiştirmemektedir. Oysaki, "*Moleküler Genetik İncelemeler*" tedbirinde özel olarak bilirkişi incelemesini ve atanmasını düzenleyen hükümlerin bulunması, beden muayenesi işlemi için de uygulamada bilirkişiye dair sorunların çözümü bakımından böyle bir düzenlemenin gerekli olduğunu göstermektedir.

Kanaatimce, beden muayenesinin "*Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif*" başlığı altında düzenlenmesi, beden üzerinde yapılan incelemenin ve işlem sürecinin keşif işlemine benzer nitelikte olmasının yanında zorunlu olarak bilirkişilik faaliyetine konu edilmesinden kaynaklanmaktadır. Keşifte asıl olarak delillerin, olay yerinin, olayda kullanılan araçların, suçun konusunun durumlarına bakılarak olayın meydana geliş koşullarına ilişkin bilgi edinilmesi, daha

¹² Yargıtay, 1. CD., E. 92/2310, K. 92/2539, K.T. 30.10.1992, Aycan, Nihat (1997), Adli Tıp Kurumunun Adli Mekanizma İçindeki Yeri ve Anlamı, Journal of Istanbul University Law Faculty, 55 (4), s.281-282.

¹³ Kızıllarslan, s.307-316, Çınar, Ülkü (2009), Adli Tıp ile İlgili Olaylarda Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi, Adli Bilimler Dergisi, 8(2), s.37, Şimşek, Uğur (2014), "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), s.3545, Yenerer Çakmut, s.1159, 1162, 1164.

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 araştırmalar yapılmaktadır.¹⁴

Beden üzerinde bir durum incelemesi yapılması, keşif benzeri bir işlemdir. Hakim, doğrudanlık ilkesi gereğince, önüne gelen olaylarla ilgili teknik ve özel bilgi gerektirmeyen durumlarda bedenın dış yüzeyini gözle inceleyebilir. Hakim tarafından yapılan beden incelemesi, bir muayene işlemi olmadığından¹⁵ bilirkişilik kurumuna başvurulmasına engel teşkil etmez.

Muayene işlemlerinin, tıbbi bilgilerden faydalanma ihtiyacı gerektirmesi nedeniyle hakimin uzmanlık alanının dışında olduğu ve hekim veya sağlık personeli tarafından yapılması gerektiği yasal mevzuatta belirtilmişse de adli rapora göre karar verecek hakimin, tamamen olmasa da bedenın görünen yüzeyleri için raporun doğruluğunu ve hekimin incelemeyi unuttuğu bölgelerin olup olmadığını karşılaştırabileceği yöntemlerden biri olarak yaptığı incelemenin de keşfe benzediği kabul edilebilir.

Bilirkişi olarak görevlendirilen hekimlerin izledikleri muayene süreçleri de bir çeşit keşif süreci olarak düşünülebilir. Doktrinde bir görüş, mağdurun vücudundaki yaralanma yerinin incelenmesini keşif olarak kabul etmiştir.¹⁶ Kanaatimce, muayene işlemini gerçekleştirecek kişiler tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişiler olarak belirlendiğinden ve CMK m.83'te “ *Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.*” düzenlenmesine yer verildiğinden muayene kapsamında hekim tarafından yapılan işlemlerin keşif olduğunu söylemek mümkün değildir.

Beden üzerindeki izlerin ve yaraların yapısının hızlıca değişmesi nedeniyle hakim tarafından yapılan incelemenin sonuca ulaşmada yardımcı olmayacağı düşünülse de beden

¹⁴ Yıldız, Ali Kemal (2007), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65 (1), s.128.

¹⁵ Karşı yönde Bkz.: Kişi üzerinde gerçekleştirilen keşfe “*hakim muayenesi*” denileceği hususu hakkında: Yenisey, Nuhoglu, s.621.

¹⁶ Sarı, Necip (2022), Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, s.73, Adar Özdemir, s.65.

üzerindeki yaralar, izler, sıyrıklar, ezilmeler, kabartılar, morluklar, kızarıklıklar ve bunların dereceleri, doğrultuları, vücuttaki konumları hakim tarafından suça ilişkin yapılacak değerlendirmede kullanılır. Ayrıca, beden muayenesinde kişiler sadece fiziksel yönden değil psikolojik yönden de incelenebilir. Hakim ve hekim, kişilerin tepkisini ve vücut hareketlerini bir bütün kapsamında değerlendirir. Sonuç olarak, beden muayenesi işlemlerini gerçekleştirmekle görevlendirilen kişilerin, keşif işlemlerini gerçekleştiren kişilerden farklı olması nedeniyle muayene işleminin keşif niteliğinde olduğu söylenemese de inceleme amacı ve yapılış şekli nedeniyle keşif işlemine benzer nitelikte olduğu söylenebilir.

Koruma tedbirleri, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine haiz olan yetkililer tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvurulmuş ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çaredir.¹⁷ Koruma tedbirlerine, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu için ancak yasal bir dayanak varsa başvurulabilir.¹⁸ Beden muayenesi işlemi ise CMK'nın “Koruma Tedbirleri” başlığı altında düzenlenmemesine rağmen işlemin ön koşulları ve uygulanma koşulları koruma tedbirlerinin ortak özelliklerine benzer şekilde düzenlenmiştir.

Beden muayenesi, işlenen bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mutlaka yetkili mercilerin kararıyla, hükümden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran işlemdir. Koruma tedbirlerinin uygulanmasında ortak bir süre belirtilmese dahi, beden muayenesinin mümkün olan en kısa sürede tamamlanması, süreklilik taşınamaması ve araç olması nedeniyle amaca ulaşıldığında son verilmesi gerekli olan bir işlemdir. Beden muayenesi işlemi, belli bir yoğunluğa sahip suç şüphesinin ve olay özelinde elde edilmiş olan somut delillerin varlığına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, her somut olay için o olaya uygun somut gerekçeler belirtilerek karar

¹⁷ Öztürk, Bahri, Kazancı, Behiye Eker, Güleç, Sesim Soyer (2017), Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.23, Doktrindeki benzer tanımlamalar için bkz.; Aygörmüş, Gülsün Ayhan (2022), Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri (1. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.21,25, Turinay, Faruk Yasin (2021), Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(2), 479, Kahraman, Recep (2021), “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1) , s.279-280, Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan (Ed.) (2022), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.139.

¹⁸ Kahraman, s.280, Şahin, Göktürk, s.139.

verilmesi gerekir.¹⁹ Yargıtay bir kararında Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında sanıktan idrar örneği almasına rağmen bu halin varlığını gerekçelendirip Sulh Ceza Hakiminin onayına sunmamasını hukuka aykırı bulmuştur.²⁰

Kanaatimce; beden muayenesi tedbiri, yukarıda belirtilen kurumlar çerçevesinde karma niteliğe sahip bir işlemdir. Beden muayenesinin amacı; bir suça ilişkin delil elde etmek, delilin yapısı bozulmadan ve şekil değiştirmeden güvence altına almak olduğu için hukuki niteliği bakımından koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığı söylenebilir. Beden muayenesi tedbiri, teknolojik gelişmelerin yarattığı bu yeni düzende bilimsel nitelikteki delillerin elde edilmesine ve bu yolla sanık veya şüphelinin işlenen suçla ilgisinin ortaya çıkarılmasına yardımcı olduğu için koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmese dahi işlemin koruma tedbirinin özelliklerini uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca beden muayenesi işleminde, kişilerin haklarının kısıtlanmasının karşısında kamu yararına uygun bir hizmette bulunulduğu açıktır. Doktrinde bir görüş, beden muayenesinde yakın tehlikenin delilin kaybolması olduğu ve tehlike yakinken tehlikeden korunmaya çalışıldığı için koruma tedbiri niteliği taşıdığını savunmaktadır.²¹

CMK'daki beden muayenesi hükümlerinin yetersiz şekilde düzenlenmesi nedeniyle koruma tedbirlerinin ortak özelliklerini eksiksiz taşıdığı söylenemez. Şüpheli ve sanığa ilişkin dış beden muayenesinin, kanunla düzenlenmemiş olması ve işlem şartlarının açıkça belirlenmemesi hukuki niteliği bakımından tartışmalara neden olsa bile önemle belirtilmelidir ki bu işlemlerle hükümden önce temel haklara müdahalede bulunulması ve maddi gerçeğe ulaşmada araç olarak kullanılması koruma tedbirleriyle ortak olan özelliklerindendir. Muayene işleminin, Anayasa koruması altında olan temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması nedeniyle ceza muhakemesine hakim olan ilkelere uygun olarak hem yasayla düzenlenmesi hem de daha sıkı şartlar altında detaylı ve açıklayıcı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

¹⁹ Karakoyunlu, Mert (2021), "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal, 8 (1), s.16, Şen, Ersan, Eryıldız, H. Sefa (2017), Elkoyma, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 181-182.

²⁰ Yargıtay, 12. CD., E. 2021/1748, K. 2021/8593, K.T.:07.12.2021.

²¹ Aksoy İpekçioğlu, s.21.

1.3. Beden Muayenesi Tedbirine Hakim Olan İlgili Ceza Muhakemesi İlkeleri

1.3.1. Hukuk Devleti İlkesi

Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında düzenlenen işlemlerin hukuk devleti ilkesine uygun şekilde yapılması gerekir. Hukuk devleti ilkesi Anayasa'nın 2. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin güvence altında alınması hukuk devleti açısından önemli bir gerekliliktir.²²Beden muayenesi ile temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunarak hukuk kurallarına uygun delil elde edilmesi amaçlandığı için işlemin Anayasa'ya ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti ilkesini “*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlet*”²³ olarak tanımlanmıştır.

Mülga CMUK m.66'da “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır.*” düzenlemesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktaydı. Mülga CMUK m.66'da beden muayenesi için uygulanan hükümlere bakıldığında kanun düzenlemesi detaylı olarak yapılmadığı, Anayasa çerçevesinde çizilen sınırın korunmadığı, işlemin yargılamanın belli bir evresi için düzenlendiği ve hak ihlallerine yol açtığı görülmektedir.

²² Özalp, Handan (2021), 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması ve Durdurulmasındaki Kriterlerin Hukuk Devleti İlkesi Çerçevesinde İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Arel Üniversitesi, s.57, Şen, Ersan, Yıldız, Ali Kemal, Duymaz, Erkan, Aksüt, Ertekin, Maviş, Mert, Başer Bergün, Beyza, Şahin, Buğra, Ervan, Mehmet Vedat, Erdem, Erkan (2022), Ceza Avukatının Başvuru, Kitabı (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.85-86 Şentop, Seniha Begüm (2022), Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 9 (1) , s.78, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.113.

²³ AYM, E.2021/83, K.2022/168, K.T.:29/12/2022, AYM, E.2022/156, K.2023/58, K.T.:22/03/2023, AYM, E.2021/18, K.2022/97, K.T.:08/09/2022.

Anayasa'nın değiştirilemeyecek niteliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesi, keyfilige müsaade etmemektedir.²⁴ Beden muayenesini düzenleyen hükümler; hukuk devleti ilkesine uygun olarak açık, kesin ve sınırları belli olacak şekilde kanunla düzenlenmeli, ölçülülük ilkesine uymalı, hukuki güvenlik temin etmeli, Anayasa'nın bütünlüğüne uygun olarak temel hak ve hürriyetlerini korumalı, kanun önünde herkese eşit olarak uygulanmalı, demokratik toplum gerekleri ölçütüne uygun olmalı ve maddi gerçeğe ulaşma konusunda elverişli olmalıdır. Kişilerin ceza yargılamasındaki sıfatlarına bakılmaksızın temel hak ve özgürlüklerine en az müdahalede bulunarak gerçekleştirilmeye çalışılması bu ilkenin bir sonucudur.

Hukuk devleti ilkesi gereği, beden muayenesinin kanunla düzenlenmesi yeterli değil, uygulamada da bu düzenlemeye uygun şekilde işlemin yapılması gerekir. Beden muayenesi ile ilgili kararlar hakkında kanun yoluna başvuru hakkının bulunması, hukuk devletinde yaşayan insanlara sağlanan bir güvencedir.²⁵ Beden muayenesinin hukuka aykırı uygulanması nedeniyle tazminat talep edilebilmesi de hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin kanunla düzenlenmemesi, işlemin uygulamada nasıl gerçekleştirileceği hususunda farklı görüşlere neden olmasının yanında Anayasa'ya aykırı bir düzenleme olarak hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

CMK'da kadının beden muayenesi işlemi özel bir hükümle düzenlenmiştir. Hukuk devleti ilkesi gereği, kişilerin kanun önünde eşit hukuki güvenceye sahip olması gerekirken kadının beden muayenesini düzenleyen hükmün bu ilkeyle çeliştiği söylenebilir. “*Kadının Beden Muayenesi Düzenlemesinin Değerlendirilmesi*” başlığı altında detaylı şekilde açıklandığı üzere sadece kadına tanınan utanma ve mahremiyet duygusu, eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme olup hukuk devleti ilkesi gereği tekrardan düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı gerçekleştirilen beden muayenesi işleminin birçok suç tipinin işlenmesine neden olması veya beden muayenesinin kişinin mağduriyetine sebep olacak şekilde düzenlenmemesi hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul edilebilir.

²⁴ Bağlar, s.59, Teziç, Erdoğan (2019), Anayasa Hukuku (23. Bası), İstanbul: Beta Basım Yayın, s.162, Çöpoğlu, Hakan Serdar (2019), "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi 77(1), s.163, Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergün, Şahin, Ervan, Erdem, s.85

²⁵ Özbudun, Ergun (2018), Türk Anayasa Hukuku (18. Baskı), Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.124

1.3.2. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

İnsan onuru kavramının hukuk düzeninde kabul edilen ortak bir tanımı yoktur.²⁶ Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre; “*insan onuru denildiğinde salt insan olmak sebebiyle kişinin sahip olduğu değer, saygınlık ve itibar*”²⁷ olarak tanımlanabilir. Beden muayenesi işlemine maruz kalan şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişiler açısından insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi herkese eşit olarak uygulanır. Bu durum, hukuk devleti olmanın da bir sonucudur.²⁸

Ceza Muhakemesi Hukuku işlemlerinin, Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan insan onuru dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Koruma tedbirlerinin, insan onurunun korunmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Beden muayenesinin, koruma tedbiri özelliklerinin ağır basması ve temel haklarla zorunlu ilişki içinde olması nedeniyle yapılacak işlemin insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmemesi bir zorunluktur. Anayasa’nın 5. maddesi, devletin temel amaç ve görevlerinden birinin “...*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” olduğunu belirtmiştir. Anayasa m.17 “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklinde düzenlenerek insan onurunun korunması kapsamında işkence yasağına da dikkat çekmiştir.

Zorla gerçekleştirilen beden muayenelerinin genellikle insan onurunun dokunulmazlığını ihlal eden niteliğe sahip olduğu düşünülebilir. Bu duruma örnek olarak; cinsel suçlarla ilgili yürütülen bir yargılamada “*Hiçbir toplumsal değer bir çocuğunun, rızası dışında maruz kaldığı, cinsel organlarının zorla muayenesi sırasında duyduğu utanç ve aşağılanmayı*

²⁶ Bağlar, s.53, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.115, Kaya, Semih Batur (2022), “Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2), s.344, Arslan, Kahan Onur (2015), “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(120), s.156.

²⁷ İnci, Zekiye Özen (2017), “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2), s.127, Benzer tanımlamalar için Bkz.; Kaya, s.339, Arslan (2015), s.157.

²⁸ Doktrinde benzer görüşler için Bkz.; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe (2017), s.49, Arslan (2015), s.168.

*haklı gösteremez.*²⁹ şeklinde gerçekleştirilen savunmanın insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine yaptığı vurgu gösterilebilir. İnsan onuru ile bağdaşmayan bir muayene işlemi, iç beden muayenesi veya dış beden muayenesi olması fark etmeksizin hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bu durumun önüne geçmek amacıyla daha sıkı koşullarla düzenlenen, yasal zorunluluğa dayanan, orantılılık ilkesine uygun gerçekleştirilen, insanlık dışı ve kötü muamelenin uygulanmadığı bir sistem içinde ve uygun koşullar mevcut olduğunda muayenenin gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, iç beden muayenesi işleminin emniyetten önce kişinin elleri kelepçeli şekilde ve polis memuru tarafından yapılması insan onuruna aykırı kabul edilecektir.

Özellikle yargı kararlarında, beden muayenesi işleminin sınırlarının belirlenmesinde insan onuru dokunulmazlığı değerlendirilmesi yapılmaktadır. İHAM bir kararında, jinekolojik muayenenin kişinin sıkıntı duymasına yol açması ve bu muayenenin yapılması için iki kez hastaneye götürülmesi³⁰ olayını küçük düşürücü muamele olarak kabul etmez. Rızaya uygun şekilde beden muayenesi işlemi yapılması durumunda, insan onurunun dokunulmazlığına aykırı davranıldığı söylenmemelidir.

Sonuç olarak, insan onuru yaşanan dönemin koşullarına göre ve toplumun yaşam tarzına göre her dönem farklı şekilde tanımlanmış ve sınırları belirlenmiştir. İnsan onurunun dokunulmazlığı kapsamında İHAM yargı kararlarında, yapılacak işlemlerin insan onuruna etkisi için asgari bir sınır belirlemeye çalışmıştır. Buna göre mahkemeler, her somut olay için olayın niteliğine ve işlemin gerekliliğine göre ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunarak insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal edip etmediğine karar vermek zorundadır. Özellikle zorla yapılan beden muayenesi işlemi için insan onurunun sınırlarının belirlenmesi hukuki bir gerekliliktir.

1.3.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Özel hayat, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, öz yaşam, özel yaşam olarak tanımlanmıştır.³¹ Özel hayat, Anayasa’da ve kanunlarda

²⁹ Altun, Gürkan, Özçelik, Ziyet, Karaca, Deniz (2019), “Cinsel Suç Mağdurlarının Muayenelerinde Etik Yaklaşımlar ve Hukuki Sonuçlar”, Toplum ve Hekim Dergisi, 34 (2), s.96.

³⁰ Turan/Türkiye, İHAM Başvuru No: 879/02, K.T.: 02.03.2006.

³¹ <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 17.05.2023.

tanımlanmamıştır. Mahkemeler, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunur ve özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğine karar verir. Anayasa m.20/1’de özel hayatın gizliliği “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa tarafından koruma altına alınan bu ilke uluslararası alanda çeşitli sözleşmelere de konu olmuştur. İHAS m.8 “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.12 “*Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışamaz, onuruna ve adına saldırılamaz.*” şeklinde düzenlenmiş olup özel hayata saygı gösterilmesinin zorunlu olduğunu belirtmişlerdir. İHAS, özel hayat kavramını daha geniş ele almaktadır:³² “(1) *Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*”

İHAM, tıbbi müdahaleyi özel hayata müdahale olarak kabul etmektedir.³³ Bu görüşe göre, beden muayenesi de tıbbi müdahalenin bir türü olduğu için özel hayata müdahale söz konusudur. Gerçekleştirilen muayene işleminin, demokratik toplumun gerekliliği olarak Anayasa’da belirtilen şartlara uygun yapılması gerekir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Kısaca Biyotıp Sözleşmesi) 10. maddesi “(1) *Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. (2) Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. (3) İstisnai durumlarda, 2nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.*” şeklinde

³² Bağlar, s.62, Birtane, Şermin (2021), “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 38 (2), s.59.

³³ Hakeri, Hakan (2023), Tıp Ceza Hukuku (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.21.

düzenlenerek kişinin sağlığı ile ilgili bilgilerin özel hayat kapsamında olduğunu ve gizliliğinin ihlal edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Beden muayenesi işlemini gerçekleştirmesi amacıyla görevlendirilen tabip veya sağlık mensubu kişinin meslek sırrı gereği, muayeneye maruz kalan kişinin özel hayatının gizliliği kapsamındaki bilgileri ve verileri ihlal etmemesi gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği de özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine önem vermiş ve “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” başlıklı 21. maddesinde bu ilkeye uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa m.20/3’te belirtildiği üzere; kişisel veriler de özel hayat kapsamında ele alınmıştır. Kişisel verilerin neler olabileceği hususunda sınırların belirlenmesi mümkün değildir. Beden muayenesi sonucunda kişinin cinsel hayatı, cinsel yaklaşımları, sağlık durumu, genetik verileri, psikolojik durumu, tıbbi özgeçmişi gibi beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin elde edilen veriler, sağlık verileri niteliğinde olup özel hayat kapsamındaki verilere örnek olarak sayılabilir.³⁴ Özel hayatın gizliliği gereğince, kişinin kendisine ait olan ve kamuda açıkça bilinmeyen tüm bilgileri üzerinde denetim hakkı vardır. Örneğin, adli muayene kapsamında çekilen fotoğraf veya videonun basına sızdırılması özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Başka bir görüş, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin CMK’da düzenlenmemesini, özel hayatın gizliliğinin koruması kapsamını daralttığını savunmaktadır.³⁵

Bu ilke kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer konu; kişisel sağlık verilerinin, fiziki ve elektronik ortamlarda kayıt altına alınması ve sağlık kuruluşlarında bu bilgilere erişim imkanının bulunuyor olmasıdır. Medula, Sağlık-net, E-reçete, E-nabız, Bulut Bilişim, Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri, Aile Hekimliği Bilgi Sistemi gibi sağlık mesleği mensupları tarafından kullanılan sistemlerde³⁶, kişisel sağlık verilerimiz kayıt altına alınmaktadır.

³⁴ Doktrinde benzer yöndeki görüşler için Bkz.: Aydın, Nizamettin (2013), “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136.)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2), s.11, Özdemir, Murat, Yılmaz, Metin, Kaya, Hakan (2022), “Kişisel Sağlık Verilerinin 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Korunması”, 19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi, 3 (1), s.86, Alçın, Ayşe Aslı (2022) “Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0 (51), s.374.

³⁵ Bağlar, s.63.

³⁶ Atalay, Havva Nur (2021), “Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması”, Journal of Academic Perspective on Social Studies, (1), s.2.

Her ne kadar E-nabız sisteminde, kişisel sağlık verilerimizin hangi hekim tarafından görüntülenebileceğini (Örneğin; Hiçbir hekim verilerimi görmesin veya sadece aile hekimim/ muayene olduğum hekim görebilsin vs.) seçme hakkımız olsa da muayene olmak için sisteme onay verilmesi üzerine verilerimize erişim imkanı sağlamaktadır. Bu sistemlerde koruma altında olan verilerimizin, ilgili olmayan sağlık çalışanları veya sağlık kurulu çalışanları tarafından öğrenilmesi, özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı kabul edilecektir.

Özellikle kullanılan ilaçların, raporların ve tanıların işlendiği bir sistem olan Medula³⁷ sisteminde, başta eczacılar ve optisyenler olmak üzere hekimler ve sağlık personelleri tarafından sağlık verilerine erişim yapılmaktadır. Özel hayatın gizliliği gereği, verilere erişim hakkının belli ölçütlere göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu noktada özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilen sağlık verileri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.6/3'te *“Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”* şeklinde düzenlenerek koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Kişinin beden muayenesi sırasında, sağlığı ile ilgili kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi nedeniyle işlem şartı olan sağlığın korunmasına ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için bu verilerine ulaşılabilmesi gerekmektedir. Önemle belirtilmelidir ki, amaca uygun bir veri işleme söz konusu olsa dahi bu verilere kim/kimler tarafından, hangi ölçüde ve ne kadar süre boyunca erişilebileceğinin belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde, sağlık hizmetleri adı altında gerçekleştirilecek her işlem, adli nitelikte olsun veya olmasın, kişisel verilerin ele geçirilmesine veya yayılmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, özel hayatın gizliliği ilkesi, beden muayenesi bakımından oldukça önemli ve hakların güvencesi açısından gerekli bir ilkedir.

³⁷ Gülce Altundağ, Tutku (2022), “Kişilerin Sağlık Verilerini Paylaşmaya Zorlanması Bağlamında Medula Genelgesi”, Türkiye Biyoetik Dergisi, 9(4), s.164.

1.3.4. Adil Yargılanma İlkesi

Adil yargılanma ilkesi, ceza muhakemesi işlemlerinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi sağlamasının yanında hukuki güvenilirliği artırması hususunda da önemli bir ilkedir. Bu ilkenin kaynağı Anayasa ve çeşitli sözleşmelerden gelmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*” şeklinde düzenlenmiş olup adil yargılanma hakkının herkes için uygulanacağını belirtmiştir. Hukuk devletlerindeki bağımsız ve tarafsız mahkemeler, adil yargılama yapmakla mükelleftir.³⁸

İHAS m.6'da ise “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiş olup adil yargılanma ilkesi kapsamında sayılan haklar belirtilmiştir. İlgili hükümlerde belirtildiği üzere adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız mahkemenin olması, mahkemeye erişim hakkının bulunması, yargılamaya etkili katılım sağlanabiliyor olması, yargılamanın aleni ve makul sürede gerçekleşiyor olması gerekir. Demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkı, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da önemli bir yere sahiptir.

Beden muayenesi işleminin yapılma amacının “*bir suça ilişkin delil elde etmek*” olduğunu belirtmiştik. Şüpheli, sanık veya diğer kişilerin, silahların eşitliği gereği mahkemeye delil sunma hakları bulunmaktadır. Tedbirin uygulanması, temelde maddi gerçeğe ulaşmaya dayandığından adil yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁸ Torun, Fatih (2020), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı, Anayasa Yargısı, 37 (1), s.281,285, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı-Görevli Olmayan Mahkemece Yargılanma/Kanuni Hâkim İlkesinin İhlali (2023), (Çevrimiçi), <https://www.hukukihaber.net/bagimsiz-ve-tarafsiz-mahkemede-yargilanma-hakki-gorevli-olmayan-mahkemece-yargilanmakanuni-hakim-ilkesinin-ihlali> E.T.: 07.09.2023.

Kişilerin üzerinde gerçekleşecek işlem hakkında doğrudan bilgilendirilme yapılması da adil yargı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.³⁹ Beden muayenesinin kanunda gösterilen esaslar çerçevesinde, hukuka uygun şekilde yapılması sonucu elde edilen bilimsel delillerin yargılamada ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi adil yargılanma ilkesinin gereğidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, iç beden muayenesinin hukuka aykırı şekilde yapılması sonucu elde edilen delile dayanarak mahkumiyet kararı verilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁰ Beden muayenesini gerçekleştirmek amacıyla görevlendirilen kişinin yapmış olduğu işlem, bilirkişilik niteliğinde olduğu için bu kişilerin dinlenmesi de bu hak kapsamındadır.

Beden muayenesi işleminin uygulanma koşullarından bir olan sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması, insan haklarını koruyarak yapılan ve adil yargılamayı destekleyen bir düzenlemedir. Mahkemelerin re'sen beden muayenesi kararı verebilmesi, beden muayenesi sırasında kişilerin susma hakkının kullanabilmesi, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin beden muayenesinden çekinebilmesi adil yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilebilir.

CMK m.75 ve m.76 kapsamında, işlemin yapılması için istemde bulunabilecek kişiler açıkça belirtilmiştir. Beden muayenesi işleminin gerçekleştirilmesi için iddia makamlarına tanınan talep hakkının, savunma hakkı kapsamında bedeni üzerinde işlem gerçekleştirilecek olan kişilere tanınmaması adil yargılanma ilkesi açısından çelişkili bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.

Yargılama sonucunda verilen kararın gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ile verilen hükmün denetime tabi tutulmasını isteme hakkını da beraberinde getirmektedir.⁴¹

³⁹ Bağlar, s.70, Dirim, Vuslat (2015), “Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları)”, Journal of Penal Law and Criminology, 3 (2), s.171.

⁴⁰ AYM, B.P.O. Başvurusu, Başvuru No: 2015/19012, K.T.: 27/03/2019.

⁴¹ İçer, Zafer (2023), Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.68, Doktrinde benzer yöndeki görüşler için Bkz.: Albal, Hilal (2021), “Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2), s.1245, <https://www.hukukihaber.net/gerekceli-karar-hakki-1> E.T.: 08.09.2023.

Beden muayenesi açısından işlemin delil elde etme hususunda gerekli olduğu, gecikmesinde sakınca bulunan durumun mevcut olduğu, başka yöntemlerin değerlendirildiği ve son çare olarak başvurulması gerektiği hususlarının gerekçelendirilmesi adil bir yargılanmanın yapılması açısından önemlidir. Gerekçe, yargı kararlarındaki keyfiliği de ortadan kaldırır.⁴² Bu sebeple beden muayenesi işleminin yapılması kararının, adil yargılanma ilkesine uygun olarak geçerli bir gerekçeye dayanılarak verilmesi gerekir.

1.3.5. Susma Hakkı ve Aleyhe Delil Göstermeye Zorlanamama Hakkı

Şüpheli ve sanığa, adil yargılanma ilkesi kapsamında tanınan ve hukuka uygunluk değerlendirmelerinde ölçüt kabul edilen haklardan biri olan nemo tenetur ilkesi, Anayasa’da güvence altına alınmıştır. Anayasa m.38/5’teki “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” hükmü nemo tenetur ilkesine dayanak oluşturmaktadır. Nemo tenetur, aleyhe delil vermeye ve suçlayıcı beyanda bulunmaya (susma hakkı) zorlanamama olmak üzere iki temel esasa dayanmaktadır. Suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, sadece iç hukuk kurallarımıza değil uluslararası sözleşmelere de konu edilmektedir.⁴³ İHAS m.6’da açıkça düzenlenmemesine rağmen adil yargılanma ilkesi kapsamında İHAM tarafından sıklıkla değerlendirmeye alınmaktadır.⁴⁴

Suçlayıcı beyanda bulunmamanın yansıması olarak karşımıza çıkan susma hakkı, iddia ve savunma makamları arasındaki dengenin sağlanması amacıyla kişilerin *savunma haklarının*⁴⁵ bir unsuru olarak değerlendirilmekle birlikte *masumiyet karinesi ilkesinin* de temelini

⁴² İçer, s.73, Albay, s.1245, Aşçıoğlu, Çetin (2003), “Yargıda Gerekçe Sorunu”, TBB Dergisi, (48), s.111

⁴³ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.14/3-g: “*Kendi aleyhinde tanıklıkta bulunmaya ya da suç itirafına zorlanmaması,*”,

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.10: “*Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.*”.

⁴⁴ Coşkun, Yuzarsif Selçuk (2021), Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 34(157), s.211-212, O’halloran ve Francis/Birleşik Krallık, İHAM Başvuru No:15809/02, 25624/02 K.T.:29.06.2007, Funke/France, İHAM Başvuru No: 10828/84, K.T.:25.02.1993, John Murray/Birleşik Krallık, İHAM Başvuru No: 18731/91, K.T.:08.02.1996, Bykov/Rusya, İHAM Başvuru No: 4378/02, K.T.:10.03.2009.

⁴⁵ İnce Tunçer, Asuman (2018), “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), s.356, İnci, s.133, Adar Özdemir, s.18, Coşkun, s.245.

oluşturmaktadır.⁴⁶ Susma hakkının, suç isnadının söz konusu olduğu durumlarda gündeme geldiği kabul edilmekte⁴⁷ ve beden muayenesi işleminin de bir suça ilişkin olduğu kabul edildiğinden susma hakkının uygulanabilmesine imkan sağlamaktadır.

Beden muayenesi işlemlerinin, susma hakkını ihlal edip etmediği hususunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu konu hakkında doğru değerlendirmeler yapılabilmesi için öncelikle susma hakkının kapsamının belirlenmesi, sonrasında da beden muayenesi işlemlerinin bu kapsam içinde değerlendirilmesi imkanına sahip olup olmadığına bakılması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre susma hakkı, kişinin beyanda bulunmama hakkı olarak tanımlanabilir.⁴⁸ Başka bir görüşe göre de susma hakkı sadece beyanda bulunmamayı değil, aynı zamanda delil göstermeye de zorlanamamasını içermektedir.⁴⁹ İHAM içtihatlarında da susma hakkının geniş yorumlandığı ve sadece beyan olarak değerlendirilmediği görülmektedir.⁵⁰

Kanaatimce, susma hakkının bu denli geniş ve amaç dışında yorumlanması, ceza muhakemesi sistematigindeki işlemlerin amaçları doğrultusunda uygulanmasını zorlaştırabilecek niteliktedir. Yasal mevzuatta, susma hakkının kesin bir tanımı yapılmamış ve sınırları belirlenmemiştir.

CMK'nın çeşitli hükümlerinde kendisine yer edinen susma hakkının, genellikle “beyanda bulunmama”, “cevap vermeme” veya “konuşmama” şeklinde düzenlendiği tespit edilmiştir. Örneğin, CMK m.147/1-e; “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının

⁴⁶ İnce Tunçer, s.358, Coşkun, s.220, Dursun, s.2988.

⁴⁷ Kocaoğlu, Serhat Sinan (2011), "Susma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, s.30, Yenisey, Nuhoglu, s.616, Temizsoy Bayram, Nihal (2018), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.49.

⁴⁸ Sencer, Rasih Feridun (2013), “Adil Yargılanma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 78 (2), s.138, Temizsoy Bayram, s. 52, Benzer yönde Bkz.: Haydar, Nuran (2019), Susma Hakkı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.24, Şahin, Göktürk, s.99, Bağlar, s.37-38, İnci, s.133, Coşkun, s.218, Doğan, s.109, Arıcan, Mehmet (2009), “Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17 (1), s.52, İnci, s.135.

⁴⁹ İnceoğlu, Sibel (2018), “Adil Yargılanma Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, s.162, Şenyüz, Doğan (2013), “Susma hakkı karşısında vergi usul kanunundaki defter ve belgeleri gizleme (kaçakçılık) suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), s.31, Adar Özdemir, s.128, Süleymanoğlu, Nurgül, “Ceza Yargılamasında Susma Hakkı”, <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerVI/1388.pdf> E.T:25.09.2023.

⁵⁰ Sencer, s.139, Adar Özdemir, s.23.

kanunî hakkı olduğu söylenir.” hükmü de susma hakkını açıklamada bulunmama olarak değerlendirildiğine işaret etmektedir. Benzer düzenleme olan CMK m.48 hükmü; “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.” düzenlemesi ile bu hak kapsamında değerlendirilmektedir. Kanaatimce, Anayasa m.38/5’te geçen “beyanda bulunmama” ifadesi ile “paralel” şekilde düzenlenen CMK hükümleri, susma hakkını beyan ile özdeşleştirmiştir.

Susma hakkının, beyanda bulunmama olarak kabul edilmesi durumunda, tartışmalara neden olan konulardan biri de beden muayenesini *vücut dili ile ifade*⁵¹ olarak değerlendirmenin mümkün olup olmayacağı ve ihlal yaratıp yaratmayacağıdır. Kanaatimce; beden muayenesini vücut dili ile ifade olarak değerlendirmek doğru değildir. Vücut dili, zihnin hareketlerinin vücuda yansımaları olarak değerlendirilebilirken beden üzerinde delil niteliği taşıyan belirtiler zihnin hareketi sonucu oluşmamaktadır. Bu nedenle, yapılan işlemin ifade olarak değerlendirilmemesi⁵² ve susma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle muayeneden kaçınılmaması gerekmektedir.

Bunlara ek olarak, beden muayenesi işlemlerinde kişiden açıklama yapması beklenmemesinin yanında hekim tarafından sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵³ Muayene işleminde, kişiden herhangi bir bilgilendirme/açıklama yapması beklenmediği için kişiyi zorlayarak konuşturmaya çalışmak hak ihlallerine sebep olacaktır. Muayene işleminden önce hastaların öyküsünün alınması gerektiği kabul edilmekle birlikte gelişen teknoloji sayesinde kişilerin kullandıkları ilaçlardan ve raporlardan geçirdikleri operasyonlara kadar her bilgi fiziki arşivlerin dışında başta Medula ve E-nabız olmak üzere Sağlıknet, E-reçete, Bulut Bilişim, Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri gibi çeşitli sistemlerde kaydedilmeye başlandığı için kişinin susması muayeneye engel sayılmamalıdır.

⁵¹ Koyuncu, s.124.

⁵² Beden muayenesinin beyanla ilgisi olmaması yönünde Bkz.: Bağlar, s.40.

⁵³ Ünver, Yener, Hakeri, Hakan (2018), Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.209, İnci, s.130, Fırat, s.44, Şanlı, s.49, Benzer yönde Bkz.: Keçelioğlu, Elvan (2015), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, Ankara Barosu Dergisi, s.241, Süleymanoğlu, Nurgül, “Ceza Yargılamasında Susma Hakkı”, <https://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerVI/1388.pdf> E.T:25.09.2023.

Kişilerin arzuları dışında veya baskı ile elde edilen beyanlar susma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁴ Beden muayenesinde, kişinin beyanda bulunması veya delil göstermesi beklenmezken bedeninden delil elde edilmesi amaçlanmıştır. Mevzuat düzenlemeleri; beyanda bulunma, delil gösterme, delil verme gibi kişinin yapmasını bekledikleri fiillere yer vermemiş, bunun yerine kişiyi yapılan işten etkilenen konumuna almıştır.

Kişinin katılımını beklemeden yapılan hareketlerin, karşı koyamayacağı durumlarda uygulanmasının nemo tenetur ilkesine aykırı olmayacağı düşünülmektedir. Öğretide, katlanma yükümlülüğü olarak ifade edilen bu durum, “boyun eğme mecburiyeti”, “uyma zorunluluğu” veya “yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü” olarak da adlandırılmaktadır.⁵⁵ Katlanma yükümlülüğü, nemo tenetur ilkesinin sınırını oluşturarak ceza muhakemesi işlemlerinin, amaca uygun ve menfaat dengesi gözetilecek şekilde tam ve etkili yürütülmesine yardımcı olmaktadır.

Doktrinde, beden muayenesinin katlanma yükümlülüğü gerektirdiğini savunan görüşler bulunmaktadır.⁵⁶ Ceza muhakemesinde rıza ile yerine getirilemeyen işlemlerin, zor kullanarak gerçekleştirilebiliyor olması katlanma yükümlülüğüne dayandırılmaktadır.⁵⁷

Kanaatimce, yasal düzenlemelerde belirtilen şartlara uygun gerçekleştirilen beden muayenesi işlemleri, işlem gerekliliği nedeniyle katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Bu noktada önemli olan husus; işleme katlanma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alınacak olmasıdır. Öğretide, katlanma yükümlülüğünü değerlendirmede kullanılan ölçüt; aktif katılım ve pasif katlanma ayırımına göre belirlenerek yapılan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı tartışılmaktadır.

⁵⁴ Sencer, s.138, Adar Özdemir, s.25.

⁵⁵ İnci, s.122, Adar Özdemir, s.113.

⁵⁶ Temizsoy Bayram, s.86, Şahin, Göktürk, s.217, Adar Özdemir, s.114, Aygün, s.67.

⁵⁷ İnci, s.122,125, Ertuğrul, s.690, Benzer yönde Bkz.: Sürücü, Zhamilov, s.426 ve Şahin, Göktürk, s.217: *Katlanma yükümlülüğü kapsamında yapılacak olan işlemler için kişinin rızası aranmamaktadır.*

Kişilerden beklenen pasif katlanma, sessiz ya da hareketsiz kalmak suretiyle işlemlere katlanması gerektirir.⁵⁸ Aktif katılım ise kişinin etkin, canlı ve hareketli olarak işlemlere katılmasıdır.⁵⁹ Muayene esnasında yapılan hareketlerin ve kullanılan tıbbi yöntemlerin, sınırları kesin olarak belirlenemeyen aktif-pasif ayrımında nasıl değerlendirileceği veya değerlendirilmesi gerektiği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Kanaatimce, yapılan işlemin ağırlığı iradi bedensel hareketlerle kişinin efor sarfetmesine neden oluyorsa aktif katılım olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada; kişinin kendisinden kolunu veya ayağını kaldırmasını beklemek aktif katılım olarak değerlendirilebilirken tabibin kişinin kolunu yukarı kaldırması, kafasını sağa-sola döndürmesi, kıyafetini sıyırması aktif katılım olarak değerlendirilmemelidir.⁶⁰ Bu konu hakkında detaylı görüşlerimiz “Zorla Beden Muayenesi Sorunu” başlığı altında belirtilmiştir.

Doktrinde, şüpheli ve sanıktan aktif katılım beklenmediği hallerde yapılan işlemlerin, susma hakkını ihlal etmeyeceğini savunan görüşler bulunmaktadır.⁶¹ Bu görüşe göre, kişi beden muayenesine pasif olarak katlanma yükümlülüğü altında olduğundan susma hakkını ihlal eden bir işlem bulunmamaktadır.

Aleyhe delil göstermeye zorlanamama unsuru ise özellikle zorla gerçekleştirilen beden muayenesi işlemi açısından doktrinde çeşitli tartışmalara konu edilmiştir. Kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı yolda delil vermeye zorlanamaması, aktif katılımı gerçekleştirilecek işlemler bakımından geçerlidir.⁶² Bu görüşe göre, beden muayenesi kapsamında gerçekleştirilen işlemlerin aktif katılımı mecbur tutmadığı yönündeki görüşler kabul edildiğinde, yapılan işlemler aleyhe delil gösterme olarak değerlendirilmemektedir.⁶³

⁵⁸ İtişgen, Rezzan (2013), Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.49, İnci, s.135.

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 01.10.2023.

⁶⁰ Benzer yönde, katlanma yükümlülüğünün muayene için soyunmayı ve hekimce talep edilen bedensel şekli almayı içermesi hakkında Bkz.: Kızılarıslan, s.209.

⁶¹ Apiş, s.283, Doğan, s.112.

⁶² Yenisey, Nuhuğlu, s.645, İnci, s.135.

⁶³ Karşı yönde Bkz.: Aygörmez, s.146: *Kişinin kendisine karşı beyanda bulunmaması ve ceza muhakemesi işlemlerine edilgen olarak katlanması aleyhe delil verme olarak kabul edilmektedir.*, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.345-346.

Zorla yapılacak olan beden muayenesinin, katlanma yükümlülüğü ile nemo tenetur ilkesi arasındaki ilişkiden nasıl etkilendiğini belirlemek, işlemin hukuka uygun gerçekleştirilebilmesi için gereklidir. Doğrudan veya dolaylı zorlama ile gerçekleştirilen beden muayenesinin, nemo tenetur ilkesine aykırı olduğu düşünülse dahi katlanma yükümlülüğü gereği işlemin sınırlı şekilde yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Kanaatimce, kanun koyucunun iradesi de beden muayenesi işleminin, nemo tenetur ilkesine ve susma hakkına aykırı olmadığı yönündedir. Aksi halde, tanıklık gereğince beden muayenesinden çekinme hakkını kanunda ve rıza dışı işlem yapılabilmesini de yönetmelikte özel olarak düzenlemeye konu etmezdi.

Öğretide bir görüşe göre, şüpheli veya sanığın vücudu üzerinde soruşturma veya kovuşturmanın herhangi bir aşamasında gerçekleştirilecek bir tıbbi muayenenin incelemesi yapılmadan kişinin lehine veya aleyhine olacağını bilmek mümkün değildir.⁶⁴ Bu nedenle, yapılan işlemlerin mutlaka nemo tenetur ilkesine aykırı olduğu da savunulamaz.

Kanaatimce, bedene yapılacak müdahaleler; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanunda düzenlendiğinde, insan onurunun dokunulmazlığına aykırılık içermediğinde, işlem ile suç oluşturan eylem ağırlığı arasında denge bulunduğu, sağlığa zarar verme tehlikesi bulunmadığında⁶⁵ ve iradi bedensel hareketlerle kişinin efor sarfetmesini gerektirmeyen işlemler olduğunda katlanma yükümlülüğü kapsamında sayılabilir. Önemle belirtmeli ki, yukarıda belirtilen şartların olayda mevcut olması, işlemin doğrudan katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesini sağlamaz. Kamu menfaatinin, bireysel menfaatten daha ağır bastığı olaylarda muayenenin yapılmasına katlanılması gerekmektedir. Bu nedenle, her olay özelinde elde edilen delillere ve olay ile kişinin durumuna göre ayrıca değerlendirilme yapılması gerekmektedir.

Sonuç olarak; kişinin beden muayenesine katlanma yükümlülüğüne sahip olduğuna karar verildiğinde, muayene işlemi ile elde edilen delillerin kişinin aleyhine sonuç doğuracak bir niteliğe sahip olması, aleyhe delil göstermeye zorlanma olarak kabul edilmemelidir. Örneğin, kişinin muayenenin gerçekleşeceği odaya getirilmesi, bedeni üzerinde görünen bulguların fotoğraflarının çekilmesi veya video ile kaydedilmesi katlanma yükümlülüğü kapsamında

⁶⁴ Şanlı, s.50, Soyaslan, Doğan (2006), Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Bası), Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 253.

⁶⁵ Benzer yönde Bkz.: İnci, s.143, Adar Özdemir, s.114.

değerlendirilebilir. Kişilere, işlem sırasında hissizleşmelerini sağlamak amacıyla zorla anestezi verilmesi ise sağlığı olumsuz etkileme ihtimalinin bulunması nedeniyle normal şartlar altında birçok tetkik yapılmasını ve tüm rizikoların kabul edilmesini gerektirdiği halde, sadece delil elde etmek amacıyla tıbbi zorunluluk bulunmadan gerçekleştirilmesi durumunda katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemez.

1.4.Tıp Etiği ve Hekimlikten Gelen Yükümlülükler Açısından Beden Muayenesi

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında düzenlenen beden muayenesi tedbirinin, hukuk alanında düzenlenmesinin yanı sıra işlemin niteliği ve uygulayacak kişilerin tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişi olması nedeniyle tıp bilimi alanındaki düzenlemelere de konu edilmiştir. Bu işlemleri gerçekleştirmekle görevlendirilen kişiler, tıp bilimin kabul ettiği yöntemler rehberliğinde tıp etik ilkelerine ve hekimlikten gelen yükümlülüklerle uygun davranmakla mükelleflerdir.

Öncelikle, beden muayenesine maruz kalan kişilerin, hekimler tarafından nasıl nitelendirildikleri yapılacak olan işlemin sınırlarını da belirleyecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/b; hastanın tanımını “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse” olarak yapmaktadır. Türk Tabipler Birliği ise yayınladığı bir bildirgede⁶⁶ özgürlüklerinden yoksun bırakılmış bireylerin muayenelerinin, hastalarda olduğu gibi insan haklarına ve onuruna uygun yapılması gerektiğini bildirmiştir. Buna ek olarak, Sağlık Bakanlığının adli raporlara ilişkin “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki Genelgesi” 3.2.4./c maddesi⁶⁷, adli olay kapsamında muayene olanları hasta olarak kabul ederek hasta-hekim ilişkisinin gerektirdiği şekilde işlem yapılacağını belirtmiştir.

Beden muayenesinin yapılmasına karar verilen kişilerin, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacının bulunması ve muayeneyi gerçekleştirmekle görevlendirilen kişilerin

⁶⁶ Türk Tabipler Birliği, Özgürlükten Yoksun Bırakılan Bireylere İlişkin Bildirge (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=2aff493a-903f-11ea-9b7d-6d38d16eb233 , E.T.: 26.05.2023.

⁶⁷ “Muayenenin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene esnasında tabip ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Gözaltı işlemi nedeniyle yapılan muayenelerde buna özellikle dikkat edilecek; diğer muayenelerde tabibin gerek görmesi halinde bir sağlık mesleği mensubu personel muayene ortamında hazır bulundurulabilecektir.”.

meslekleri gereği kendilerine gelen herkesi eşit kabul etmesi, ceza yargılamasındaki sıfatlarına bakılmadan aralarında hasta-hekim ilişkisinin kurulmasına neden olur. Bu nedenle, adli olaylarda muayene işlemine maruz kalanlara karşı hekimler ve sağlık mesleği mensubu diğer kişiler, hastalarda olduğu gibi, hukuk kurallarına aykırılık yaratmayacak şekilde tıp etik ilkelerine ve mesleklerinin getirdiği yükümlülüklerle uygun davranmalılardır.

Bunun yanında, adli amaçlı muayenelerde kişilerin, hastalardan farklı şekilde muayene edildiği de kabul edilmesi gereken bir durumdur. Normal koşullarda muayene sürecinin, hastanın şikayetine ve istediği tıbbi/tedavi yöntemlerine uygun şekilde ilerleme imkanı varken CMK'daki beden muayenesinde, etik ilkeler rehberliğinde ve adli organların yönlendirmesi doğrultusunda, yargılamanın sonuçlanması için ihtiyaç duyulan bölgeler ve bulgular üzerinde işlem yapılır. Bu nedenle, kanun düzenlemesine ve yargı makamlarının taleplerine göre sınırları daraltılmış ve belli bir amaca özgülünmüş bir hekim-hasta ilişkisinin bulunduğu söylenebilir.

Sağlık Bakanlığının “*Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki Genelgesi*” 3.1.2. maddesine göre beden muayenesi işlemi gerçekleştiren hekimden, tıbbi deontoloji kurallarına uygun davranılması beklenmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 6. maddesine göre; “*Tabip...vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.*” Hekimler, mesleki kanaatini oluştururken; hukuk kurallarına, sorumlulukları kapsamında yerine getirilmesi beklenen görevlere ve etik ilkelere uygun bir değerlendirme yapar.

Doktrindeki bir görüş, tıbbi deontolojinin hekim ödev ve görevlerinden bahsettiğini, etiğin ise ahlaki çerçevede hekimin görevini ifa etmesini konu aldığını ve birbirinden farklı dallar olmalarına rağmen aralarındaki bağlantı kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır.⁶⁸ Başka bir görüşe göre, tıbbi deontolojiyi hekimlik mesleği uygulaması sırasında uyulması gereken yasal ve ahlaki yükümlülükleri kapsayan bir unsur olarak tanımlamaktadır.⁶⁹

⁶⁸ Sarı, s.107-108, Benzer yönde Bkz.: Arda, Berna, Şahinoğlu Pelin, Serap (1995), “Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 48 (3), 323-324, Sayım, Ferhat (2011), Sağlık Piyasası ve Etik, Bursa: MKM Yayıncılık, s.52.

⁶⁹Kadioğlu, Selim (2007), *Etik Etik Dedikleri. III. Koloproktoloji- Stomaterapi Sempozyum Özet Kitabı*, 12-14 Nisan, Adana, Adana Ostomi Derneği, Türk Tabipler Birliği, Çukurova Üniversitesi, Cleveland Clinic katkılı yayın, s.86, Sayım, s.53.

Özellikle hastaların korunmasına ilişkin konularda toplumda büyük bir öneme sahip olan Hippokrates⁷⁰ zamanından günümüze kadar etkisini sürdürmeye devam eden tıp etiği, tıbbın bir parçasını oluşturmaktadır. Adını Batı tıbbının kurucusu kabul edilen Hippokrates'den⁷¹ alan Hipokrat Andı, tıp etik ilkelerini içinde barındırmaktadır. Toplumun yapısı, gelişen gen teknolojisi, uygulanan hukuk kuralları ve bazı durumlarda başvuru örf ve adetler, toplumdan topluma değişiklik gösterdiği için hekimlikten gelen yükümlülükler ile meslek etik ilkeleri de zaman içinde değişikliğe uğramak zorunda kalabilirler. Hipokrat andının oluşturduğu meslek temellerinden biri olan hekim merkezli anlayışın yerini zamanla hasta merkezli anlayışa bırakması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁷² Bu nedenle etik ilkelerin ve yükümlülüklerin, asla değişmeyen bir kural olarak kabul edilmesi ve yasal düzenlemelere rağmen sadece bu ilkelere uygun işlem yapılması veya yapılmaması birçok sorunu beraberinde getirmektedir.

Hekimlerin sağlık hizmetlerini yerine getirirken uymalarını beklediğimiz kanun hükümleri, tıp etiği ile hukuk arasında bir bağlantı oluşmasına neden olmuştur. Dünya Tabipler Birliği (DTB), tıp etiğinin bütün dünyada uygulanabilecek genel standartlarını oluşturma rolünü üstlenmiştir.⁷³ Ülkemizde “*Dört İlke Kuramı*” olarak bilinen tıp etik ilkeleri; zarar vermeme, yarar sağlama, adaletli olma ve özerkliğe saygı olarak belirlenmiştir.⁷⁴

Beden muayenesi kapsamında öncelikle incelenmesi gereken “*Zarar Vermeme*” ilkesidir. Bu ilke kapsamında işlem yapacak hekimin, hastaya zarar verecek her türlü eylemden kaçınması gerektiği savunulmuştur. Hekimin, sağlık ve yaşama hakkı kapsamında yapacağı değerlendirme sonucunda, beden muayenesini gerçekleştireceği kişinin sağlığını olumsuz yönde

⁷⁰ Kırılmaz, Harun, Fıçıcı, Yasemin, Şimşir, İsmail (2018), “Hasta Hakları Farkındalığına Yönelik Bir Araştırma”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 18 (41), s.236-237.

⁷¹ https://tr.wikipedia.org/wiki/Hipokrat_Yemini E.T.:21.06.2023, Uğurlu, M. Cemil (1997), Hipokrat, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 50 (2), s.67.

⁷² Yıldırımkal, s.65, Erdoğan, Mustafa, Kırılmaz, Harun (2020), “Hasta Merkezlilik ve Hasta Merkezli Bakım”, İnsan ve İnsan, 7 (24), s.97, Şahin, Gülay, Artıran İğde, Füsün (2014), “Hasta Merkezli Bakım-Ortak Karar Alma Süreci ve Kalite”, Türkiye Klinikleri J Fam Med-Special Topics, 5 (3), s.39.

⁷³ Civaner, Mustafa Murat (2017), Tıp Etiği Elkitabı (3. Baskı), Ankara: Türk Tabipler Birliği, s.28.

⁷⁴ Güvercin, Cemal Hüseyin (2022), Yapay zeka ve tıp etiği (1. Baskı), Tıpta ve Enfeksiyon Hastalıklarında Yapay Zeka, Ankara: Türkiye Klinikleri, s.25, Aydın, Erdem (2005), “Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği”, Erdem, (44), s.93, Örnek Büken, Nüket, Büken, Erhan (2002), Nedir Şu Tıp Etiği Dedikleri, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 11(1), s.19.

etkileme tehlikesi bulunuyorken bilerek ve isteyerek işlemi gerçekleştirmesi durumunda kasıtlı davrandığı kabul edilir. Bu durum hem Anayasa'ya hem de etik ilkelerinden *Zarar Vermeme* ilkesine aykırılık yaratır. Beden muayenesi hükümlerinde düzenlenen; sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması halinde işlem yasağı ve diğer kişilere cerrahi müdahalede bulunma yasağı bu ilkenin kanun düzenlemesine örnek olarak gösterilebilir.

Bir diğer incelenmesi gereken ilke ise “*Yarar Sağlama*” ilkesidir. Bu ilke, *Zarar Vermeme* ilkesi ile yakın ilişki içindedir. Beden muayenesini gerçekleştiren tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyarak yargılama makamlarının maddi gerçeğe ulaşmasına yardım etme sorumluluğu altındadır. Sağlık hizmetlerinden faydalanabilme ve işlem sonucunun pozitif yanlarının daha fazla olması durumu, yararlı olma ilkesinin bir sonucudur. İşlemin en önemli sınırlarından birini oluşturan insan onuru dokunulmazlığının korunması, kötü muamele ve işkenceden kaçınmak, kişilerin sağlığının olumsuz yönde etkilenmesine engel olmak, muayene sonrası oluşabilecek zararları ortadan kaldırmak ve işlemi gerçekleştirecek kişilere olan güveni devam ettirmek bu ilkenin uygulanmasının sonuçlarıdır.

“*Adil Olma*” ilkesi ise hekimlerin, tüm hastalarına karşı adil ve eşit davranmasını sağlayan davranışlardan oluşmaktadır. Beden muayenesine maruz kalanın şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişi olması fark etmeksizin herkese eşit davranılması, ayrımcılık gözetilmemesi, işlem sırasında kullanılacak tıbbi araç/gereçlerin herkes için ulaşılabilir olması ve eşit şekilde dağıtılması, dengenin sağlanması hekimlerin meslek etikleri kapsamındadır.

Yasal mevzuatta, çeşitli düzenlemelerde kendisine yer bulan bir diğer ilke ise “*Özerkliğe Saygı*” ilkesidir. Bir kişinin özerk olması için serbestçe ve kendi iradesiyle seçme ve davranışta bulunabilme olanağının varlığı gerekmektedir.⁷⁵ Hastanın kendi iradesi ile hareket edebilmesi için yapılacak olan işlem hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir. Hastaya kendi geleceğini belirleme, kişisel verileri üzerinde kontrol sağlama imkanı tanınmaktadır. Beden

⁷⁵ Sarı, s.111, Emir, Murat (2013), Hukuki ve Etik Yönleri ile Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, s.14.

muayenesi işleminde; kişiye yapılacak işlem hakkında bilgi verilmesi, aydınlatılmış onamının alınması, rızasına bir değer atfedilmesi bu ilkenin gereğidir.

Bu ilkeler dışında, hekimlerin meslekleri gereği taşıması gereken bazı özellikler de bulunmaktadır. Bunlardan biri hekimin gizlilik ilkesi kapsamında *hastanın sırrını saklamasıdır*.⁷⁶ Anayasal koruma altında bulunan özel hayatın gizliliği ilkesi ve kişisel verilerin saklanması düzenlemeleri açısından da gizliliğin, tıp etik ilkelerinden biri olması gerekir. Etik ilkeler, insan haklarını ihlal etmeden hasta-hekim ilişkisi kurulmasını sağlamaktadır. Hekim, meslek etik ilkelerine ve yasal mevzuata uygun şekilde, özen yükümlülüğü çerçevesinde muayene işlemini gerçekleştirir. Hekimin özen yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 2. ve 14. maddelerinde “*ihdimam göstermesi*” ve Hasta Hakları Yönetmeliği 14. maddesinde “*gerekli tıbbi özeni göstermesi*” ifadeleri ile düzenlenmiştir.

Anayasa’da belirtildiği üzere “*tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller*”, yapılacak olan muayeneyi ve vücuda müdahale işlemini hukuka uygun hale getirmektedir. Buradaki “ve” bağlacının, ceza yargılamasında başvurulabilecek tedbirlerin uygulamasını zorlaştırdığı düşünülebilir. Oysaki tıbbi zorunluluk kapsamına nelerin girdiğini doğru belirlemek yapılacak olan muayene işlemini de etkileyecektir.

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hallerde yapılan muayene işlemleri hem ceza hukuku hem de özel hukuk alanında çeşitli suç tiplerinin oluşmasına neden olabilir. Bu nedenle “*tıbbi zorunluluk*” kavramı ile kastedilenin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüş; tıbbi zorunluluğun, rızanın alınmasının olanaklı bulunmadığı acil durumlar ile tıbbi müdahale başladıktan sonra ortaya çıkan ve rızanın kapsamında bulunmayan durumlarda girişilen müdahaleleri düzenlediğini savunmaktadır.⁷⁷ Başka bir görüş ise tıbbi zorunluluğun, tıbbi endikasyonun bulunduğu halleri ifade ettiğini savunmaktadır.⁷⁸

⁷⁶ Aşkın, Uğur (2021), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Suçu Arasındaki İlişki”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2), s. 1372-1373, Tamer, Gülay (2019), “Sağlık Meslek Mensuplarının Meslekleriyle İlgili Yasal Sorumlulukları ve Yükümlülükleri”, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, 5 (3), s.364.

⁷⁷ Erman, Barış (2003), Ceza Hukuku'nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 154.

⁷⁸ Hakeri (2023), s.35,36.

Kanaatimce, tıbbi zorunluluk sadece yaşama hakkını korumaya yönelik müdahaleleri değil, ayrıca koruma ve teşhis amacıyla yapılacak müdahaleleri ve geçerli sebeplerin bulunduğu durumları da içerebilmelidir. Uluslararası düzende kabul edilen Biyotıp Sözleşmesi m.26'da düzenlenen; *“kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan hususlar”* gibi ölçütler geçerli bir sebep olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle zorunluluk kavramı sadece kişi bazında değil kamu sağlığı ve düzeni açısından da değerlendirilmelidir. Tıbbi zorunluluğun yargılamaya konu olay bakımından mevcut olması, hastanın aydınlatılmasını ve rızasının alınmasını engelleyen bir durum değildir. Hekim yönünden aydınlatma yükümlülüğünün geçerli şekilde ortadan kalktığını kabul için hastanın ayırt etme gücünü haiz olması ve özgür iradesi ile aydınlatmadan vazgeçmiş olması gerekmektedir.⁷⁹

Zorla gerçekleştirilen beden muayenesinin durumu ise tıp etik ilkeleri açısından tartışmalıdır. Beden muayenesinin zorla gerçekleştirilmesinin talep edilmesi, hekimler üzerinde baskı yaratmasının yanında hekime olan güven duygusunun sarsılmasına neden olabilir. Tıp etiği gereği yapılacak olan işlemin hastaya zarar vermemesi, yararlı olması gerekmektedir. Kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve mahremiyetini hedef alan zor kullanımı ruhsal travmaya neden olmakta, travma sonrasında akut stres bozuklukları, travma sonrası stres bozuklukları, depresyon, disosiyatif bozukluklar, alkol ve madde kullanımında artış, kısa psikotik tepkiler, psikofizyolojik tıbbi hastalıklar gibi farklı belirtiler ve bozukluklar ortaya çıkmaktadır.⁸⁰ Zorla yapılan beden muayenesi sonucunda kişinin zarar görmesi, tıp bilimin kabul ettiği etik ilkelere aykırıdır. Bu nedenle tıp öğretisi içinde zorla hasta muayenesinin bulunmadığı savunulmaktadır.⁸¹

Günümüzde adli olaylarda görevlendirilen hekimlerin, tıp etik ilkeleri ile yasal düzenlemelere dayanan savcı, mahkeme veya hakim kararları arasındaki çatışmadan etkilendiği

⁷⁹ Fırat, s.124, Özdemir, Hayrunnisa (2008), "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (3-4), s.367-368, Zeytin, Zafer (2012), "Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, s.25.

⁸⁰ Türk Tabipleri Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Zorla Yapılan İç Beden Muayenesi Hakkında (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hsk_ismarta_sikayet.pdf, E.T.:11.03.2023.

⁸¹ Altun, Özçelik, Karaca, s.96, Türk Tabipleri Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Zorla Yapılan İç Beden Muayenesi Hakkında (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hsk_ismarta_sikayet.pdf, E.T.:11.03.2023.

tespit edilmiştir. Tıp etik ilkelerinin, kanun hükümleri karşısında uygulanma imkanının olup olmaması tartışılan bir husustur. Anayasa m.90/5'te "...*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" şeklindeki düzenlemesi bu soruna çözüm üretmiştir. Biyotıp Sözleşmesi 4. maddesinde "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" düzenlemesi ile tıp etik ilkeleri ve hekimlik yükümlülüklerine, kanun karşısında güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Yargı kararları da bu yönde şekillenmeye başlamıştır.⁸²

Oysaki Anayasa, bazı şartların varlığı halinde rızanın bulunup bulunmadığına bakmaksızın işlem yapılmasına izin veren bir düzenlemeye sahiptir. Anayasa maddeleri, uluslararası düzeyde kabul edilen sözleşmelerden hiyerarşi gereği üstte olduğu için Anayasa'nın düzenlediği şartlara uygun durumlarda işlemin yapılması gerekmektedir. Ayrıca beden muayenesi işlemi için ilgilinin rızasının alınması, tıp etik ilkelerinden "*Özerkliğe Saygı*" ilkesi içinde değerlendirilmekte ve bu ilke kişiye istediği şekilde hareket etme hakkı tanımamaktadır.⁸³ Muayene işleminin her aşamasında sadece etik ilkenin dikkate alınması hukuka aykırı kararlar verilmesine sebep olmaktadır.

Doktrinde bir görüş, kanun maddelerinin kişilerin mağduriyetlerine sebep olacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini, tıbbi deontoloji kurallarının ve hümaniter öğretinin birer kült ve dogma olarak kabul edildiğinde toplum düzeninin ve temel hak ve özgürlüklerin

⁸² Edirne, 1. Sulh Ceza Mahkemesi, E.2013/144, K.2013/335, K.T.: 23.05.2013, Edirne, 6. Asliye Ceza Mahkemesi, E.2016/477, K.2016/569, K.T.:24.11.2016, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 13. Ceza Dairesi E.2017/77, K.2017/78, K.T.:12.01.2017.

⁸³ Benzer yönde Bkz.: Tag, Brigitte (2006), "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çeviren: Yener Ünver, III (2), s.191: "...*hastanın özerkliği, onun bizzat kendi hareketinin kanununa sahip olduğu ve onun kendisinin kanun koyucusu olduğu anlamına gelmemektedir... İnsan, kendi irade özgürlüğüne rağmen çok sayıda diğer koşullarla bağlıdır...*".

korunmasının pek mümkün olmadığını savunmaktadır.⁸⁴ Başka bir görüşe göre de tıp etik ilkeleri, yol gösterici olmalarının yanında her zaman etik kararlarda tam ve kesin bir ölçüt olmayabilir.⁸⁵

Sonuç olarak; muayene, cerrahi müdahale, sağlık gibi kavramların tıbbi kavram olmaları ve beden muayenesinin tıbbi aletlerin kullanımını gerektirmesi nedeniyle yapılacak olan işlemlerin, hekimlik sanatı ve tıp biliminin kabul ettiği yöntemlere uygun yapılması gerektiği ortadadır.⁸⁶ Bu duruma ek olarak, farklı koşulların belirli sorumlulukları karşı karşıya getirebileceği de unutulmamalıdır. Hekimler, beden muayenesi işlemlerini yerine getirirken hukuk kurallarına aykırı olmayacak şekilde mesleki gerekliliklere uygun davrandığında, yapılan işlem hukuka uygun kabul edilecektir.

Zorla beden muayenesinin, tıp etik ilkelerinden *Zarar Vermeme* ilkesine uymaması sebebiyle gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı savunulmasına rağmen kişinin zarar görmesi/zarar görme riskinin mevcut olması durumu, beden muayenesi işlemine sınır oluşturan sağlığa zarar verme tehlikesi kapsamında değerlendirilebilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, beden muayenesi işlemini düzenlediği yasal hükümlerde hem kişilerin temel haklarına yapılacak müdahalenin sınırlarını çizmiş hem de tıbbi deontolojiye uygun bir düzenleme yapmıştır. Bu sebeple her zorlamanın, etik ilkelere ve tıbbi deontoloji kurallarına aykırılığa neden olduğunu söylemek ve işlemi yerine getirmemek hukuk sistematığına da uygun kabul edilmeyecektir.

Bunun dışında muayene işleminde, hekimlerin mesleki tecrübelerine ve vicdani kanaatlerine göre karar vermesi imkanı sağlandığından, sadece etik ilkelerin gösterilerek işlemin reddedilmesi kabul edilmemelidir. Tıp etik ilkeleri, ahlaki çerçevede hekimlere rehberlik ettiğinden bir yükümlülük olarak algılanmaması gerekmektedir. Etik kurallarının, tüm hekimler için ortak değerler taşıdığı ve soyut nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, zamanla uygulanmayan, değişen veya gelişen ilkelerin “etik” içinde değerlendirilmeye çalışılması, çelişkili uygulamaları da ortaya çıkaracaktır. Ayrıca, etik ilkelerin, ahlaki bir çerçevede

⁸⁴ Kızılarıslan, s.217.

⁸⁵ Demirhan Erdemir, Ayşegül (2005), “Etik, Tıp Etiği, Tıp Etiği İlkeleri ve Hasta Hekim İlişkilerinde Etiğin Yeri”, Erdem, s.47.

⁸⁶ Aygün, s.62, Altun, Özçelik, Karaca, s.95.

hekimlerin davranışlarına ilişkin olması nedeniyle tüm hekimlere aynı şekilde öğretilmesi/benimsenmesi ne kadar mümkün olabilir hususu da tartışılmalıdır.

Hukuk kuralları ise toplumdan topluma farklılık göstermesinin yanında toplumdaki düzeni korumak için özel olarak düzenlenir ve kişiler açısından bağlayıcı kabul edilir. Bu nedenle hekimler, tıp etik ilkelerine aykırı gördüğü yasal hükümlerin uygulanmasını hukuka aykırı görüyorsa bu konuda denetim yollarına başvuruda bulunmalıdır. Tıp etik ilkelerinin kanun karşısındaki konumunun doğru belirlenmesi, hekimlerin cezai sorumluluklarının değerlendirilmesinde de etkili olmuştur. Önemle belirtilmesi gerekir ki, hekimlerin cezai dokunulmazlığının sınırları, etik kurallara uygun davranması ile değil hukuk kurallarına uygun davranması ile oluşturulacaktır.

Türk Tabipler Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği tarafından yayınlanan bildirilerde⁸⁷ tıp bilimin kabul ettiği yöntemlere uygun işlem yapılması gerektiği belirtilerek zorla beden muayenesinin kişiye mutlak zarar verdiği, rıza dışı işlem yapılmasının mümkün olmadığı ve bu durumlarda işlem yapmamanın oluşturduğu suç tiplerinde kastlarının bulunmadığı savunulmaktadır. Kanun tarafından kendisine yetki verilen hekimin veya sağlık mesleği mensuplarının, haklarını icra etmesi sebebiyle kastlarının bulunmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Anayasa, hekimlerin haklarını kullanması açısından dolaylı olarak bir sınır çizdirmiştir.

Hekimler öğrenim süreleri boyunca “*Tıbbi Deontoloji ve Etik İlkeler*” dersi ile “*Tıp Tarihi*” ve “*Adli Tıp*” dersi kapsamında tıp alanını ilgilendirilen Anayasal düzenlemeleri, ulusal ve uluslararası sözleşmeleri incelemişlerdir. Bu noktada kanaatimce, Anayasa ile sözleşmeler arasındaki bağlantıları bilmediğini iddia etmeleri mümkün gözükmemektedir. Anayasa m.17/2 kapsamındaki düzenlemenin yok sayılması ve sadece zaman içinde değişikliğe uğraması mümkün olan etik ilkelerin esas alınarak işlem yapılması veya yapılmaması durumunda kastın varlığından bahsedilmesi gerekir. Sonuç olarak; tıp etik ilkelerinin varlığı, hekimlerin Anayasa’ya aykırı hareket etmesine imkan sağlamamasının yanında sorumluluklarının doğmasına sebep olmaktadır.

⁸⁷ Türk Tabipleri Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Zorla Yapılan İç Beden Muayenesi Hakkında (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hsk_isparta_sikayet.pdf , E.T.: 11.03.2023.

1.5.Beden Muayenesi Türleri

1.5.1. Dış Beden Muayenesi

Tıp literatüründe beden muayenesi, hukuk düzenlemelerine konu edilen iç ve dış beden muayenesi şeklindeki bir ayrımına tabi tutulmamıştır. Ceza muhakemesindeki beden muayenesinin, işlemlerin gerçekleştiği vücut bölgelerine göre ayrımına konu edildiği düşünülse de toplumun ahlak anlayışı, kişilerin utanma duygusu, kullanılan tıbbi yöntemler ve araçlar ayrımı belirlemede kullanılan ölçütlerdir. İç ve dış beden muayenesi türleri, 25.05.2005 tarihli değişiklik sonucu, 5353 sayılı kanun ile “*bedenin tıbbi muayenesi*”⁸⁸ ifadesinin yerine kullanılarak hukuk sistemimize dahil edilmiştir.

CMK m.75’te “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” başlığı altında iç beden muayenesinden bahsetmesi ve CMK m.76’da diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen hükümlerde iç ve dış beden muayenesinden bahsetmesi doğrudan bu ayrımın ceza muhakemesinde kabul edildiğini ispatlamaktadır. Kanundaki bu düzenlenmelerin nasıl uygulandığını göstermek amacıyla çıkarılan Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik, dış beden muayenesini “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi*” olarak tanımlamaktadır. Tanımda kulak, ağız ve burun bölgelerinde yapılan incelemenin özellikle belirtilmesinin amacı bu bölgelerin iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesini engellemek olduğu söylenebilir.

Dış beden muayenesi işlemi, vücudun dış katmanlarında fiziken bir inceleme gerektirmektedir. Fizik muayenesi kapsamında belirtilen her işlemin, tabip tarafından yapılması ve değerlendirilmesi ihtiyacının bulunmadığı düşünülse de muayenenin bir bütünlük içinde yapılması ve sağlık durum değerlendirilmesinde yetkili olan kişinin hekimler olması nedeniyle dış beden muayenesinin tabip tarafından yapılması gerekmektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik’te, dış beden muayenesinin sınırları çizilmiş ve sadece elle ve/veya gözle yapılan incelemeler bu kapsamda sayılmıştır. Oysaki muayene çok yönlü bir işlemdir. Fizik muayenede, inspeksiyon (gözle), palpasyon (elle hissederek), perküsyon

⁸⁸ Bedenin tıbbi muayenesi kavramının kullanılması hakkında Bkz.: Gülsoy, M. Tevfik, Kök, A. Nezih (2005), "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi IX (1-2), s.14, Akbulut, s.85, Fırat, s.3.

(elle vurarak) ve oskültasyon ile (stetoskop veya kulakla vücudun dinlenmesi) değerlendirme yapılmaktadır.⁸⁹ Dış beden muayenesi yönteminde yapılan sınırlama hem bilirkişinin mesleğinin gereklerine uygun davranması engellemekte hem de doğru şekilde muayene yapılamaması nedeniyle delil elde edilmesi amacına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle kişiye dokunarak, dinleyerek veya koklayarak yapılan muayenenin de dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

CMK m.75/4'te aslında bedenin dış yüzeylerinde yer almalarına rağmen “*Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu durum, beden muayenesi türlerinin ayrımında yalnızca vücut bölgesi esas alınarak yapılmadığını kanıtlamaktadır.

Kişilerin fizik muayeneleri yapılırken dış görünümü, fiziki yapısı, reaksiyonları, cevapları, yürüyüş, oturuş durumu, cilt görünümü, rengi, yapısı, tırnak ve kılları gibi cilt eklentileri, vücudun sıcaklığı, nemi, tansiyon, nabız, psikolojik durumu gibi hususların incelemesi yapılmaktadır.⁹⁰ Yapılan inceleme ile beden üzerindeki bulgulardan olan şişlik, yanık, kızarıklık, morluk, çürük, ezik, çizik veya yaraların nedenlerinin ortaya çıkarılması ve vücutta bulundukları yerlerin önemi de dikkate alınarak yönleri, boyutları ve nasıl oluştuklarının tespit edilmesi amaçlanmıştır.

Örneğin, tabibin otoskop aletini kullanarak kişinin kulağını muayene etmesi, göz muayenelerinde kişiye değmeden ölçüm yapan tonometre cihazının kullanılması, stetoskopla vücudun dinlenmesi veya tansiyon aleti ile yapılan kan basıncı ölçümleri dış beden muayenesi kapsamında kabul edilmelidir. Doktrinde bir görüş, beyin ve kalp ile ilgili muayenelerde sıklıkla

⁸⁹ Kızıllarslan, s.91, Gündüz, Hakan, Balta, Selin (2017), Kronik boyun ağrılı hastada muayene yöntemleri, TOTBİD Dergisi, 16 (2), s.90-91, Aydemir, Yusuf (Çevrimiçi), <https://solum.org.tr/TusadData/Book/853/1072020165943-bolum02.pdf#page=23> E.T.:08.09.2023, Tarhan, Ömer Rıdvan, (Çevrimiçi), [https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/#:~:text=Fizik%20muayene%2C%20v%C3%BCcudun%20ve%20v%C3%BCcut,ile%20\(stetoskopla%20dinleyerek\)%20de%C4%9Ferlendirilmesidir](https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/#:~:text=Fizik%20muayene%2C%20v%C3%BCcudun%20ve%20v%C3%BCcut,ile%20(stetoskopla%20dinleyerek)%20de%C4%9Ferlendirilmesidir) E.T.:08.09.2023.

⁹⁰ Akbulut, s.91-92, Güngör, Devrim, Bakşi, Okan (2009), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, 8 (3), s.64.

başvurulan EEG(Elektroensefalografi) ve EKG(Elektrokardiyografi) ölçümlerini, dış beden muayenesi kapsamında değerlendirmektedir.⁹¹

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik kapsamında, girişimsel nitelikte olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de dış beden muayenesi sayılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Tıbbi görüntüleme yöntemleri aslında vücudun iç yapısına ilişkin bilgi alınmasını sağlamaktadır. Girişimsel olmaması ise kişiye doğrudan bir müdahale içermemesinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda yer alan radyolojik görüntüleme yöntemleri, MG, ultrasonografi (USG) ve duyarlılığı yüksek ve yeni gelişmekte olan manyetik rezonans (MR) görüntülemesidir.⁹²

Kişinin vücuduna ilaç verilmesiyle veya vücut boşluklarından özel aletler gönderilerek vücuda girilmesi suretiyle görüntüleme yapılması bu kapsamda değerlendirilemez. Örneğin, gözün yapısını görüntülemek için kullanılan OCT aleti, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme aletidir ve yapılan görüntüleme dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilir. Çoğunlukla EKG ile karıştırılan bir işlem olan Ekokardiyografi (EKO), ultrasonik ses dalgaları yardımıyla yapılan bir işlem olup dış beden muayenesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemi ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir başka konu ise cinsel organ ve anüs muayenesinin, CMK m.75/4 düzenlemesi gereği hangi tıbbi yöntem ve araçlarla gerçekleştirildiği dikkate alınmadan iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Örneğin, röntgen gibi girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemi ile kişilerin cinsel organlarında muayene yapılması, iç beden muayenesi olarak değerlendirilir.

1.5.2. İç Beden Muayenesi

İç beden muayenesi, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik'te *“kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanım dışında CMK

⁹¹ Kılıç, Ümmügülüm (2010), Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, s.112, Akbulut, s.92-93, Doktrinde girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme olarak kabul edilen görüş için Bkz.: Yüksel, Beyazıt Bestami (2011), EKG İşaretlerinin Gömülü Sistem ile İzlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, s.1, Elektroselografi ve elektrokardiyografinin iç beden muayenesi olduğu yönündeki görüş için Bkz.: Aygörmöz, s.140.

⁹² Akyolcu, Neriman, Özhanlı, Yasemin, Kandemir, Didem (2019), “Meme Kanseri Gönçel Gelişmeler”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, 6 (3), s.587, Akbulut, s.92, Sarı, s.34.

m.75/4'te “*cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene*” için özel bir düzenleme yapılarak iç beden muayenesi kapsamına dahil edilmiştir.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin dış beden muayenesi sayılacağını belirten hüküm dolaylı olarak *girişimsel nitelikteki tıbbi görüntüleme yöntemlerinin*⁹³ iç beden muayenesi kapsamında değerlendirmemiz gerektiğini işaret etmektedir. Doktrinde bir görüş, yaş tespiti muayenesi ve bunun için gerçekleştirilecek kemik filmi çekim işlemini iç beden muayenesi kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁴ Enjeksiyon yoluyla veya ağızdan ilaç verilmesi suretiyle vücut boşluklarından, damarlardan veya cilt altı dokulardan gönderilen, özel aletlerin yaptığı tıbbi görüntülemeler iç beden muayenesi olarak değerlendirilir. Doktrinde bir görüş, endoskopi ve retroskopi gibi vücudun içinde yapılan görüntülemeleri iç beden muayenesi kapsamında değerlendirir.⁹⁵

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.3'te, beden tıbbi muayenesi kavramı ile “*tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler*” kastedilmişken müdahale kavramı ile “*tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler*” kapsam altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere müdahale, muayeneyi de içeren daha kapsamlı bir işlemdir. CMK kapsamında düzenlenen iç beden muayenesi tıbbi nitelikte olduğu için muayene ve müdahale tanımlarının tıp literatüründe denk gelen karşılıklarının belirlenmesi ve kanunda belirtilmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Bu konuda bir görüş; yalnızca muayenenin yapıldığı ve müdahalenin söz konusu olmadığı durumları dış beden muayenesi kapsamında değerlendirirken hem muayene hem de müdahalede bulunan durumları iç beden muayenesi kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁶ Oysaki muayene türleri ayrımını benimsemeyen

⁹³ Doktrinde girişimsel görüntüleme yöntemleri hakkındaki görüşler için Bkz.: Akyolcu, Özhanlı, Kandemir, s.587-588, Aydın, Ömer, Baysal, Tamer (2020), “COVID-19 Pandemisinde Girişimsel Radyolojik İşlemler”, Southern Clinics of Istanbul Eurasia, s.79, <https://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140> E.T.:08.09.2023.

⁹⁴ Aygörmez, s.158.

⁹⁵ Turhan, Faruk (2008), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)” Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, s.1030, Adar Özdemir, s.85.

⁹⁶ Özkan, s.18.

hekimlerin, işleminin sınırlarını nasıl belirleyecekleri hukuk ve tıp alanında ortak bir düzenleme yapılması ile mümkün olacaktır.

Bunlara ek olarak, kanunda özel bir düzenlemeye konu edilen cinsel organ ve anüste yapılan işlemlerin, iç beden muayenesi mi yoksa üst araması mı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususu doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Doktrinde bir görüşe göre; CMK m.75'te tıbbi muayene deyimine yer verilmediğinden bahisle cinsel bölgede sadece gözle incelemenin yapılması dahi iç beden muayenesi sayılacağı yönündedir.⁹⁷ Örneğin, şüpheli veya sanığın genital bölgesinde saklamış bulduğu uyuşturucu maddesinin tespitine yönelik yapılacak olan işlemler iç beden muayenesi hükümlerine tabidir.⁹⁸ Aksi yöndeki bir görüş ise cinsel organlarda saklı olan bir delilin olup olmadığına ilişkin sadece göz ucuyla yapılan kontrollerin CMK m.116 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹⁹

Kanaatimce; beden muayenesi tedbiri düzenlemeleri özel olarak daha sıkı şartlara tabi tutulmuşken ve kişilerin utanma duyguları ile toplumun ahlak anlayışı dikkate alınarak bir düzenleme yapıldığı kabul edilmişken cinsel bölgelerde yapılacak üst araması tedbiri için gereken şartlar oluştuğunda, kişilerin utanma duygusu dikkate alınmadan işlem yapılmasına olanak sağlanması nedeniyle sistematığe uygun bir düzenleme olarak kabul edilmemelidir. Bu nedenle, kanaatimce; cinsel organ ve anüste gerçekleştirilecek muayene içerisinde kabul edilen gözle incelemenin de iç beden muayenesi kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

⁹⁷ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.538, Bağlar, s.122.

⁹⁸ Özgenç, İzzet (2020), "Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (3), s.236.

⁹⁹ Bayraktar, Çiler Damla (2021). "Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar", Adalet Dergisi, (67), s.209, Turhan, s.1036.

2. BÖLÜM

TEDBİRİN ÖN KOŞULLARI VE ŞÜPHELİ, SANIK, DİĞER KİŞİLER BAKIMINDAN UYGULANMA KOŞULLARI, TANIKLIKTAN ÇEKİNMENİN BEDEN MUAYENESİNE ETKİSİ

2.1. Beden Muayenesi Tedbirinin Ön Koşulları

2.1.1. Kanunilik

Anayasa'nın 17. maddesinde, kişinin vücut bütünlüğüne hangi hallerde dokunulamayacağı ve maddi-manevi varlığının bütünlüğünün bir anayasal hak olduğu belirtilmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmak için tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerden olması gerekir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Beden muayenesine kanunda yer verilmesinin sebeplerinden biri de kişi dokunulmazlığı, işkence yasağı, insan haysiyetinin korunması ve özel hayatın gizliliği ilkesi temelinde hak ve hürriyetlerin teminat altına alınmasıdır.

“*Hukuki Niteliği*” başlığı altında belirttiğimiz üzere beden muayenesinin niteliği bakımından ağırlıklı olarak koruma tedbirlerinin özelliklerini taşımaktadır. Bu bakımdan yasal bir dayanağın bulunması şartı, koruma tedbirlerinin önemli ve temel özelliklerinden biri olup beden muayenesi açısından da aranmalıdır. İşlemin hangi şartlar altında nasıl uygulanacağını kanunla belirlenmesi hukuka uygun gerçekleştirilmesi, elde edilen verilerin değerlendirmede kullanılması açısından da önemlidir. Kanunilik ilkesi gereğince beden muayenesi şartlarının CMK'da düzenlenmesi hukuki güvence teşkil edecektir.

CMK m.75'te “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” başlığı altında iç ve dış beden muayenesinin birlikte düzenlendiği düşünülse de madde metnine bakıldığında sadece iç beden muayenesinin düzenlendiği görülmektedir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi işlemi kanunla düzenlendiği takdirde hukuka uygun kabul edilecektir.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Doğan, s. 102, Apiş, s. 276, Aygün, s. 53-54, Aksoy İpekçioğlu, s. 23.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi işleminin yasal dayanağının olmaması, yönetmeliğe dayanarak temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulması ve sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturan meşru aracın bulunmadığını da göstermektedir. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik düzenlemelerine uygun gerçekleştirilen şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi işlemleri, hakim veya mahkeme kararına dayansa dahi kanunilik ilkesine aykırılık nedeniyle hukuka uygun kabul edilmemelidir.

Doktrindeki bir görüş, “*Hürriyet Asıl, Sınırlama İstisnadır; Hürriyet Geniş, Sınırlama Dar Yorumlanır*”¹⁰¹ ilkesini kabul etmiş ve beden muayenesi işleminin bir sınırlama olarak kabul edilmesi ve dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca ceza hukukunda kıyas yasağı olmasına rağmen ceza muhakemesinde kural olarak kıyas yasağının bulunmaması sebebiyle ceza muhakemesinde düzenlenen her işlem için kıyas yapılabileceği sonucu çıkmamaktadır.

Doktrinde bir görüş, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi işleminin hem nitelik hem de yapılış tarzının iç beden muayenesine benzemesinden dolayı m.75’te düzenlenen hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰² Başka bir görüş, dış beden muayenesi bakımından, CMK m.81’de düzenlenen fizik kimliğin tespiti hüküm koşullarının kıyasen aranmasının daha isabetli olduğu yönündedir.¹⁰³

Kanaatimce, bu görüşlere katılmak pek mümkün değildir. Koruma tedbirlerinde, kişi hakkında henüz bir mahkumiyet hükmü bulunmadığı bir aşamada temel hak ve özgürlükler kısıtladığından, hukuk devleti olmanın gereği olarak tedbirlere başvuru sıkı şartlara bağlanmış ve bu tedbirlerin yorumunda kanunilik ilkesi çerçevesinde kıyas yasağı kabul edilmiştir.¹⁰⁴ Bu

¹⁰¹ Gözler, Kemal (2014), Hukuka Giriş (11. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.320, Ergül, Ozan (2012), Kamu Hukukçuları Platformu-Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: TBB Yayınları, s.59, 60, 79.

¹⁰² Sürücü, Av. A. Sinan, Zhamilov, Dr. Vadym (2019), “Beden Muayenesi, İşkence Suçu ve İkisinin Kesiştiği Alan: Zorla Yapılacak Beden Muayenesi”, İzmir Barosu Dergisi, Güney Dinç’e Armağan, Yıl:84, (3), s.392.

¹⁰³ Aygörmez, s.150.

¹⁰⁴ Şen, Ersan, Erdem, Erkam (2020), “Teknik Araçlarla İzleme Özel Araçlarda Uygulanabilir mi?”, (Çevrimiçi), <https://sen.av.tr/tr/makale/Teknik-Ara%C3%A7larla-%C4%B0zleme-%C3%96zel-Ara%C3%A7larda-Uygulanabilir-mi>, E.T.:24.04.2023, Aygörmez, s.26, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe (2019), Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.634, Şahin, Göktürk, s.34.

sebepten dolayı beden muayenesi işlemi için de kıyas yasağı bulunmaktadır. Anayasal haklara müdahale niteliğinde olan dış beden muayenesinin, kanunla düzenlenmesi hukuki bir gerekliliktir.

2.1.2. Delil Elde Etme Amacı

Beden muayenesi işlemi ile veri elde edilmesi, elde edilen verilerin bilimsel niteliğe sahip olması ve delilden sanığa gitme yönteminde güçlü bir araç olarak kullanılması, ispat aracı olarak beden muayenesini vazgeçilemez bir konuma yerleştirmiştir. Somut olay bakımından mevcut delillerin etkisini azaltmak veya artırmak amacıyla ve delillerin yetersiz kaldığı, yok edildiği, değiştirildiği durumlarda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından giderek daha önemli ve etkili bir yol olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır.

Beden muayenesinde, işleme maruz kalan kişiler ile yapılacak olan muayene türleri fark etmeksizin temel amaç aynı kabul edilmiş ve bu nedenle delil elde etme amacı işleme başvurmada ön koşul haline gelmiştir. Ayrıca delil elde edilmesi sırasında ceza muhakemesi ilkelerinin çizdiği sınırlar içinde hareket edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüş, delil elde etme amacının doğrudan olması gerektiğini, dolaylı veri elde edilmesi amacıyla muayene yapılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır.¹⁰⁵ Bu görüş, sadece mağdurun inandırıcılığının tespiti için beden muayenesi kapsamında uzman muayenesi yapılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır.

Kanaatimce; kanunda “*bir suça ilişkin*” ifadesinin kullanılmasının sebeplerinden biri, elde edilmesi amaçlanan delillin incelemeye konu edilen suçla bağlantısının kurulmasıdır. Bu nedenle, işlemin dolaylı şekilde veri elde edilmesi amacıyla gerçekleştirilmesinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Tezin ilk bölümünde “*Beden Muayenesi Tedbirinin Amacı*” başlığı altında detaylı bir şekilde açıklamada bulunulduğu için tekrardan kaçınmak amacıyla detaylı bilgi için ilgili bölüme atıf yapılması uygun bulunmuştur.

2.1.3. Orantılılık

Anayasa’nın 13. maddesi, anayasal bir zorunluluk olarak, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını “... *Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum*

¹⁰⁵ Aygörmez, s.152.

düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” şeklinde düzenlemiştir. Hem temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması hem de koruma tedbiri niteliğinin ağır basması sebebiyle beden muayenesine karar verilirken ve işlem uygulandığı süre boyunca orantılılık ilkesine aykırı olmaması gerekir.¹⁰⁶ Ceza Muhakemesinde başvuru yönteminin orantılı olup olmadığı konusunda hangi ölçütlerin kullanılacağı, kanunda açık ve kesin olarak belirlenmemiştir. Her somut olayda, olayın gerçekleşme şekline göre başvuru yöntemleri çeşitli gerekçelerle farklı olabilir. Yaşanan olayın özellikleri, ilgili olduğu hukuki ilkeler, koruduğu hukuki değerler, ortaya çıkan zararlar, elde edilen deliller, somut olaydaki şüphe derecesi, suçun unsurları, nitelikleri ve verilecek cezanın miktarı değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekir.

Türk hukukunda tedbirlerin ölçülülüğü; meşru amaç-meşru araç, elverişlilik, gereklilik, orantılılık şeklinde incelenmektedir.¹⁰⁷ Beden muayenesinin temelindeki meşru amaç; delil elde ederek maddi gerçeği ortaya çıkarma, suçun aydınlatılmasını sağlama, kamu yararını koruma, bozulan kamu düzenini ve barışını yeniden sağlamadır. Meşru araç ise işlemin hukuka uygun yapılmasını ve keyfiyetin önüne geçilmesini sağlayan, Anayasa hükümlerine uygun olarak düzenlenen kanuna dayanılarak yapılan beden muayenesi işlemidir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin kanunla düzenlenmemesi yapılan işlemin meşru araç niteliğini ortadan kaldırması nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırı bir konumdadır.

Doktrinde bir görüş; Qui potest maius, potest etiam minus (çoğu yapmaya yetkili olan azı yapmaya da yetkilidir) ilkesi gereği, CMK 75. madde hükmünü yoruma tabi tutularak, iç beden muayenesine hukuki yetki temeli oluşturan bu hükmün, şüpheli veya sanık bakımından dış beden muayenesi için de kanuni yetki temeli oluşturduğunu ve meşru araca dayanak olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Akbulut, s.111, Fırat, s.37, Sarı, s.168-169, Yıldırımkal, s.25, Doğan, s.113, Kareem, Zorlu s.1161, Sarsıkoğlu, s.703.

¹⁰⁷ Bayraktar, s.221, Ölçülülük ilkesinin alt unsurları hakkında Bkz.: Atakan, Arda (2006), Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırları Oluşturan Ölçütler, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, s.45-61, Metin, Yüksel (2017), “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), s.6-7, Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi(2012), 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku (11. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi, s.155.

¹⁰⁸ Bayraktar, s.227.

Kanaatimce bu fikre katılmak pek mümkün değildir. Beden muayenesini gerçekleştiren kişiler tıbbi ilkelere uygun işlem yapmalarına rağmen beden muayenesi çeşitleri tıbbi bir ayırım değildir. Bu sebeple, benimsenmeyen ayırım hakkında tıp bilim dalından görüş alınarak kapsamın net olarak belirlenmesi mümkün değildir. Dış beden muayenesi, iç beden muayenesinin bir parçası mı yoksa ikisi de bütünü oluşturan bedenin iki ayrı parçası mı tespit etmek zordur. Ayrıca dış beden parçası olan cinsel organ ve anüsün, sadece utanma duygusu göz önüne alınarak iç beden muayenesinin kapsamına alması büyüklük-küçüklük ilişkisinden ziyade farklı niteliklerle ayırım yapıldığını kanıtlamaktadır. Beden muayenesi türleri arasındaki ilişkinin türü net olarak belirlenmediği için çokluk-azlık noktasında yetki ayırım yapmak mümkün olmamaktadır. Bunlara ek olarak, kişilerin hür olması asıl, kişi hürriyetlerinin sınırlandırılması istisnadır.¹⁰⁹ Evleviyet, istisnayı genişletmek için kullanılamaz.¹¹⁰ Bu nedenle, hürriyet kısıtlamasının hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için düzenlenen maddeyi, kanunda belirtilen şartlarından farklı olarak genişletemeyiz.

Beden muayenesinin düzenlendiği ilgili maddelere bakıldığında, orantılılık ilkesinin çeşitli maddelerde düzenlenmeye çalışıldığı tespit edilmiştir. CMK m.75/5 ile iç beden muayenesine başvurmada belli ağırlıkta hapis cezası gerektiren suç tipinin işlenmesi gerektiğini belirtilerek, orantılılık ilkesine uygun bir düzenleme yapılması hedeflenmiştir. Ayrıca müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartı ile hem bireyin sağlık hakkı korunmaya çalışılmış hem de elde edilecek veri karşısında daha fazla zarar ortaya çıkabileceği öngörülerek orantılılık ilkesine uygun düzenleme yapılmaya çalışılmıştır.¹¹¹ Bu duruma örnek olarak *“cinsel suç mağdurlarının beden muayenesinde, zorla muayene durumunda muayeneden beklenecek fayda ile mağdurelerde oluşacak ruhsal yara karşılaştırıldığında*

¹⁰⁹ Gözler, s.320, Ergül, s.59,60,79.

¹¹⁰ Selçuk, Sami (2001), Karşıoylarım (Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar), Ankara: Turhan Kitapevi, s.122.

¹¹¹ Benzer yönde görüş için Bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.452-454, Kızılarıslan, s.234, Aygün, s.61, Fırat, s.56, Koyuncu, s.44.

*travmanın telafisi mümkün olmayan bir sonuç yaratacağı aşikar olduğu*¹¹² savunması ile hekimlerin orantılılık ilkesi gereğince işlemin uygulanmamasına karar vermesi gösterilebilir.

Kanaatimce, yapılacak beden muayenesinin türü fark etmeksizin, başvuru yöntemleri ve kullanılan aletler nedeniyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması söz konusu olduğundan ve bu haklar Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanunlar tarafından ciddi ve ağır tedbirler ile koruma altına alınmaya çalışıldığından ikincilik ilkesi ile de bağlı olmalıdır. Daha az temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektirecek koruma tedbirleri ile mevcut delillere ulaşılabilme imkanı varsa ilgili tedbire başvurulmayacaktır.¹¹³ Beden muayenesi işlemine gerek olmadan, başka işlemler yapılarak aynı hukuki menfaati sağlayan deliller elde edilip maddi gerçeği ortaya çıkarmaya etkili ve elverişli bir durum oluşturulabiliyorsa bu tedbire başvurulmamalıdır. Buna göre kuruma ancak diğer delil elde etme yöntemleri denendikten sonra veya bunların etkisiz kalacağının anlaşılması koşulu ile son çare olarak başvurulmalıdır.¹¹⁴ İHAM güncel bir kararında¹¹⁵ bu durumu destekleyecek bir yaklaşımla yetkili makamların delil elde etmek için başka yöntemleri değerlendirdiklerini göstermesi gerektiği savunmuştur.

2.1.4. İşlenmiş Bir Suç Bulunması

CMK 75 ve 76. maddelerinde bir suça ilişkin delil elde etme amacıyla beden muayenesinin yapıldığı belirtilmiştir. Bu kapsamda işleme başvurmak için ortada işlenmiş bir suçun bulunması gerekmektedir.¹¹⁶ Temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmesi, niteliği gereği koruma tedbiri özelliklerinin ağır basması, işlemin uygulanması için aranan şüphe derecesi, kanun ve yönetmelik düzenlemeleri geçmişte işlenen bir suç bulunmadığı takdirde bu tedbire başvurmaya izin vermemektedir.

¹¹² Altun, Özçelik, Karaca, s.94.

¹¹³ Ertuğrul, Hüseyin (2008), “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1), s.696, Fırat, s.37-38, Sarı, s.169, Apiş, s.280, Koyuncu, s.45, Kızıllarslan, s.231, Doğan, s.113, Karcem, Zorlu s.1162, Sarsıkoğlu, s.704, Yıldırımkal, s.26, Kahraman, s.289-290.

¹¹⁴ Mahmutoglu, Fatih Selami (2010), “Beden Muayenesi”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2 (7), s.26, Ünver, Hakeri (2018), s.270, Aygörmmez, s.24, Apiş, s.280, Koyuncu, s.44-45, Sarsıkoğlu, s.703.

¹¹⁵ Güngör/ Türkiye, İHAM Başvuru No: 3824/17.

¹¹⁶ Sarı, s.165, Apiş, s.279, Koyuncu, s.77, Sarsıkoğlu, s.698-699.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi tedbirine tabi tutulması için iç beden muayenesinin aksine bir suç sınırlaması yoktur.¹¹⁷ İç beden muayenesi için ise belli ağırlıkta hapis cezasını gerektiren suçun işlenmiş olması kanun ve yönetmelik maddelerinde düzenlenmiştir. Diğer kişilerin beden muayenesi işlemine, iç ve dış beden muayenesi fark etmeksizin ve herhangi bir suç sınır olmaksızın işlenmiş olan her suç tipi için başvurulabilir. Suçun kasıtlı veya taksirli olması bakımından bir ayırım yapılmamıştır.¹¹⁸

2.1.5. Şüphe Derecesi

Şüphenin sözlük anlamı kuşkudur.¹¹⁹ Kuşku ise bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, şüphe, acaba, şek anlamına gelmektedir.¹²⁰ Ceza Muhakemesi Hukukunda ise şüphe yapılacak işlemlere göre çeşitli şekillerde derecelendirilmiş olmakla birlikte farklı anlamları da karşılamaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukunda gerçekleştirilen işlemler bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında etkili olan deliller, şüphenin derecelendirmesinde de esas alınmaktadır.

Ceza Muhakemesinde şüphe; basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere derecelendirilmiştir.¹²¹ Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve sayıca az olan delillerdir.¹²² Makul şüphe ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. Maddesinde belirtildiği gibi “*hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe*” olarak tanımlanmıştır. Eldeki delillere bakıldığında, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli olduğunda yeterli şüphe ve eldeki delillere

¹¹⁷ Aygün, s.57, Fırat, s.41, Özkan, s.74, Aksoy İpekçioğlu, s.34, Sarı, s.165, Apiş, s.276, Doğan, s.119.

¹¹⁸ Sarı, s.165, Akbulut, s.103, Aksoy İpekçioğlu, s.34, Kareem, Zorlu s.1156.

¹¹⁹ <https://sozluk.gov.tr/> E. T.: 15.04.2023.

¹²⁰ <https://sozluk.gov.tr/> E. T.: 15.04.2023.

¹²¹ Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.385, Yenisey, Nuhoğlu, s.310, Balcı, Murat (2012), “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturulması”, Terazi Hukuk Dergisi, 7 (72), s.12, Yıldırımkal, s.38, Özkan, s.64.

¹²² Öztürk, Kazancı, Güleç (2017), s. 28, Özkan, s.64, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.386.

bakıldığında, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüphe var demektir.¹²³

Beden muayenesi işleminin düzenlendiği CMK ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik'te geçen “*bir suça ilişkin delil elde etmek...*” hususu ile işlemin yapılması için bir suçun işlendiği şüphesi ve buna ilişkin bir delil elde etme amacının bulunması gerektiği belirtilmiştir. CMK m. 160 bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevinden bahsetmektedir ve madde düzenlenmesi “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimin veren bir hali öğrenir öğrenmez...*” şeklinde başlamaktadır. Suç işlendiği izlenimi ile anlatılmak istenen suç işlendiği şüphesidir.¹²⁴

Doktrindeki bir görüşe göre beden muayenesi işlemini gerçekleştirmek için bir suçun işlendiğine dair şüphenin varlığı yeterlidir.¹²⁵ Başka bir görüşe göre işlemi gerçekleştirmek için soruşturma evresinin başlatılması için gerekli olan basit şüphenin varlığı yeterlidir.¹²⁶ Doktrinde ifade edilen başka bir görüş ise beden muayenesi açısından en azından makul şüphenin aranması gerektiğidir.¹²⁷ Beden muayenesi, temel hak ve özgürlüklere köklü müdahale gerektiren bir işlem sebebiyle kuvvetli şüphe bulunması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.¹²⁸

Kanaatimce; beden muayenesi işleminin hukuka uygun şekilde yapılması için aranan şüphe derecesi bakımından doktrinde farklı görüşlerin olmasının sebebi, kanunda ve ilgili yönetmelikte açıkça düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Beden muayenesine ilişkin “*Hukuki Niteliği*” başlığı altında belirttiğimiz üzere beden muayenesi temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi, kanunda düzenlenmiş olması, geçici olması gibi özelliklerinden dolayı koruma

¹²³ Öztürk, Kazancı, Güleç (2017), s. 29, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.271, Özkan, s.64, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.388.

¹²⁴ Yargıtay, 18. CD, E.2019/8540, K.2019/17373 K.T.:09.12.2019, Yargıtay, 18.CD, E.2019/7008, K.2019/12702 K.T.:23.09.2019, Yargıtay, 18. CD, E.2017/4819, K.2017/15005 K.T.:18.12.2017.

¹²⁵ Şanlı, Nurcihan (2014), Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi, s.80.

¹²⁶ Aygörmez, s.138, Özkan, s.66, Koyuncu, s.43, Sarsıkoğlu, s.699, Bağlar, s.79.

¹²⁷ Eroğlu, Fulya (2009), Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, s.40, Fırat, s.32.

¹²⁸ Yıldırımkal, s.39.

tedbiri niteliği ağır basmaktadır. Koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan koşullardan biri de suç şüphesinin belli bir yoğunlukta olmasıdır.

Kanun düzenlenmesinde belirtildiği üzere, beden muayenesinin bir suça ilişkin olarak yapılması, ortada bir suç işlendiğini gösteren şüphesinin bulunmasına bağlıdır. Beden muayenesi için gerekli olan şüphe derecesinin basit şüphe (başlangıç şüphesi) olması gerektiği aksi takdirde ceza muhakemesi işlemesine engel olacağı ve sadece maddede açıkça anılmadığı için başlangıç şüphesinin aranması gerektiği görüşüne katılmamaktayım. Beden muayenesi işlemlerinin, temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunması ve onları sınırlandırması nedeniyle şüphenin en hafif derecesi olan başlangıç şüphesi ile yapılmaması daha uygun olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen vücut bütünlüğüne ve özel hayatın gizliliğine ilişkin, temel haklarla yakından ilişkili olan benzer nitelikteki koruma tedbirlerine bakıldığında; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, teknik araçla izlenme için kuvvetli şüphe sebepleri, gözlem altına alınma için kuvvetli şüphe ve arama tedbiri için makul şüphe aranırken beden muayenesi için basit şüphenin aranması ceza muhakemesi sistematığına aykırı olacaktır. Aksi takdirde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde görev yapan savcılar ve hakimlerin, delillerin az ve yetersiz olduğu durumlarda kısa yoldan sonuca ulaşmak için yaygın beden muayenesi alışkanlığı edinmesine sebep olabilir.

Kanaatimce; iç ve dış beden muayenesi için farklı şüphe derecelerinin aranmasına gerek yoktur. Muayene, kişi dokunulmazlığını etkileyen ve ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte tıbbi bir işlemdir. İHAM, tıbbi müdahaleyi özel hayata müdahale olarak kabul etmektedir.¹²⁹ Dış veya iç beden muayenesi yapılırken temelde insan onuru ve vücut bütünlüğü dokunulmazlığı ilkesinin korunması hedeflenmiş, özel hayatın gizliliğinin ve dolayısıyla kişisel verilerin ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir.

Hukuka uygun olarak elde edilen delillerin, somut olayda beden muayenesi yapılması gerektiğine dayanak oluşturması ve başka yollarla delil elde etme olasılığının bulunmaması gerekir. Tıbbi yöntemlerle yapılan muayene sonucu kişinin sağlığının zarar görmesi muhtemel

¹²⁹ Hakeri (2023), s.21, Benzer yönde Bkz.: Karakul, Selman (2016), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), s.190-191.

olması¹³⁰, Anayasa ve Ceza Muhakemesi kapsamında korunan temel haklara ciddi müdahalelerde bulunması ve temel amacın delilden sanığa giderek maddi gerçeğe ulaşmak olması sebebiyle beden muayenesi işlemi için somut delile dayanan kuvvetli şüphe aranmalıdır. Bu durum kanunda açıkça düzenlenmelidir.

2.2. Şüpheli veya Sanık Bakımından İç Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları

2.2.1. Tedbire Karar Verecek Makam

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin 1. fıkrası *“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”* şeklinde düzenlenmiştir. CMK m.75'te karar alma mekanizmasına ilişkin düzenlemenin aynısı Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.4/1'de yer almaktadır.

Karar alma süreci ile ilgili tartışma yaratan durumlardan bir tanesi istemde bulunacak kişiler arasında şüpheli ve sanığın sayılmamış olmasıdır. Şüpheli ve sanık, beden muayenesi neticesinde kendi lehine delil elde edeceğini düşündüğü için suçsuzluğu ispatlamak amacıyla istemde bulunma hakkına sahip olmalıdır.¹³¹ Bu nedenle mağdur ve Cumhuriyet savcısının istem hakkının kanunda düzenlendiği gibi şüpheli ve sanığın istem hakkının da kanunda yer alması daha uygun olacaktır.

CMK m.75'e göre, kural olarak soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise görev yapan mahkemenin karar vermesi gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller istisna kabul edilmiş ve özel düzenlemeye konu edilerek Cumhuriyet savcısına bu

¹³⁰ Isparta Cumhuriyet Başsavcısı Hakkında Şikayet ve Açıklama: “Zorla Muayene İşkencedir, Emir Kanunsuzdur!”, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b8bb4c22-ba60-11ec-9921-4b9f3e5a0818, E.T.:15.04.2023.

¹³¹ Doktrinde benzer yöndeki görüşler için Bkz.: Aygün, s.60, Özkan, s.68, Eroğlu, s.53, Apış, s.282, Yıldırımkal, s.39.

durumlarda karar verme yetkisi tanınmıştır. Cumhuriyet savcının karar yetkisi, sınırsız olmayıp mutlaka gerekçelendirilerek yirmi dört saat içinde sulh ceza hakimine sunulması mecburiyeti taşımaktadır.

Bu noktada tartışılması gereken hususlardan biri; sulh ceza hakiminin zorunlu olarak soruşturma evresinde görev yapması durumunda kararın nasıl alınması gerektiğidir. Muayene kapsamında karar alınmasına ilişkin düzenlemelerin, hakkın kötüye kullanılmasını engelleme ve hukuki denetim sağlama amacına sahip olduğu da unutulmamalıdır. Bu durum, “*Diğer Kişilerin Beden Muayenesi*” başlığı altında tartışılmış olup ilgili bölüme atıf yapılmakla yetinilecektir.

*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin*¹³² neler olduğu Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.3’te tanımlanmış olup somut olay kapsamında, olayın niteliği gereği bir aciliyet ve zorunluluk gereken hallerde, mutlaka geçerli sebeplere dayanarak yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Cumhuriyet savcısı yapacağı değerlendirme sonucunda, muayene için gerekli olan diğer koşulların mevcut olduğuna karar verirse iç beden muayenesi kararı alabilmektedir.

CMK m.75/1’e göre Cumhuriyet savcısının karar verdiği hallerde, bu kararın onaylatılacağı merciler, hakim veya mahkeme olarak belirlenmiştir. Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde aktif olarak görev yapmasına rağmen iddianamesi kabul edilip kovuşturma evresine geçtiğinde, iddia makamı olarak görev yapar ve karar yetkisi mahkemeler tarafından kullanılır. Bu durum, gecikmesinde sakınca bulunduğu iddiasının kovuşturma evresinde ileri sürülememesine neden olmaktadır. Doktrinde de kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının iç beden muayenesi kararı alamayacağı savunulmuştur.¹³³

¹³² Gülşen, Recep (2015), “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3 (2), s.234, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/75, K. 2019/18 K.T.: 17.01.2019, Özkan, s.67.

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4: “...Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli...”, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4: “...a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, b) Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli...”.

¹³³ Aygün, s.59, Sarı, s.171, Kılıç, s.136, Eroğlu, s.56.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar verme yetkisi ile ilgili doktrinde çeşitli görüşlere neden olan bir başka husus; kolluğa karar verme yetkisinin tanınıp tanınmayacağıdır. Kanaatimce; iç beden muayenesi gibi ciddi müdahale gerektiren işlemlerde kolluğa yetki verilmesi temel hakların güvenliğini tehlike atmaya sebep olabilir. Kolluk görevlilerinden beden muayenesi koşullarının oluşup oluşmadığı ile ilgili doğru bir şekilde değerlendirme yapmasını beklemek oldukça zordur. Ayrıca soruşturma evresinde kolluk amirlerinin Cumhuriyet savcılarına ulaşmaları da oldukça kolaydır. Kolluk görevlilerine bu şekilde geniş bir yetki verilmesi, uygulamada hakkın kötüye kullanılarak isteğe bağlı işlem yapılmasına ve yanlış kararlar nedeniyle hem yargı organlarının hem de adli tıp personellerinin iş yükünün artmasına sebep olur. Bu nedenle, kanun düzenlemesi yerinde olup kolluk görevlilerine karar verme yetkisinin tanınmaması gerekir.¹³⁴

2.2.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi

CMK m.75/3'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini gerçekleştirecek kişiler, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi olarak belirlenmiş ve işlemi yapan tabip dışındaki kişilerin tabip gözetimi altında olmasına ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu düzenleme ile sağlık mesleği mensuplarına verilen yetkinin iç beden muayenesi için geçerliken daha kolay yapıldığı düşünülen bir işlem olan dış beden muayenesini kapsamında düzenlenmemesi hukuk sistematığına ve tedbirin niteliğine uygun düşmemektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.3, sağlık mesleği mensuplarını “*tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” olarak belirlemesine rağmen m.4/2’de şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi bakımından işlemin yapılmasında yetkiyi CMK düzenlemelerine aykırı olarak sadece tabibe vermiştir. Kanunun sağlık mesleği mensuplarına tanıdığı bu yetkinin yönetmelik ile kaldırılması mümkün değildir.¹³⁵ Her ne kadar Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik ile yapılan yetki daraltılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilse de tıbbi işlemlerde kişinin sağlığına verilecek zararın değerlendirilmesi, temel hakların

¹³⁴ Benzer yönde Bkz.: Özkan, s.67-68, Fırat, s.40.

¹³⁵ Doktrinde benzer yöndeki görüşler için Bkz.: Donay, Süheyl (2012), Ceza Yargılama Hukuk (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları, s.88, Koyuncu, s.56, Sarı, s.176, Dursun, s.2974.

korunmasının sağlanması ve işlemin niteliği gereği dış beden muayenesine göre daha ağır müdahale içermesi nedeniyle kanun düzenlenmesinin müdahalenin niteliğine ve bölgesine göre alanında uzman tabiplerce yapılmasını içermesi gerekmektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik kapsamında düzenlenen muayene hükümlerinde, sadece tabip tarafından işlemin yapılabileceğini bildiren ifadeler yer verilmesinin temel sebeplerinden biri tıbbi müdahalelerin hekimlik sanatının bir ürünü olmasıdır. Beden muayenesini gerçekleştirecek olan tabibin tıp fakültesinde eğitim alması yeterli kabul edilmemelidir. Hekimlik sanatını icra etmeye yetkili olan ve tıp fakültesi diplomasına sahip olan tabip işlemi gerçekleştirebilecektir.¹³⁶

Kanaatimce, olayın gerçekleştiği bölgede yeterli sayıda doktor bulunmaması gibi zorunlu haller dışında kişilerin hekim seçme hakkını kullanması mümkün olmalıdır. Özellikle gerçekleştirilmek istenen işlemin hassasiyet ve uzmanlık gerektirdiği açık olup kişilerin alanında uzman doktorlara muayene edilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Şüpheli ve sanık için cerrahi müdahale yasağı düzenlenmediğinden bu kişilere yapılacak basit cerrahi işlemler dışındaki cerrahi müdahalelerin, uzman hekim tarafından yapılması hukuki gerekliliktir.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir konu da cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan girişimsel olmayan tıbbi görüntülemelerin kimler tarafından yapılması gerektiğidir. CMK m.75/4 cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayeneyi iç beden muayenesi olarak kabul ettiği¹³⁷ için bu bölgelerde yapılan girişimsel olmayan tıbbi görüntülemelerin iç beden muayenesine yetkili kimseler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi için CMK düzenlemesi sağlık mesleği mensuplarını da görevlendirdiği için işlemin alanında uzman sağlık mesleği mensubu kişi tarafından gözetim altında olmadan yapılması mümkün kılınmıştır.

¹³⁶ Dizdar, Emre (2019), “Yetkisiz Hekimlik Suçu (1219 Sayılı Kanun m.25)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (38), s.296,299, Koyuncu, s.60, Azgın, Nermin (2021), Zorla Tıbbi Müdahale, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Medipol Üniversitesi, s.27.

¹³⁷ Doktrinde benzer yöndeki görüşler için Bkz.: Aygün, s. 55, Aksoy İpekçioğlu, s. 24; Dursun, s. 2967, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.538.

2.2.3. Cezanın Belli Bir Ağırlıkta Olması

Ceza Muhakemesi Kanunu m.75/5'te “Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı” düzenlenmiş olup şüpheli ve sanık için iç beden muayenesinin uygulanma şartı olarak cezanın belli bir ağırlıkta olması gerektiği belirlenmiştir. Kanun koyucunun suç nedeniyle hükmedilecek ceza miktarında sınırlandırma yapmasındaki temel neden, iç beden muayenesinin niteliği itibari ile vücut bütünlüğüne ağır müdahalede bulunmasıdır.

Suç nedeniyle verilmesi öngörülen hapis cezası miktarının belli bir ağırlıkta olmadığı suçlarda, iç beden muayenesinin yapılması menfaatler arası denge bakımından problemlere neden olacaktır. Ayrıca kanunda yer alan ceza sınırı nedeniyle yargılamaya sıklıkla konu edilen bazı suçlar için bu tedbire başvurmak mümkün olmamaktadır. Bu düzenlemenin yaratacağı sorunlara çözüm olarak kanun koyucu, CMK m.75/7'de “Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır” diyerek ceza sınırının bu hüküm kapsamına giren olaylar için uygulanmayacağını belirtmiştir.

Şüpheliye soruşturma evresinde isnat edilen suç sayısı birden fazla ise ceza sınırının her suç için ayrıca değerlendirmesi gerekmektedir.¹³⁸ Tedbirin temel amacı bir suça ilişkin delil elde etmek olduğu için o suça ilişkin düzenlenen hapis cezasının üst sınırı 2 yılın altında ise kanun gereğince şüpheli veya sanığa iç beden muayenesi yapılamaz. Suçun yaptırımı olarak hapis cezasının yanında başka yaptırımların da düzenlendiği durumlarda hapis cezasının miktarına göre karar verilmesi gerekir.

Doktrinde benim de katıldığım bir görüşe göre, kovuşturma aşamasında yüklenen suçun hukuki niteliği değişir ve cezanın üst sınırı 2 yılın altına iner ise kanun düzenlenmesine göre elde edilen delillerin değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.¹³⁹

Dış beden muayenelerinde, iç beden muayenesi kadar kişi dokunulmazlığına ciddi müdahalede bulunulmaması ve kişiye zarar verme ihtimallerinin çok yüksek olmaması sebebiyle

¹³⁸ Aygün, s.63, Doğan, s.104, Sarsıkoğlu, s.700, Eroğlu, s.51, Adar Özdemir, s.94.

¹³⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.539, Eroğlu, s.51.

işlemin yapılmasını zorlaştırmamak için ceza sınırı belirtilmemesinin doğru bir düzenleme olduğunu düşünmekteyim. Her ne kadar ceza sınırının belirlenmesinin orantılılık ilkesinin bir gereği olduğu düşünülse de tedbire başvurmadan önce aranan ön koşullar menfaatler arasında bir değerlendirme yapıldığını göstermektedir. Beden muayenesi tedbirine başka şekilde delil elde etmenin mümkün olmadığı olaylarda en son çare olarak başvurulması, şüphe derecesi ve karar mekanizmasının her suç bakımından ayrıca değerlendirme yapması, sınırın sabit ceza miktarına göre belirlenmesi yerine suç tiplerine, savunma hakkının kullanılması imkanına ve işleme maruz kalacaklara göre değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Yargıtay kararlarında, cezanın üst sınırına iki yılın dahil olduğunu düşünülerek karar verildiği görülmüştür.¹⁴⁰Bu nedenlerle, sadece ceza miktarının sınırına göre karar vermenin amaç ile örtüşmediği ortadır.

Ceza sınırının sadece şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini düzenleyen kanun hükmünde yer alması ve diğer kişilerin iç beden muayenesinde düzenlenmemiş olması, orantılılık ilkesine aykırılık yaratmakta ve cezası miktarının belli bir ağırlıkta olmadığı suçlarda dahi kişilerin zorla beden muayenesine maruz kalmasına yol açmaktadır.

2.2.4. Sağlığa Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

CMK m.75/2'de şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde, müdahale şartı olarak özel bir düzenleme olan sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması belirlenmiştir. Düzenlemenin kanunla yapılması, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı gibi temel haklara güvence sağlaması ve koruma tedbiri niteliğinin gereği olması nedeniyle hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu nedenle, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi ile diğer kişilerin muayenesini düzenleyen hükümlerde de sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartının özel olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Muayene işleminde kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini değerlendirecek olan bilirkişi olarak görev yapan tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişidir.¹⁴¹ Hakim veya savcı,

¹⁴⁰ Yargıtay, 9. CD., E. 2015/6512, K. 2015/4911, K.T.: 05.05.2015, Yargıtay, 10. CD., E.2012/20312, K.2013/63, K.T.:07.01.2013, Yargıtay, 10. CD., E.2014/1869, K.2014/1563, K.T.:10.03.2014, Bağlar, s.94.

¹⁴¹ Ergün, Yusuf (2022), "Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi: Türk Mevzuatı Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, 31(3), s.161, Altun, Özçelik, Karaca, s.95, (CMK m.75/3'te "İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir." şeklindeki düzenleme bu düşüncüyü desteklemektedir.).

muayene işleminin kişinin sağlığına etkisi hakkında herhangi bir belirleme yapamaz. Sağlık hakkında bilirkişi olarak değerlendirme yapan tabibin görüşünün, hakimi bağlaması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sağlık kavramı kapsamına nelerin gireceği toplumdan topluma değişmektedir. Siyasi, sosyal veya ekonomik nedenlerden dolayı sağlık hizmetlerine ulaşmak ve onlardan yararlanmak herkes için farklı olsa da herkese eşit uygulanması için tabiplerin sağlık kavramının içeriğini ortak şekilde belirleyip kabul etmesi gerekir. Dünya Sağlık Örgütü, sağlık kavramını “*Sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali*” olarak tanımlamıştır.¹⁴² Bu tanım tabiplere yol gösterici olarak kabul edilmiştir.

Sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması hem hekimlerin meslek etik ilkelerinden biri olan “*Zarar Verme*” ilkesinin hem de orantılılık ilkesini bir sonucudur. Bu düzenleme ile daha önce uygulanmayan ve sonuçları tahmin edilemeyen; işlemlerin, deneylerin, ilaçların veya tıbbi aletlerin uygulanması da engellenmektedir.

Doktrindeki bir görüş, yapılan muayene işlemi normal şartlarda kişinin sağlığına zarar vermeyecek bir müdahale olmasına rağmen hekimin taksirli davranışı nedeniyle kişinin sağlığına zarar verdiğinde elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul etmez.¹⁴³

Muayene türleri ve işleme maruz kalacak olanlar fark etmeksizin somut olayda, kişilerin sağlık durumuna göre değerlendirme yapılması gerekir. Muayene işleminin gereği olarak kabul edilen hastanın öyküsünün alınmasının en önemli sebebi sağlık durumunun değerlendirilebilmesidir. Doktrindeki bir görüşe göre, muayeneden korkmak veya aşırı heyecanlanmak gibi psikolojik faktörler sağlığa zarar verme kapsamında kalmaz.¹⁴⁴ Kişinin bir miktar acı çekmesi, sıkılması, rahatsızlık duyması zarar verme kapsamında değildir.¹⁴⁵Yapılan muayene sonucu oluşan kas gerginliği, irkilme, bunalma hissi, stres hali, panik hali, yanma hissi,

¹⁴² Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları, (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html, E.T.:23.07.2023.

¹⁴³ Aygün, s.61, Akbulut, s.111, Sarı, s.174.

¹⁴⁴ Sarı, s.173, Turhan, s.1049, Doğan, s.108.

¹⁴⁵ Özkan, s.73, Bağlar s.100.

karıncalanma hissi de geçici nitelikte olduğu takdirde sağlık sorunu bulunmayan bireylerde zarar verme kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu durumu destekleyen nitelikte, beden muayenesi işleminin kişinin sağlığı üzerinde esaslı olmayan tehlikeler yaratabileceği görüşü bulunmaktadır.¹⁴⁶ Bu görüşe göre, kişinin sağlıklı olduğu durumlarda, beden muayenesi kapsamında girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri uygulanmasıyla az miktar radyasyona maruz kalması, zarar verme olarak değerlendirilmeyecektir.

Diğer kişilerin muayenesinin düzenlendiği kanun hükmünde cerrahi müdahale yasağı mevcut olmasına rağmen şüpheli ve sanık için böyle bir yasak bulunmamaktadır. CMK m.75'te cerrahi müdahale yasağının düzenlenmemesi, işlemin yapılabileceği anlamına gelmemekle birlikte uygulamada bu şekilde yorumlanması ve işlemin niteliği gereği kanunla düzenlemenin gerekliliğine işaret etmektedir. Kanunda açıkça düzenlenmese dahi şüpheli ve sanığa iç beden muayenesi kararı alınmasıyla gerçekleştirilen ameliyat işleminin Yargıtay tarafından uygun bulunması, cerrahi müdahaleyi kabul ettiğini göstermektedir.¹⁴⁷

Cerrahi müdahaleler, kişilerin sağlığına zarar verme tehlikesi taşımaktadır. Bu nedenle cerrahi müdahalede bulunurken tehlike için değerlendirme yapılmalı; tehlikenin oranı az görülse dahi son çare olarak başvurulmalı, tehlike oranı yüksek görüldüğüne işlem gerçekleştirilmemelidir. Muayene süresinin de sağlığa zarar verme kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Süre uzadıkça kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi potansiyel olarak yüksektir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte, muayene işlemleri için ortak şart olarak sağlığa açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini düzenleyen kanun hükmünden farklı olarak yönetmeliğe “*açıkça ve öngörülebilir*”¹⁴⁸ ifadesi eklenmiştir. Bu ifade ile işlemi gerçekleştirecek olan tabip veya sağlık mesleği mensubunun sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Doktrinde sağlık üzerindeki tehlikeye göre müdahale öncesi, müdahalenin yapılacağı kurum, müdahaleyi yapacak sağlık

¹⁴⁶ Aygörmez, s.159.

¹⁴⁷ Yargıtay, 10.CD., E.2020/12869, K.2021/6201, K.T.:26.05.2021.

¹⁴⁸ Kareem, Zorlu, s.1160, Apiş, s.293, Doğan, s.101, Dursun, s.2968.

çalışanının hekim/hemşire olup olmayacağı, hekimin uzmanlık alanı vs. değerlendirilmesi yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁹

Tartışılması gereken hususlardan biri de rıza bulunmadığında yapılan zorla beden muayenesinin, hekimler tarafından muhtemel tehlike olarak kabul edilmesidir. Zorla yapılan muayenenin, kişinin bedenine ve ruhuna zarar verildiği düşünülmektedir.¹⁵⁰ Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan sağlık tanımının bu kadar geniş kapsamlı olması, ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasının önüne geçmektedir. Bu tanım nedeniyle sadece tehlike ihtimalinin bulunması dahi muayene işleminin yapılmasının engellenmesine neden olmaktadır. Doktrinde, sağlığa zarar vermenin kuvvetli bir ihtimale dayanması aranmaktadır.¹⁵¹ Kanaatimce; tehlikenin varlığından bahsetmek için işlem için gelindiği zamandaki durumundan negatif yöne doğru gitmesi ve gitme ihtimalinin yüksek olması gerekir. Ayrıca etkisini sürdürmeyen anlık hissiyatları zarar kapsamında değerlendirmemek gerekir. Bu nedenle her zorlamanın sağlığa zarar verme tehlikesine sahip olduğunu söylemek yerine somut olay bakımından değerlendirip gerekçelendirmek gerekmektedir.

2.3. Şüpheli veya Sanık Bakımından Dış Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları

2.3.1. Tedbir Talebinin Bulunması

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin CMK'da değil de Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte düzenlenmesi birçok sorunu beraberinde getirmiştir. Bu sorunlardan bir tanesi işlem konusundaki talebin hukuk düzeninde yarattığı etki ve kararın bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik 5. maddesi şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi için istemde bulunmayı yeterli kabul etmiş ve herhangi bir karar alma mekanizması

¹⁴⁹ Aygörmez, s.142.

¹⁵⁰ Sürücü, Zhamilov, s.437, Altun, Özçelik, Karaca, s.96, Türk Tabipleri Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Zorla Yapılan İç Beden Muayenesi Hakkında (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hsk_isparta_sikayet.pdf , E.T.: 11.03.2023.

¹⁵¹ Bağlar, s.89.

oluşturmamıştır. Bu düzenlemenin kanunla yapılmamış olması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesinin yanında kararla ilgili bilgi içermemesi nedeniyle yetersiz olduğu kabul edilmelidir.

CMK'nın 75. maddesinin gerekçesinde “*şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin herhangi bir karar alınmasına gerek olmadan soruşturma makamlarının bunu kendilerinin yapabileceğine*” ilişkin bir bilgiye yer verilmiştir.¹⁵² Doktrinde madde gerekçesine paralel bir görüş, düzenlemenin amacının kolluk görevlilerinin karar almadan dış beden muayenesi yaptırabilmelerini sağlamak olduğu yönündedir.¹⁵³

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.5'te talepte bulunabilecekler “*Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamları*” olarak sayılmış olup şüpheli ve sanığın istemi ile mağdurun şüpheli veya sanığa muayene işlemi yapılmasını isteme hakkının düzenlenmemesi hak ihlallerine neden olabilmektedir. Lehe ve aleyhe delillerin toplanması ile savunma hakkı kapsamında bu kişilerin işlemin gerçekleştirilmesini talep etme hakları bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş, talep noktasında bir sıralama ve şart aranmadığından kolluk görevlilerine tanınan yetki ile doğrudan doktordan talepte bulunmalarını mümkün kabul edilmiş ve bunun için kolluk amirinin yazılı emrinin gerekmediği savunulmuştur.¹⁵⁴ Talepte bulunma yetkisinin herhangi bir sıralama ve şart olmaksızın kolluk görevlilerine bırakılması ve karar alınmasına gerek olmaması, işlemin baskı yoluyla yapılabilmesine, keyfi uygulamalara başvurulmasına ve hukuki denetiminin yapılamamasına neden olabilir. Ayrıca şüpheli ve sanık terimleri, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kullanılmakta olup soruşma evresinin amiri Cumhuriyet savcısı iken kovuşturma evresinin mahkeme kararlarıyla yürütüldüğü unutulmamalıdır. Sadece talebe göre işlem yapılması, yargılama evrelerindeki düzenin bozulmasına neden olabilir. Bu nedenle Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.18/3'te, şüpheli ve sanığın beden muayenesine rıza göstermesi halinde dahi soruşturma evresinde

¹⁵² Bayraktar, s.211, Turhan, s.1029, Kılıç, s.113, <https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1554> E.T.:10.09.2023.

¹⁵³ Akbulut, s.104, Turhan, s.1046-1047, Aygün, s.54, Şanlı, s.65, Kareem, Zorlu, s.1157, Sarsıkoğlu, s.708, Bayraktar, s.207.

¹⁵⁴ Akbulut, s.104.

Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma evresinde de hakim veya mahkemenin kararı aranır. Karar verilmediğinde, şüpheli ve sanığın savunma aracı olarak beden muayenesini yaptırması bu düzenleme kapsamında değerlendirilmeyip uzman mütalaası olarak dosyaya konulur.

Doktrinde, dış beden muayenesinin kanunla düzenlenmeme sebebi olarak üst araması koruma tedbirinin kurallarına tabi olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.¹⁵⁵ Kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Üst araması ile beden muayenesi arasındaki farklar ve koruma tedbirlerinin özellikleri ilerleyen başlıklarda anlatılmış olup tekrar edilmeyecektir. Buna ek olarak arama koruma tedbirlerinde karar alma mekanizmasının bulunduğu ve bir sıralamaya göre işlediği kanunda açıkça düzenlenmesine rağmen yapılış şekli benzeyen dış beden muayenesi tedbiri için bu usulün kanunla düzenlenmemesi doğru olmamıştır.

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde tartışılması gereken konu, talebin hukuken nasıl bir sonuç doğurması gerektiğidir. Doktrinde bir görüş, talebin geçerlilik koşulu mu yoksa kararın icrasına mı ilişkin olduğunun anlaşılmadığını belirtmiştir.¹⁵⁶ Kanaatimce, talebi geçerlilik koşulu olarak kabul edersek bu talebin karar mercine yönetilmesi gerekmektedir. Bu durumda talepte bulunanların belirtildiği gibi karar verecek mercilerin de yasal olarak düzenlenmesi gerekirdi. Aksi takdirde uygulamada talebin yöneleceği mercilerle ilgili karışıklıklar ortaya çıkacak ve bu durum yargı yüklerini artıracak, zaman kaybına neden olacak ve delillerin elde edilmesi amacına uygun olmayacaktır.

Her ne kadar kolluğun talebi amirine veya Cumhuriyet savcısına iletmesi, Cumhuriyet savcısının yetkili hakime iletmesi bakımından karışıklık olmayacağı düşünülse de kovuşturma makamlarının taleplerinin hangi mercie iletileceği sorunlara sebep olacaktır. Talebi işlemin icrasına ilişkin kabul ettiğimizde hekimin görevlendirilmesinin ve hekime yapılacak sevkın nasıl gerçekleştirileceği sorunu ortaya çıkar. Doktrinde, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik

¹⁵⁵ Aygün, s.53, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.537, Bayraktar, s.207, Şanlı, s.64-65, Aksi yönde Bkz.: Sarsıkoğlu, s.709.

¹⁵⁶ Eroğlu, s.40.

m.5'in düzenleme sebebi olarak kararı vermeye yetkili makamların sayılması ve talebin de hekime yöneltilecek emir olduğu sonucunun çıkarılması olduğu savunulmaktadır.¹⁵⁷

Sonuç olarak, talepte bulunanların sayılması ile kastedilen karar alınması gereken merciler olmadığı tespit edilmiştir. Dış beden muayenesine başvurulması her suç tipi için mümkün olduğundan soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından değerlendirilmesine gerek olmadığı yönünde bir düşünce oluşmamalıdır. Muayene, tıbbi bir işlemdir. Tıbbi işlemlerin kişiye verebileceği zararlar ve doğurabileceği hak ihlallerinin değerlendirilmesi ve dış beden muayenesinin de bir karar alma sürecinden geçmesi gerekmektedir. Ayrıca, dış beden muayenesi işleminin de koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığı açık olup bir karara dayanması gerekmektedir. Karar mercilerinin kanunla düzenlenmeme sebebi olarak rızaya değer atfedilmeye çalışıldığı düşünülse de işlemin niteliği gereği tüm hususların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Buna ek olarak, düzenlemede sadece talepten bahsedilmesi işlemin re'sen yapılamayacağı gibi bir algı yaratsa da bu düşüncenin doğru kabul edilmesi mümkün olmamaktadır. Anayasa güvencesi altında olan temel hak ve hürriyetlerin korunması, yargı makamlarına da bir sorumluluk olarak yüklenmiştir. CMK'da ispat yükü düzenlenmemiş olup korunan hukuki değerlerin kamu açısından önemi nedeniyle hakim veya mahkemenin re'sen beden muayenesine karar verebilmesi gerekmektedir. Re'sen karar verilebilmesi düzenlemesi, savunma hakkı kapsamında kişilerin talepte bulunabilmesini engellememektedir.

2.3.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin gerekçesinde, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin düzenlenmeme sebebi olarak işlemin tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmasının zorunlu olmadığı görüşünün esas alındığı görülmektedir. Kişilerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile ilgili görev yapan tabiplerin, bu hakların güvencesini sağlaması bakımından önemli olduğu kabul edilmelidir. Kanaatimce; temel haklarla bağlantısının bulunması, kişinin sağlığının daha üstün olduğunun kabul edilmesi, muayenenin tıbbi inceleme

¹⁵⁷ Eroğlu, s.41

gerektirmesi ve değerlendirilme işlemlerinin uzmanlık bilgisi gerektirmesi nedeniyle dış beden muayenesinin de tabip tarafından yapılması gerekmektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.5/2’de “*Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır*” şeklinde düzenlemiş olup içerik olarak işlem güvenliği ve kişilerin haklarının güvencesi bakımından yerinde bir düzenlemedir. Hukuken geçerli bir düzenleme olarak kabul edilmesi için aynı hükmün CMK’da da yer alması gerekmektedir.

Dış beden muayenesi kapsamında kabul edilen girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerini gerçekleştirecek kişiler için yapılan düzenleme, doktrinde farklı görüşleri ortaya çıkarmıştır. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.5/4’te bu görüntüleme işlemleri ile ilgili olarak “*incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Oysaki bu düzenlemede, girişimsel olmayan tıbbi görüntülemelerle alakalı bir tanımın yapılmamış ve yöntemlerin gösterilmemiş olmaması büyük bir eksikliklerdir.

Tıbbi görüntüleme yöntemleri ile kişinin bedeni radyolojik aletler yardımıyla incelenmektedir. Bu yöntemlere örnek olarak radyografi, manyetik rezonans, bilgisayarlı tomografi, ultrasonografi, mamografi sayılabilir.¹⁵⁸ Bu cihazların ortak özelliği kişileri radyasyona maruz bırakmaları olduğu için işlemin tek seferde yapılarak kişilerin sağlığını tehlikeye sokmaması gerekmektedir. Bu nedenle tıbbi görüntüleme alanında uzman sağlık mesleği mensuplarının işlemi yapması uygun olacaktır.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin yapılmasında yetkinin tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu başka bir kişiye verilmesindeki temel amaç, muayeneyi bir bütün halinde yapmak ve değerlendirmek, işleme müdahale edenlerin sayısının artması nedeniyle delillerin karartılmasını engellemek olarak belirlenebilir ve bu durum, kişilerin sağlığını korumak amacıyla işlemin tekrar edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırabilir.

¹⁵⁸ Akyolcu, Özhanlı, Kandemir, (2019), s.587, Aydoğdu, Ayşe, Aydoğdu, Yıldırım, Yakıncı, Zehra Deniz (2017), “Temel Radyolojik İnceleme Yöntemlerini Tanıma”, İnönü Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksek Okulu Dergisi, 5 (2), s.45-48, <http://radyoloji.uludag.edu.tr/radyolojik-inceleme-yontemleri.htm> E.T.:10.09.2023, <https://www.ozelsaglikhastanesi.com/kardiyoloji-girisimsel-olmayan-uygulamalar> E.T.: 10.09.2023.

2.3.3. Sağlığa Açıkça ve Öngörülebilir Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

Kanunda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmuyorken Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.5/3'te muayene şartı olarak “sağlığa açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması”¹⁵⁹ gerektiğini düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile sağlık hakkında karar verme yetkisi tabiplere tanındığı için işlemi uygulaması gereken kişinin tabip olduğunu da dolaylı olarak savunmaktadır.

Kişinin sağlığına zarar vermeme, orantılılık ilkesinin gereği olarak muayenenin yapılma şartı olarak belirlenmiştir.¹⁶⁰ Kanun koyucu işlemin gerçekleşmesi durumundaki menfaatleri karşılaştırdığında kişilerin sağlık hakkının korunmasını daha önemli bulmuştur. Bu durum hem zorla yapılacak beden muayenesinin sınırını oluşturmakta hem de maddi amaca ulaşmak için her işlemin yapılamayacağını belirtmektedir.

Doktrinde bir görüş, dış beden muayenesinde işlemin gerçekleştirilmesi sırasında tıbbi müdahalede bulunulmadığı için sağlığa açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmadığını savunmaktadır.¹⁶¹ Kanaatimce bu görüş işlemin niteliği ile uyumsuzdur. Dış beden muayenesi adı altında yapılan işlemler tıbbi müdahale türü olup iç beden muayenesi kadar tehlike açısından yüksek risk barındırmaya da niteliği gereği her işlem bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu konuda bir görüş, “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 geldiğini savunmaktadır.¹⁶² Tüm bu sebeplerden dolayı şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini düzenleyen hükümlerin kanunda açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

¹⁵⁹ Yıldız, Abdulkadir, Gürpınar, Süleyman Serhat, Eroğlu, İbrahim, Cinkara, Osman, Aldemir, Fatma Nur (2022), “Geleceğin Hekimleri Etik İkilemle Karşılaştıklarında Nasıl Davranacaklar? Adli Tıp Staj Rehberliğine Bir Bakış”, Adli Tıp Bülteni, 27(1), s.37, Fırat, s.46, Doğan, s.101, Apış, s.293, Yıldırımkal, s.43.

¹⁶⁰ Özkan, s.71, Dursun, s.2968, Koyuncu, s.77.

¹⁶¹ Turhan, s.1048-1049, Akbulut, s.111.

¹⁶² Adar Özdemir, s.88.

Sağlık kavramının muayene açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili detaylı görüşlerimi “*Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları*” başlığı altındaki “*Sağlığa Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması*” alt başlığında belirttiğim için aynı hususların tekrarından kaçınılması için ilgili bölüme atıf yapılması uygun bulunmuştur.

2.4. Diğer Kişiler Bakımından Beden Muayenesi Uygulanma Koşulları

2.4.1. Karar Bulunması

Diğer kişilerin beden muayenesi işlemi için karar aranması, hukuki denetimin yapılabilmesine ve kişilere muayene olması için baskı yapılmasının engellenmesi açısından önemli bir düzenlemedir. CMK m.76 ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.7/1 ve m.18/3 karar mekanizmasının kimler tarafından yürütüleceği belirtilmiştir.

CMK m.76/1’e göre, soruşturma evresinde diğer kişiler hakkında beden muayenesi kararı verebilmek için Cumhuriyet savcısının talepte bulunması veya sulh ceza hakiminin re’sen karar vermesi gerekir. Karar verecek merciler kural olarak hakim veya mahkeme olarak belirlenmiştir. Kanuna göre Cumhuriyet savcılarının karar verme yetkisi istisna olarak düzenlenmiş ve belli şarta bağlanmıştır. “*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.*” Kanun düzenlenmesin de belirtildiği üzere en son karar mekanizması yine hakim veya mahkemede birleşmektedir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.3’te “*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini*” gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak tanımlamıştır. Bu şartlar oluşmadan diğer kişilerin muayene edilmesine karar verildiğinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilir.

Soruşturma evresinde verilen muayene kararı ile ilgili tartışılması gereken konulardan biri, sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yapmasını gereken hallerde muayene kararı verip veremeyeceğidir. CMK m.163 gereği, diğer kişilerin muayene işlemi için gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcutsa ve Cumhuriyet savcısına ulaşamıyorsa veya olay genişliği nedeniyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa delilleri korumak amacıyla sulh ceza hakimi

soruşturma işlemini yapabilir.¹⁶³ Doktrinde bir görüş, sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde, diğer kişilerin beden muayenesi işlemine re'sen karar verme yetkisi olduğunu savunmaktadır.¹⁶⁴

Kanaatimce, bu gibi durumlarda sulh ceza hakimi, hakimlik sıfatını kaybetmese bile artık hakim olarak değil soruşturma evresinin amiri olarak işlemleri gerçekleştirmektedir.¹⁶⁵ Bilindiği üzere, hakim normal şartlar altında soruşturma evresinde araştırma faaliyetinde bulunmamaktadır. Sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde, araştırma faaliyetinde bulunduğu ve esas hakkında bilgi sahibi olması nedeniyle bir önyargısının oluştuğunun kabul edilmelidir. Bu nedenle muayene için normal zamanlarda talepte bulunması ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kararını hakim onayına sunması gerekmektedir. Aksi takdirde, kişi haklarına ciddi müdahalelere neden olan muayene tedbirini talep eden ile karar veren aynı kişi olacak ve bu durum hukuk devleti ve tarafsızlık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

CMK m.163'ün gerekçesi de *“Bu madde gereğince sulh ceza hakimi adeta bir cumhuriyet savcısı gibi yetki kullandığından düzenlediği dosyayı cumhuriyet savcısına göndermesi ve soruşturma sırasındaki kararların onun tarafından verilmesi gerekir”* şeklinde düzenlenmiştir.¹⁶⁶ Madde gerekçesinden de anlaşılabacağı üzere, sulh ceza hakiminin bu gibi durumlarda yapabileceği işlemler sınırlandırılmaya çalışılmıştır.

Beden muayenesi işlemi için Cumhuriyet savcısının yetkisi istisna olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığını gerekçe gösterdiği durumları, istisnai yetki kapsamında iddia

¹⁶³ Şen, Ersan (2022), “Soruşturmanın Sulh Ceza Hakimi Tarafından Yapılması”, (Çevrimiçi), <https://www.hukukihaber.net/sorusturmanin-sulh-ceza-hakimi-tarafindan-yapilmasi> ,E.T.:22.07.2023.

¹⁶⁴ Eroğlu, s.62, Kılıç, s.154, Sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde re'sen koruma tedbiri kararı vermesi hakkında Bkz.: Ünal, Haluk (2020), Adli Kontrolde Karar Süreci, Ankara: Adalet Yayınevi, s.62-63, Ersoy, Uğur (2009), Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.96.

¹⁶⁵ Sulh Ceza Hakiminin CMK m.163 kapsamındaki konumu için Bkz.: Yenisey, Nuhoglu, s.241: *“Sadece Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde görev yapan hakim ileriki aşamalarda muhakeme işlemi yapamaz.”* denilerek sadece kovuşturmadan değil muhakeme işlemlerinden de yasaklanmıştır., Şahin, Göktürk, s.89-90: Yazarlara göre; Sulh Ceza Hakimi, CMK m.163 hükmüne dayanarak Cumhuriyet savcısı sıfatıyla soruşturma işlemlerini yapmaktadır.

¹⁶⁶ Şen, Ersan (2022), “Soruşturmanın Sulh Ceza Hakimi Tarafından Yapılması”, (Çevrimiçi), <https://www.hukukihaber.net/sorusturmanin-sulh-ceza-hakimi-tarafindan-yapilmasi> ,E.T.:22.07.2023.

olarak değerlendirilmesi ve karar makamının iddia makamından ayrı olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Sonuç olarak, sulh ceza hakiminin soruşturma evresinin amiri olarak hareket ettiği durumlarda, muayene istemini görevli olan sulh ceza hakimliğine sunması kişilere sağlanan güvence açısından gerekli kabul edilmelidir.

CMK m.76/2, mağdurun rızasına bir değer atfetmiş ve karar alma mekanizmasının işlemesine gerek olmadığını belirtmiştir.¹⁶⁷ Mağdurun rızasının serbest iradesine dayanıp dayanmayacağını tespit edecek olan işleme karar verecek mercilerdir. Rızanın geçerli olduğu tespit edildiğinde, yazılı ve gerekçeli bir karara gerek olmadan ilgili kuruma gönderilmesi gerekir. Kuruma gitmeden önce yapılacak olan muayene işlemi ve bunun sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gerekir.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.18/3'te diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüş, soruşturma evresinde diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde hakim kararı alınmasına gerek olmadığı ve Cumhuriyet savcısının muayene işlemini isteme hakkının bulunduğunu savunmaktadır.¹⁶⁸

Tezin üçüncü bölümünün “*Rızanın Muayeneye Etkisi*” başlığı altında belirtildiği üzere diğer kişilerin rızalarına hukuki bir değer atfedilmesi isteniliyorsa kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. CMK'da kişilerin kendiliğinden rıza gösterilmesi halinde karar mekanizmasının nasıl işleyeceğinin düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunda yer almayan bu hususun yönetmelik ile düzenlenmesi hukuka aykırı olmasına rağmen uygulamada bu şekilde bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyim. Yargı organlarının yoğunluğu nedeniyle muayeneden beklenen sonuçların elde edilmesi için diğer kişilerin rızalarının bulunduğu durumlarda karar sürecinin Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.18/3'teki düzenlemenin kanuna eklenmesi gerekmektedir.

¹⁶⁷Aygörmez, s.160, Aygün, s.60, Özkan, s.77, Eroğlu, s.63, Dursun, s.2977, Sarı, s.165, Şanlı, s. 69, Fırat, s.83, Kareem, Zorlu, s.1162, Şahin, Göktürk, s.218.

¹⁶⁸ Koyuncu, s.84.

Diğer kişiler hakkında muayene kararını verilmesi için CMK’da herhangi bir suçla ilgili sınırlama mevcut değildir.¹⁶⁹ Bu nedenle her suç için diğer kişilerin beden muayenesine karar verilmesi mümkündür. Muayene kararı verildiği takdirde, diğer kişilerin vücut bütünlüğüne ciddi zararlar vermemek için muayene edilecek kısımların, muayene türünün ve suçun aydınlatılması bakımından tespit edilmesi beklenen bulguların açıkça kararlarda belirtilmesi gerekmektedir.

2.4.2. Tedbiri Uygulayacak Kişi

Somut olay bakımından koşullar mevcut olduktan sonra diğer kişilerin beden muayenesinin yapılmasına karar verildiğinde, işlemin kim tarafından gerçekleştirilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. CMK’nın 76. maddesinde, diğer kişilerin muayenesi ile ilgili şartları düzenleyen hükümde tedbiri uygulayacak kişiler hakkında herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Hukuki niteliği gereği, yapılacak olan işlemin tüm özelliklerinin kanunla belirlenmesi gerekirken yönetmelik ile düzenleme yapılması veya kıyas yolu ile uygulanmaya çalışılması ile hukuka aykırı işlemler yapılmaya başlanmıştır.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.7/2’de “*Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından*” yapılması gerektiği düzenlenmiştir. CMK’da diğer kişilerin iç-dış beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Beden muayenesi türleri arasında ayırım yapılmaması nedeniyle işlemin tabip tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülse de muayene sırasında başvuru tıbbi görüntüleme yöntemleri de tabip dışındaki sağlık personellerinin de yetkili olabileceğine işaret etmektedir.

Girişimsel olmayan tıbbi görüntülemeler, adli muayene kapsamında görevlendirilen hekimin gözetiminde, alanında uzman teknikerler veya uzman doktorlar tarafından yapılmaktadır. Kanaatimce, işlemin tekrar edilmesini engellemek, delillerin yok olmasının önüne geçmek ve doğru sonuçlara ulaşabilmek için diğer kişilerin girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemlerinin uzman teknikerler tarafından yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

Beden Muayenesi Hakkındaki Yönetmelik kapsamında çelişki oluşturan hususlardan biri, diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması noktasında beden muayenesinden farklı olarak

¹⁶⁹ Aygün, s.64, Eroğlu, s.62, Sarı, s.165, Aksoy İpekçioğlu, s.34, Sarsıkoğlu, s.711, Koyuncu, s.89, Doğan, s.119, Kareem, Zorlu, s.1163, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.454.

hekim gözetiminde sağlık meslek mensuplarının yetkili olmasıdır.¹⁷⁰ Bu iki tedbirin uygulanmasındaki riskler ve kişilere verebileceği zararlar karşılaştırıldığında, vücuttan örnek alma işlemini gerçekleştirecek kişiler bakımından yapılan yetkilendirme, muayene işlemine göre daha kolay gerçekleştirildiğini düşündürmektedir. Bu nedenle, diğer kişilerin muayenesi tedbirini uygulayacak kişilerin kanunla düzenlenmesi ve hekim tarafından veya hekimin doğrudan müdahalesini ve tıbbi bilgisini gerektirmeyen işlemlerin sağlık mesleği mensupları tarafından gerçekleştirilebileceği hususunun hükme eklenmesi gerekmektedir.

2.4.3. Tedbire Maruz Kalacak Kişi

CMK m.76'da “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” başlığı altında şüpheli ve sanık dışındaki kişiler için ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmuştur. Kanun koyucunun, kişilerin ceza yargılamasındaki sıfatlarına göre beden muayenesi koşullarında düzenleme yapması, işlemi farklı amaçla yapması değil, olayla aralarındaki bağlantıdan dolayı maruz kalacakları ciddi müdahalelerin hak ihlalleri yaratmasını engellemek içindir.

Beden muayenesi tedbirinin temel prensiplerinden biri olan yaşayan insan üzerinde işlem gerçekleştirilmesi kuralı, diğer kişiler için de geçerlidir.

Doktrinde, CMK ve Yönetmelik düzenlemelerinde kavramlar farklı şekilde tanımlanmış ve bir bütünlük sağlanamamıştır. CMK m.76 ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.7'de diğer kişilerin beden muayenesi başlığı altında düzenleme yapılmış ve madde başlığı ile madde metni birbirini tam olarak karşılamamıştır.¹⁷¹ Bu nedenle, diğer kişi kavramının içeriği sınırları konusunda doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Özellikle Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte karar alma süreci bakımından diğer kişi ve mağdur ayrımının mevcut olduğu dikkat çeken hususlardan biridir.

CMK m.76'ya bakıldığında, madde metninde beden muayenesi düzenlenen kişilerin sınırlandırıldığı görülmektedir. Kanunda; mağdur, soy bağı araştırılmasına gerek duyulan çocuk, tanıklıktan çekinme hakkını kullanacak kişiler, çocuk ve akıl hastası kavramları diğer kişi başlığı

¹⁷⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.545, Aygün, s.62, Sarı, s.177, Kareem, Zorlu, s.1163.

¹⁷¹ Eroğlu, s.60, Şanlı, s.66, Bağlar, s.101.

altında düzenlenmiştir. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.7 ise mağdurun ve diğer kişiler arasında ayırım yapmış ve buna uygun bir düzenleme yapmıştır. Yargıtay ise bir kararında, CMK m.76'daki düzenlemelerin diğer kişileri de kapsadığını kabul etmiştir.¹⁷²

Doktrinde bir görüş, diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen madde metninde mağdurdan bahsetmesi nedeniyle mağdur üzerinde gerçekleşecek beden muayenesinin olanaklı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷³ Bu görüş, mağdur ve soy bağı araştırılması gereken çocuklardan bahsedildiği için bunlar dışındakileri, diğer kişi kavramı içinde değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Başka bir görüş ise diğer kişi kavramının mağduru da içine aldığı şeklindedir.¹⁷⁴ Diğer bir görüşe göre, diğer kişiler ile mağdur, tanık veya tanık olmayan 3. kişiler ve soy bağı tespit edilecek çocuk kastedilmektedir.¹⁷⁵

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik mağduru, ceza hukukunda kabul edilen anlamdan farklı şekilde düzenlemek istemiştir. Mağdur kavramı, bu yönetmeliğin 3. maddesine göre “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi” olarak tanımlanırken ceza hukukundaki tanımın sınırlarını genişletildiği görülmektedir. Beden muayenesi tedbiri, ceza muhakemesinde başvurulacak koruma tedbiri türü olduğundan ve bir suça ilişkin delil elde amacıyla başvurulduğundan muhakeme kapsamında kabul edilen tanıma uygun ele alınmalıdır. Ceza muhakemesinde mağdur suçtan zarar gören kişidir ancak her suçtan zarar görenin mağdur sıfatını almayacağını da hatırlatılmalıdır.¹⁷⁶ Sonuç olarak, suç oluşturmayan bir eylem nedeniyle kişinin zarar görmesi mağdur sıfatıyla kişinin beden muayenesi tedbirine maruz kalacağı anlamına gelmemektedir.

¹⁷² Yargıtay, 1. CD., E. 2018/5059, K. 2020/2850, K.T.:16.11.2020.

¹⁷³ Ünver, Hakeri (2018), s.277, Benzer yönde Bkz.: Yenisey, Nuhoglu, s.641:“Diğer kişilerden kasıt mağdurdur.”.

¹⁷⁴ Aygün, s.66, Eroğlu, s.60.

¹⁷⁵ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.543, Aksoy İpekçioğlu, s.23, Adar Özdemir, s.100, Sarı, s.60-61.

¹⁷⁶ Artuk, Mehmet Emin, Gökcen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim (2017), Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı), Ankara:Adalet Yayınevi, s.304, Turanlı, Asiye Merve (2012), Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, s.26-28, Sarı, s.30, Yenisey, Nuhoglu, s.167, Şahin, Göktürk, s.91.

Kanaatimce, kural olarak yapılacak işlemlerin madde metninde belirtilen koşullara uygun yapılması gerekse de madde başlıkları maddenin yorumlanmasında başvuru, sınırları belirleyen ve kanun koyucunun iradesini içeren belirteçlerdir. Kanun koyucu, m.75'te şüpheli ve sanık için ayrı bir düzenleme yaparak m.76'da diğer kişileri, şüpheli ve sanık olmayan kişiler olarak belirlemek istemiştir. Şüpheli veya sanık dışındaki kişiler, suça konu olan olayla ilgili olarak kendi bedenlerinde maddi gerçeği ortaya çıkaracak delilleri taşıyor olabilirler. Kanunilik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi gereği, diğer kişiler ile kastedilenlerin kanunda açıkça düzenlemesi gerekirken ilgili yönetmelik ile sınırları aşan ve anlam karmaşasına yol açan bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucunun yapması gereken, madde başlığını madde metnine uygun hale getirerek ve kavramların ortak anlamı sağlayacak şekilde düzenleyerek hak ihlallerine sebep olmamaktır.

2.4.4. Sağlığa Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması ve Cerrahi Müdahalede Bulunma Yasağı

Diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen kanun hükmü, sağlığı tehlikeye düşürmemeyi şart koşmuş ve şüpheli/sanıktan farklı olarak muayene kapsamında cerrahi müdahalenin diğer kişiler için mümkün olmadığını düzenlemiştir. Kişilerin, müdahale sonucu kendi bedenlerinde ve sağlık düzeylerinde meydana gelen değişimler sabit olmadığı için sağlık açısından genel değerlendirme yapmak yerine her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmede bulunmak gerekir. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi kapsamında sağlığa zarar vermeme hususundan bahsedildiği ve bu durum muayenenin ortak şartı olduğu için aynı özellikler bu başlık altında tekrar edilmeyecektir.

Cerrahi müdahalede bulunmama koşulu¹⁷⁷ hem CMK m.76'da hem de Beden Muayenesi Yönetmeliği m.7'de özel olarak düzenlenmiştir. CMK'da cerrahi müdahale kavramı ile kastedilenin ne olduğu açıkça düzenlenmemişken Beden Muayenesi Yönetmeliği m.3 "*Tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*" olarak tanımlamıştır. Bu tanımın yönetmelik ile yapılması doğru olmamıştır. Cerrahi müdahale, bilimsel yöntemler kullanılarak ve hekimin teknik bilgisinden yararlanarak yapılan işlemdir. Sözlük anlamı ise

¹⁷⁷ Aygörmez, s.156, Özkan, s.81, Aygün, s.61, Bayraktar, s.217, Eroğlu, s.69, Sarı, s.175, Şanlı, s.67, Koyuncu, s.88, Kızıllarslan, s.263.

“ameliyat” olarak belirlenmiştir.¹⁷⁸ Bilirkişilik faaliyeti çerçevesinde cerrahi müdahaleyi gerçekleştirecek ve sınırlarını belirleyecek olan hekim olduğu için kavramların tanımlanması sırasında tıp literatürünün de dikkate alınması gerekir.

Diğer kişiler için cerrahi müdahalede bulunulmaması şartının özel olarak düzenlenmesindeki amaç hem olayla bağlantıları nedeniyle şüpheli veya sanığa nispeten yapılacak müdahalenin zararlarından korumak hem de orantılılık ilkesine uygun işlem gerçekleştirmektir. Cerrahi müdahale yasağı getirerek diğer kişilerin daha fazla korunması amaçlanırken muayene işlemine başvurma noktasında herhangi bir ceza sınırının belirlenmemesi amaç konusunda paralel bir düzenleme içermediğini kanıtlamaktadır. Bu nedenle cerrahi müdahale yapılmaması ile diğer kişilerin beden muayenesine katlanma yükümlülüğünün ve zorla beden muayenesinin sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

2.4.5. Tanıklıktan Çekinmenin Beden Muayenesine Etkisi

CMK’da düzenlenen diğer kişilerin beden muayenesi işleminde, özel bir düzenleme ile tanıklıktan çekinme hakkının kullanılabileceği belirtilmiş olup nemo tenetur ilkesi kapsamında temellendirilmiştir.¹⁷⁹ CMK m.76/4 ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.10, tanıklıktan çekinme hakkını; *“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.”* şeklinde düzenlemiş ve çekinme sebeplerinin varlığının beden muayenesine etkisinin neler olduğunu belirlemeye çalışmıştır.

Kanun koyucu, çocuk ve akıl hastasının beden muayenesi işleminden çekinmesine farklı bir değer atfederek ayrı bir maddede düzenlemiş olmasına karşın; uygulamada işlemin

¹⁷⁸ <https://sozluk.gov.tr/> E.T.:20.07.2023.

¹⁷⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.313, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.455, Bağlar, s.131, Aygün, s.66, Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.288.

gerçekleştirilebilmesi, delillerin elde edilmesi ve bu kişilerin üstün yararlarının korunabilmesi noktasında çeşitli sorunlara neden olmuştur.

CMK m.76/4, tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığında beden muayenesinden çekinilebilme hakkını düzenlemesine rağmen bu sebeplerin nasıl belirleneceği, kimler için uygulanacağını ve belirli bir sınırlamaya tabi tutulup tutulmayacağını belirten bir hükme sahip değildir. Kanundaki tanıklık-beden muayenesi ilişkisindeki boşlukların doldurulması gerektiği düşüncesi ile Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.10/2, dolaylı olarak, beden muayenesi işleminden kaçınabilme sebeplerinin belirlenmesi için CMK'nın tanıklıktan çekinmeye dair hükümlerinin uygulanması gerektiğini düzenlemiştir.

Beden muayenesinden kaçınabilme hakkı, belli özelliklere sahip kişiler tarafından kullanılabilirdi için istisnai bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Kanaatimce; tanığa karşı beden muayenesi tedbirinin uygulanması kararının verilebilmesi için öncelikle suça ilişkin delil ile aralarında bulunan ilişkinin açıkça ortaya konulması ve bu ilişkinin belli bir yoğunluk derecesine sahip olması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş, CMK m.46 mesleki uğraşlarla ilgili olan çekinme hallerinin, beden muayenesinden çekinme hakkı kapsamında sayılmasının normun amacını aştığı yönündedir.¹⁸⁰ Kanaatimce; “*CMK'nın tanıklıktan çekinme ile ilgili hükümleri*” diyerek geniş bir ifade tercih edilmiş ve böylece CMK m.45-46-47-48 kapsamındaki kişilere bu hak tanımıştır. Ceza yargılamasında tanık deliline verilen öneme uygun şekilde düzenleme yapıldığı için beden muayenesi sebeplerinin sınırlandırılmadan kanunda düzenlendiği şekilde uygulanması gerekir. Buna ek olarak, beden muayenesinden çekinmek isteyen kişi, kanunda belirtilen yakınlığı taşıdığını göstererek herhangi bir sebep belirtmeden bu hakkını kullanabilir.

Beden muayenesinden çekinebilecek kişilerin, vücutlarına müdahalede bulunmadan önce CMK m.45/3 ve m.48 hükümleri gereğince haklarının hatırlatılması gerekir.¹⁸¹ Hekim,

¹⁸⁰ Aygörmez, s.155, Benzer yönde Bkz.: Yenisey, Nuhoğlu, s.644 “*Kanunun tanıklıktan çekinme sebeplerinin hepsini ifade etmiş olması ve bazılarını hariç tutmaması, ileride sorun yaratabilecek niteliktedir.*”, Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe (2006), Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası), İstanbul: Beta Yayınları, s.869.

¹⁸¹ Tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılması hakkında Bkz.: Badem, Semiyet (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (45), s.320, Güngör, Devrim (2015), “Ceza Muhakemesinde

muayene edilecek kişilerin işlemten çekinme hakkına sahip olup olmayacağını bilemeyeceği için muayeneye gönderen savcı, hakim veya mahkemenin bu hakkı hatırlatması gerekir. Muayenenin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeterliliğine sahip olunmadığı düşünüldüğünden savcı, hakim veya mahkeme tarafından beden muayenesi yapılması kararı verilmiş fakat hekim tarafından yapılan muayene sonucu karar verme yeterliliğine sahip olunduğuna kanaat getirilmiş ise kişiye müdahalede bulunulmadan önce kaçınma hakkının tekrar hatırlatılması gerekir.

Çocuğun beden muayenesinden çekinmesi hususundaki kanun düzenlemesinin, kanuni temsilciyi tek başına yetkili kılması çocuğun üstün yararı bakımından ters bir etki yaratabileceği gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların tasarruf yetkisinin başkasına verilmesiyle hukuka aykırı bir işleme sebep olabilir. Karar verme yeterliliğine sahip çocukların, muayeneden kaçınma hakkını kullanmasında sadece “*görüşünün alınacağını*” belirten düzenleme hekimi, etik ilkeleri ve mesleki yükümlülükleri ile kanun emri arasında sıkıştırmakta ve uluslararası düzende çocuk haklarının korunması ile ilgili yapılan sözleşmelere aykırılık oluşturmaktadır.

Çocuğun sadece görüşünün alınması, hukuk düzeninde etkisi olan bir işlem olmadığını ve kanunda belirli amacının bulunmadığını göstermektedir. Ayrıca bir kısım suçların aile içinde işlendiği nazara alındığında, kanuni temsilci suçu işlediği düşünülen diğer aile bireylerini korumak maksadıyla veya çeşitli nedenlerle beden muayenesi yapılmasına rıza gösterilmeyebilir.¹⁸² Özellikle çocuğun kararıyla yasal velisinin kararının birbirine zıt olduğu durumlarda, çocuğun yalnız yaşının bahane edilerek düşünce ve kararlarının dikkate alınmaması olumsuz sonuçlara sebep olabilecektir. Bu gibi durumlarda, karar verme yeterliliğine sahip olan çocuğun görüşüne uygun muayene yapılması zorunluluk olmalıyken karar verme yeterliliği bulunmayanlar için hakim marifetiyle çocuğun üstün yararını koruyacak bir karar verilmelidir.

Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), s.312.

¹⁸² Sarı, s.64, Kareem, Zorlu, s.1165, Akbulut, s.102, Doğan, s.126, Eroğlu, s.67, Yenisey, Nuhoğlu, s.645, Nuhoğlu, Ayşe (2006), “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III (2), 333.

Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi noktasında kanuni temsilci, şüpheli veya sanık ise karar veremez.¹⁸³ Doktrinde tartışmalara neden olan konulardan biri, bu halde elde edilen delillerin davanın ilerleyen aşamalarında kullanılması için şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin iznine bırakılmış olmasıdır. Öncelikle “*davanın ilerleyen aşaması*” ile kastedilenin ne olduğu muğlaktır. CMK m.175’e göre savcı tarafından hazırlanan “*iddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış*” olacaktır. Bu durumda kanun koyucunun, yargılama ifadesinin yerine dava ifadesini kullanması, iddianamenin kabulünden önce yapılan işlemleri bu kapsama sokmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle, soruşturma evresinde delilin kullanılması için kanuni temsilcinin izni aranmayacağı algısı ortaya çıkmaktadır.

Muayene edilmesi istenen çocuk veya akıl hastasının kanuni temsilcisinin şüpheli ya da sanık olması, beden muayenesinden kaçınabilme noktasındaki kararın hakim tarafından vermesine yol açacaktır. Şüpheli ya da sanık olmaktan çıkan kanuni temsilcilerin, işlemde kaçınma noktasında karar verme yetkisini tekrar elde ettiğini düşünülerek delilin kullanılması izne tabi tutulmuştur. Oysaki bu süreçte hukuka uygun gerçekleştirilen muayene sonucu elde edilen delil; hakimde kanaat oluşturmuşken, çocuğun üstün yararını koruyorken ve maddi gerçeğin belirlenmesine yardımcı oluyorken verilerin kullanılmasının izne tabi olması, ceza muhakemesinin esas amacına uygun düşmemektedir.

Sonuç olarak; tanıklıktan çekinme göndermesi ile çocukların beden muayenesinden kaçınabilmesi için iki yol mevcuttur. Bunlardan ilki; çocuğun muayene sürecini, etkilerini ve sonuçlarını anlayabilecek kapasitede olmasıdır. Bu durumda, görüşünün alınması gereken kişi çocuk değil kanuni temsilcisi olacaktır. Çocuğun üstün yararı, bu görüşler doğrultusunda korunabilecektir. Çocuğun karar verme yeterliliğine sahip olmaması veya benzer şekilde kişilerin akıl hastası olması, muayene bakımından kanuni temsilcinin görüşünün alınması zorunluluğunu ortaya çıkaracaktır. İkinci yol ise; çocuğun üstün yararının korunması açısından hakim muayeneden kaçınmasına karar vermesidir. Bu konunun detaylı açıklamaları “*Çocuğun Beden Muayenesi*” başlığı altında tartışılmış olup ilgili başlığın incelenmesi uygun bulunmuştur.

¹⁸³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.309, Gökçen, Balci, Alşahin, Çakır (2021), s.289, Kareem, Zorlu, s.1166, Doğan, s.125.

3. BÖLÜM

TEDBİRİN UYGULANMASINDA VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNE MÜDAHALE, RIZANIN ETKİSİ, GEREKLİ ÖNLEMLERİN ALINMASI VE ZORLA BEDEN MUAYENESİ SORUNU, KADININ VE ÇOCUĞUN BEDEN MUAYENESİ, BEDEN MUAYENESİ İLE BAZI CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN MUKAYESESİ

3.1. Muayene ve Vücut Bütünlüğü İlişkisi

Beden muayenesi işlemlerinin, kişilere teminat sağlayan haklar (*vücut bütünlüğü dokunulmazlığı, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması, sağlık hakkı, yaşam hakkı,*) ile ilişkisi hukuki yapısının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Doktrinde, beden muayenesi işlemlerinin vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu konuda karar verebilmek için öncelikle vücut bütünlüğünün kapsam alanını ve Anayasa hükümlerinde nasıl düzenlendiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası, “*tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını*” belirtmektedir.¹⁸⁴ Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini düzenleyen hükümlerin kanunda yer almaması, bu kapsamda yapılan işlemin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesinin ihlali olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır.

Anayasa m.13 temel hak ve hürriyetlerin hangi şartlar altında sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Bu nedenle, vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmak için Anayasa m.13’te belirtilen sınırlandırmaların mevcut olması gerekmektedir.

Beden muayenesinin, vücut bütünlüğüne etkisinin belirlenmesi için öncelikle vücut bütünlüğünün koruma alanının tespit edilmesi gerekmektedir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir temel

¹⁸⁴ Bunlara ek olarak, vücut ve sağlık ile ilişkili olan hukuk alanına tecavüzde bulunan fiilleri yapma yetkisi veren rıza hakkında Bkz.: Tag, Brigitte (2006), Çeviren: Yener Ünver, s.201.

hak olan vücut bütünlüğü hem bedensel hem de ruhsal sağlığı korumaktadır.¹⁸⁵ Adli olaylar nedeniyle gerçekleştirilen muayene işleminde kişilerin lehine delil elde edilse dahi kişilerin sarsılmasına neden olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple beden muayenesi işleminin sadece fiziksel etkisine değil aynı zamanda ruhsal sağlığı nasıl etkilediğine de bakılması gerekmektedir. Doktrinde, beden muayenesini vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır.¹⁸⁶ Karşı görüş olarak; vücut boşluklarının muayenesi ve burada yapılan arama amaçlı işlemler ile beden üzerinde gözle yapılan tespitler bedene müdahale sayılmamaktadır.¹⁸⁷

Kanaatimce; beden muayenesi işlemlerinde, vücut ve organların yapısının tıbbi olarak incelenmesi, işlemin türüne göre vücuda çeşitli temasları gerektirmesi ve hekim tarafından gerçekleştirilmesinin öngörülmesi sebebiyle vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmaktadır. Vücut bütünlüğüne müdahale nedeniyle temel haklar ihlal edilse bile Anayasa düzenlemelerine uygun kabul edildiğinde aykırılığa sebep olmamaktadır.

Muayene işlemlerinde sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması durumunda, kanunilik ve orantılılık ilkesine uygun gerçekleştirilse dahi bedene müdahale söz konusudur. Aynı şekilde cerrahi işlemler ile cilt veya damardan vücudun içine girilerek gerçekleştirilen girişimsel görüntüleme yöntemleri de vücut bütünlüğüne ağır müdahaleler içermektedir.

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin niteliği gereği kanunda düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştik. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelikte düzenlenen şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi hükümlerinin, Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerindeki sınırlandırmalara aykırı düzenlenmiş olması temel haklara yönelik ağır bir saldırı olarak kabul edilebilir. Vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulması sebebiyle anayasal haklara saldırı niteliğinde olduğu düşünülen muayene işlemlerinin, kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur.

¹⁸⁵ Kanadoğlu, Korkut (2015), "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(119), s.23, AYM, B.P.O. Başvurusu, Başvuru No: 2015/19012, K.T.: 27/03/2019.

¹⁸⁶ Özbilen, Arif Barış (2013), "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12(24), s.115, Akbulut, s.90, Kareem, Zorlu, s.1164, Nuhoglu (2006), s.323, Özkan, s.16, Aygörmez, s.152, Bağlar, s.48, Bayraktar, s.206, Şanlı, s.20, Fırat, s.32, Yenisey, Nuhoglu, s.633, Adar Özdemir, s.67, Sarı, s.159.

¹⁸⁷ Kızıllarslan, s.152.

Bu noktada tartişılması gereken başka bir husus; vücuda temas gerektirmeyen dış beden muayenesi işlemlerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri, vücuda temasta bulunmadan gerçekleştirilebiliyor olsa bile kişinin sağlığını etkileyen işlem türleri olması nedeniyle vücut bütünlüğüne müdahale olarak kabul edilmesi mümkündür. Ayrıca, işlemin gerçekleştirilebilmesi amacıyla kişinin muayene odasına zorla götürülmesi bir müdahaledir. Aynı şekilde, vücuda herhangi bir temasta bulunmadan kişinin çıplak bedeninin sadece gözle incelenmesi hususunun kişiye ruhsal olarak zarar vermesi, vücut bütünlüğüne müdahale olarak kabul edilebilir. Kişinin muayene esnasında bir miktar ağrı/sızı hissettiği veya yanma hissinin söz konusu olduğu hallerin sağlığa zarar verme kapsamında değerlendirilmediği tez kapsamında belirtmiş olmakla beraber bu gibi durumlarda da vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulduğu söylenmelidir.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu, beden muayenesi tedbiri hakkındaki düzenlemeler için Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kaynak olarak kullanmıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda beden muayenesi, müdahalenin etkisine göre “*basit muayene ve vücuda (bedensel) müdahale*”¹⁸⁸ olarak ayrıma tabi tutulmuşken Türk Ceza Muhakemesi Kanunu böyle bir ayrım içermemektedir. Ayrıca, Alman Ceza Muhakemesinde vücut dışında yer alan dokuların incelenmesi, vücuda saldırı olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁹

Bizim kanunumuzda beden muayenesi işlemlerine ilişkin eksiklikler ve belirsizlikler, işlemin hukuki yapısının net olarak belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Tıp biliminin dahi kabul etmediği bir ayrım olan i ve dış beden muayenesi sadece vücut bölgesine göre değil, aynı zamanda toplumun ahlak ve namus anlayışına, mahremiyet ve utanma duygusuna dayanması nedeniyle Alman Ceza Muhakemesi Kanunundan farklıdır. Bu nedenle dış beden muayenesinin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında düzenlenen basit muayene şekli olarak kabul edilmesini ve vücuda müdahale içermediği yönündeki görüşleri doğru bulmamaktayım.

Bunlara ek olarak, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik kapsamında tanımlanan muayene ve müdahale kavramları, işlemlerinin vücut bütünlüğünü etkileyip etkilemediğini

¹⁸⁸ Koyuncu, s.22, Kılıç, s.112, Kızılarıslan, s.150-151, zkan, s.17, Turhan, s.1029, Aygörmez, s.135, Sarı, s.39.

¹⁸⁹ Aygörmez, s.139.

belirlememize yardımcı olmaktadır. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.3'te, "*Bedenin tıbbî muayenesi: Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri*" ifade ederken "*Müdahale: Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri*" içermektedir. Yönetmelik lafzından muayenenin de bir müdahale çeşidi olarak belirlendiği tespit edilmiştir.

Tüm bu sebepler göz önüne alındığında, genel olarak beden muayenesi işlemlerinin vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Dış beden muayenesinde, cerrahi işlemler kadar ağır ve ciddi olmasa da belli oranlarda vücuda müdahalede bulunulması söz konusudur. Bedene herhangi bir temasta bulunmadan, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi içermeyen ve herhangi bir risk barındırmadan, vücudun görünen kısımlarının tabip tarafından sadece gözle incelenmesinin, vücuda müdahale içermediği düşünülse de yapılan işlemin tam olarak muayene işleminin tüm unsurlarını barındırdığını düşünmemekteyim.

Belirtildiği üzere, muayene bir inceleme faaliyetidir ve inceleme işlemi vücut bütünlüğüne müdahaleyi gerektirmektedir. Hekimin sadece gözle yaptığı inceleme, vücuttaki izlerin tespit edilmesini sağlarken nasıl ve ne zaman oluştuğunun tespiti ile suçla arasında bağlantı olup olmadığının tespiti için incelemenin zaruri müdahale içerdiğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca, gözle muayenenin belli bir mesafeden yapılması gerektiği de unutulmamalıdır. Örneğin, vücutta meydana gelen morlukları, gözle yapılan inceleme ile hekim fark edebilir. Morlukların sebebinin darp mı yoksa alkol/ilaç tüketimi veya yaşa bağlı morluklar mı olduğunun belirlenmesi için inceleme yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, dış beden muayenesinin de vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

3.2. Tedbirin Uygulanmasında Rıza ve Zorla Beden Muayenesi Sorunu

3.2.1. Rızanın Muayeneye Etkisi

Tıbbi müdahale türü olan beden muayenesinde, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak kabul edilen "*ilgilinin rızası*" hem hukuk alanında hem de tıp alanında önemli bir yere sahiptir. Kişilerin yapılacak olan işlemle ilgili rızalarının aranması, daha önceden usulüne uygun

aydınlatma yapılmasına bağlıdır.¹⁹⁰ Aydınlatma ile karşı tarafın bilgilendirilmesinin yanında bu bilgilendirmenin algılanıp anlaşılması da hedeflenmektedir. Aydınlatma kapsamında yapılacak muayene işleminin; olası riskleri, sağlayacağı yararları, sağlık durumunu nasıl etkileyeceği, neden yapılmasına ihtiyaç duyulduğu, nerede, ne zaman ve kim tarafından yapılacağı, rızasının bulunmadığında sürecin nasıl işleyeceği ve kişiyi nasıl etkileyeceği açıklanacaktır.¹⁹¹

Anayasa m.17/2’de kişi dokunulmazlığında, rızanın hukuki değerini göz önüne alınarak işlemlerin buna uygun yapılacağı fakat belli koşullar altında rızanın aranmayacağını belirtmiştir. Bu koşullar “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller*” olarak belirlenmiştir. Bu nedenle beden muayenesi işlemi, kişinin rızası hilafına gerçekleştiriliyorsa Anayasa’da belirtilen koşulların bulunması gerekir.

CMK’da düzenlenen beden muayenesi hükümleri, şüpheli/sanık veya diğer kişilerin rızası bulunmadığında işlemin yapılabilmesine ilişkin açık ve kesin bir düzenleme içermemektedir. Ayrıca rızanın varlığı halinde, mağdur dışındaki kişiler için karar alma ve istem mekanizmasının nasıl işleyeceği hususu da kanunla düzenlenmemiştir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bu hususlar, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.18’de düzenlenmiş ve uygulamada birçok soruna neden olmuştur. Kanaatimce; beden muayenesi işleminin hukuki niteliği gereği, rızaya hukuken bir değer atfedilmesi ve buna uygun karar alma sürecinin nasıl işlemesi gerektiğinin belirlenmesi için kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Beden muayenesinde rızanın alınması; hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin yanında işleme maruz kalacaklar açısından temel haklarının güvencesini oluştururken hekim açısından hastasının yararını gözetmesi bakımından mesleki yükümlülük oluşturmaktadır.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik’in 18. maddesi “(1) *Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış*

¹⁹⁰ Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 2005/143 sayılı Genelgenin 3.2.2. maddesi, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 5. maddesi, Şanlı, s.45, Kareem, Zorlu, s.1158, Bayraktar, s.219, Şimşek, s.3543.

¹⁹¹ Benzer yönde Bkz.: Hakeri, Hakan (2022), Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler (25. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.331, Şimşek, s.3549, Oral, Tuğçe (2011), "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, (2), s.190.

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.(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.

Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesi “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Ulusal ve uluslararası düzenlemeler, beden muayenesinde rızayı, işleme maruz kalanlar açısından temel haklara yapılan müdahaleyi kabul etme olarak değerlendirirken hekim açısından yükümlülükler uygun davranma ve hukuka uygun işlem yapılma şartı olarak değerlendirmektedir.

Kanunda bir düzenleme olmaması sebebiyle rızanın bulunmadığı durumlarda muayene işleminin nasıl etkileneceği tartışmalara konu edilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, hakim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabul etmeyip direndiği durumlarda ikinci bir hakim kararı alınması gerekir.¹⁹²Kanaatimce bu görüşe katılmak pek mümkün değildir. İlk kararı veren hakim meslek saygısını kaybetmesine ve hukuk devletine olan güvenin yitirilmesine neden olabilecek nitelikte olan bu görüş, aynı zamanda geçen süre nedeniyle delillerin güvenliğini de tehlikeye atmaktadır. Bunun dışında ikinci olarak alınan hakim kararının, ilk karardan farklı olması halinde nasıl karar verileceği belirsizdir. Üstelik hakim vicdani kanaatini kullanarak karar verdiğinden bu şekilde oluşturulacak denetim yolu, hakimlerin hukuki görüşlerini bağımsız şekilde açıklanmasını engelleyerek sabit aynı kararların uygulanmasına neden olabilir. Bu nedenle, CMK’da belirtilen usule uygun gerçekleştirilen beden muayenesi işlemini, Anayasa

¹⁹² Yenisey, Nuhoglu, s.636.

m.17 düzenlemesi gereği kanundan kaynaklı zorunlu tıbbi müdahale türü olarak kabul edilmesi gerekmektedir ve ilgilinin rızası hakkındaki değerlendirme bu kabule göre yapılmalıdır.

Ceza muhakemesinde yapılacak her işlem için rızanın aranması, suçun aydınlatılmasının kişilerin isteğine bağlı bırakılmasına neden olacaktır. Ayrıca bedene ciddi müdahalede bulunmadan bedenin yapısal özelliklerini incelemek için yapılacak muayene işlemleri, sırf kişilerin rızası bulunmaması nedeniyle gerçekleştirilemediğinde, menfaat dengesinde kamu düzeni ve kamu yararının hiç hesaba katılmadığını gösterir niteliktedir. Beden muayenesinin niteliği gereği belirli oranda zorlama yapılması, katlanma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁹³ Bu yükümlülüğün sınırları, kanundaki düzenlemeye uygun olarak yapılan işlemin sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması, cerrahi müdahalede bulunma yasağı, orantılılık ilkesi, yetkili mercilerin kararının bulunması ve insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin hükümlere göre yapılması ile belirlenmelidir.

Mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığına ilişkin hem CMK m.76/2 hem de Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.18/2’de yer alan özel düzenleme¹⁹⁴, mağdur dışındaki kişilerin rızalarının bulunması halinde dahi karar alma mekanizmasının işlemesi gerektiğine işaret etmektedir. Kanaatimce, bu düzenlemenin altında yatan sebep, kişilerin ceza yargılamasındaki konumları nedeniyle iradelerini serbestçe yansıtamamasıdır. Savcı, hakim, kolluk veya hekim gibi toplumda baskın konumda, güçlü olarak görülen kişiler karşısında rızanın özgürce belirtilebilme ihtimali oldukça düşüktür. Bu duruma ek olarak, ceza yargılamasında kişilik haklarına müdahalede bulunmak için ciddi gerekçelere sahip olmak ve gerekçeye uygun verilen bir kararın olması gerekir. Baskı altındaki kişinin rızasıyla, karar alınmadan beden muayenesinin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zararlara ve süreçte görev alanlara karşı hukuki denetim yapmak oldukça zordur. Ayrıca, beden muayenesi işlemini gerçekleştirmek ceza yargılaması açısından gerekli olmadığında, kişinin rızası olsa dahi savcı istemi veya hakim kararı

¹⁹³ Cangil, Hüsni Salim (2009), “Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Yönetmelikler Çerçevesinde Yargı Mensuplarının Moleküler Genetik İncelemeler Konusundaki Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, s.30, Koruma tedbirlerinin niteliği gereği potansiyel zorlama içermesi hakkında Bkz.: Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.543, Sarı, s.88, Şanlı, s.49, İnci, s.130.

¹⁹⁴ Aygün, s.68, Sürücü, Zhamilov, s.425, Akbulut, s.109, Kareem, Zorlu, s.1164, Özkan, s.22, Dursun, s.2977.

bulunmadan işlemi yapmamak kişilerin hakları korumayı hedeflemektedir. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın savunma hakkı çerçevesinde beden muayenesini talep ettiği durumlarda, talebin baskı altında yapılıp/yapılmadığı incelenmelidir. Bu durumlarda, kişilerin beden muayenesine maruz kalmadan önce aydınlatılmanın yapıldığı ve rızasının alındığı sürelerde avukatlarının yanlarında olması ve olumlu veya olumsuz iradelerinin yazılı şekilde alınması, baskı hakkında yorum yapılmasına yardımcı olur.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik kapsamında şüphelinin beden muayenesine kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemde bulunması yeterli görülmüştür.¹⁹⁵ Bu durumda talebin şüpheliden gelmiş olması önemli olup talep kendiliğinden gelmediğinde rızası olsa dahi karar alma sürecinin gerçekleşeceği belirtilmelidir.

Beden muayenesinin koruma tedbiri niteliği ağır bastığı için koruma tedbiri özelliklerinden olan hakim, savcı kararının bulunması gerekliliği, mağdurun rızası bulunduğu karar alınmasına gerek olmaması düzenlemesi ile de çelişmektedir. Doktrinde bir görüş, mağdurun rızası olsa bile her suç için karar almama prensibinin işlemlerini mümkün görmemektedir. Bu görüş, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçun mağdurunun açık rızası olsa bile, sadece bu rızaya dayalı olarak vücudu üzerinde genital muayene yapılamayacağı yönünde olup bunun temelini TCK m.287'de düzenlenen genital muayene suçuna dayandırmaktadır.¹⁹⁶ Yapılacak olan muayenenin niteliği özel olarak hakim kararı aradığından bu düzenlemeye uygun şekilde işlemin yapılması gereklidir.

Mağdurlar açısından tartışılması gereken bir husus da rızanın olmadığı durumlarda dahi beden muayenesinin gerçekleştiriliyor olmasıdır.¹⁹⁷ Doktrinde bir görüş, cinsel suçların özelliği itibari ile kadının rıza göstermemesi durumunda muayenesinin yapılamayacağı, diğer suçlar yönünden ise muayenesinin rıza göstermese dahi hâkim kararı ile yapılabileceği kanun maddesine

¹⁹⁵ Apiş, s.282, Aksoy İpekçioğlu, s.31, Şanlı, s.46, Sarı, s.242, Bayraktar, s.212.

¹⁹⁶ Özgenç, s.245.

¹⁹⁷ Sürücü, Zhamilov, s.425, Sarı, s.238, Hakeri (2022), s.544.

eklenmesi gerektiği yönündedir.¹⁹⁸ Bu durum hukuk düzeninde eşitsizlik yaratacaktır. Bu uygulama yerine mağdurun rızasının olmadığı durumlarda görevli hakim veya savcı, daha titiz bir inceleme yaparak ikinci bir mağduriyetin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Sonuç olarak, hukuken yapılması gerekli görülen muayene işlemine karşı mağdurun rızasının bulunmaması kanunda düzenlenmedikçe bir etki yaratmayacaktır.

3.2.2. Gerekli Önlemlerin Alınması

Beden muayenesi işlemine çağrılan ve bu çağrıya uymayan kişilerle ilgili nasıl bir yol izleneceği hakkında CMK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahaleler içeren tedbire ilişkin önlemlerin alınması kararının, CMK’da düzenlenmesi gerekirken hiç bahsedilmemesi ve bu durumun yönetmelik ile düzenlenmeye çalışılması Anayasa’ya aykırıdır.

Gerekli önlemlerin neler olabileceği ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; gerekli önlemler, müdahaleye katlanacak kimsenin sağlığı bakımından tehlikenin oluşmaması ve elde edilecek delil ile yapılan müdahale arasında orantılılık bulunması anlamına gelmektedir.¹⁹⁹ Başka bir görüşe göre ise gerekli önlemler, direnci kırmaya yetecek önlemleri ifade etmektedir.²⁰⁰ Diğer bir görüş, gerekli önlemler ile kişinin aktif katılıma zorlanması için yapılacak işlemleri anlamamız gerektiğini savunmaktadır.²⁰¹

Gerekli önlemlerin alınması noktasında Cumhuriyet başsavcılığı; insan onuruna, temel haklara ve Anayasa’ya aykırı olmayacak şekilde karar vermek zorundadır. Kanaatimce, tanıkların çağırılmasına (CMK m.44) ve ifade ve sorgu için çağırılmaya (CMK m.145) ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi *getirilme nedenlerini* de içererek usulüne uygun beden muayenesine çağırılan kişinin, bu çağrıya uymaması halinde zorla getirilmesine karar verilmesi, gerekli önlemlerin alınmasına örnek gösterilebilir. Ailesinin baskısı altında olan veya canı ile tehdit

¹⁹⁸ Sarı, s.239.

¹⁹⁹ Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.354.

²⁰⁰ Aksoy İpekçioğlu, s.11.

²⁰¹ Adar Özdemir, s.105. Gerekli önlemlerin alınmasının dolaylı zorlama sayılması hakkında Bkz.: Kızıllarslan, s.214, Aksoy İpekçioğlu, s.29, İnci, s.140.

edilen kişilerin bu sebeple rızalarının olmadığı fark edildiği durumlarda Cumhuriyet başsavcısının, kişiye kendini güvende hissetmesini ve baskı yapanların ortamdaki uzaklaştırılmasını sağlamak amacıyla yaptığı işlemler, gerekli önlemler kapsamında değerlendirilebilir. Rızanın bulunmadığı durumlarda, işlemle ilgili tüm bilgileri tekrar hatırlatmak ve muayeneye kendi rızası ile zorluk çıkarmadan katılmasını talep etmek de gerekli önlemlerin içinde sayılabilir. Ayrıca Cumhuriyet başsavcısı tarafından sadece muayene edilmesini sağlamak için değil, aynı zamanda muayene sonucu elde edilen delillerin değiştirilmesini veya yok edilmesini engellemek için de gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir.

Yönetmelik, gerekli önlemlerin alınması ile ilgili yetkiyi sadece Cumhuriyet başsavcılığına vermesine rağmen alınan önlemler belli bir noktaya kadar uygulanabildiği için yetersiz ve verimsiz kalmaktadır. Cumhuriyet başsavcısınca alınan önlemler, muayene odasının kapısına kadar geçerli olabilecektir. İşlemi gerçekleştirecek hekim, insan hakları ve hasta hakları gereği muayene edilecek kişi ile baş başa kalmaktadır. Kanaatimce; usulüne uygun şekilde muayene işleminin yürütülmesini sağlamak, orantılılık ilkesine uygun işlemi gerçekleştirmek, muayene süresince hastanın sağlığını tehlikeye sokmamak, süreci uzatmamak, güven ilişkisini korumak gibi yükümlülüklerle sahip olan hekim veya sağlık mesleği mensubu kişiye de gerekli önlemlerin alınması noktasında yetki verilmesi işlemin gerçekleşmesi için daha uygun olacaktır.

Kanaatimce, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik kapsamında gerekli önlemlerin alınmasına ilişkin düzenleme yapılması, muayene işleminin uygulanabilirliğini sağlama amacı taşımaktadır. Kanun koyucunun iradesinin yansıması olarak yönetmelikte yer verildiğini düşündüğümüz bu düzenlemenin, kanunilik ilkesine uygun düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca gerekli önlemler bakımından yapılacak işlemlerin, insan onuru ile bağdaşmayan hareketlerle gerçekleştirilmesi Anayasa'ya aykırı kabul edilecektir.

3.2.3. Zorla Beden Muayenesi Sorunu

Beden muayenesi kapsamında en çok tartışılan hususlardan birisi, kişinin rızası hilafına gerçekleştirilecek muayene işleminde zor kullanılmasının mümkün olup olmadığı ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik'te geçen “*gerekli önlemler*” ifadesinin zorla beden muayenesini kapsar bir niteliğe sahip olup olmadığı sorunudur. CMK'da zorla beden muayenesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktayken CMK m.76/4 ise tanıklıktan çekinme sebepleri ile beden muayenesinden çekinen kişiler için dolaylı olarak zorla beden muayenesinin gerçekleştirilemeyeceği düzenlemiştir.

Beden muayenesinin koruma tedbirleri arasındaki konumu, işlemin zorla gerçekleştirilebilmesi noktasında bir çıkarım yapılmasına yardımcı olmaktadır. Bazı koruma tedbirleri, vücuda hiç veya daha az müdahale gerektirirken beden muayenesi tedbiri doğrudan vücuda müdahale gerektiren bir işlemdir. Bu nedenle koruma tedbirlerinin temelinde yatan zorlamanın; beden muayenesi için ayrıca değerlendirilmesi, sınırlarının kesin olarak çizilmesi, son çare olarak başvurulması ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Kanaatimce; Anayasa'ya uygun şekilde yapılan kanun düzenlemesi sonucu, kişinin rızasının bulunmadığı hallerde alınması gereken önlemler, işlemin zorla yapılmasının mecburi olduğu anlamına gelmemekle birlikte belli sınırlandırmalara uygun şekilde tedbirin uygulanmasına ve hekimin işlemde kaçmamasına olanak sağlamaktadır. İHAM, kişilerin rızaları bulunmadığında yapılacak olan zorla beden muayenesini katlanma yükümlülüğü çerçevesinde, işkenceyi veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyi oluşturmadığı sürece kabul etmektedir.²⁰² İHAM, yapılacak olan zorlamanın insan onuruna aykırı kabul edilmesi için asgari eşik düzeyinden bahsetmiştir. Asgari eşik düzeyinin belirlenmesi hem kişiler açısından (yaşı, cinsiyeti, iradesi, sağlık durumu vs.) hem muayene ortamı açısından (muayene odasının durumu, hekim tarafından yapılıp yapılmadığı, hijyen şartlarına uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, işlem sırasında odada kimlerin bulunduğu vs.) hem de kişiye nasıl yaklaşıldığı açısından değerlendirmeye konu edilmektedir. Buradaki değerlendirme ölçütlerinin sınırlandırılması mümkün değildir. Bu nedenle, her somut olayda işlem çerçevesinde değerlendirme yapılır.

Şüpheli veya sanık, zorla beden muayenesi sırasında yapılacak işlemlere aktif olarak katılmak zorunda değilken maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla bazı işlemlere katlanmak zorundadır.²⁰³ Alman öğretisinde basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi gerektiği, aktif katılım için bedensel hareketlerin önemli ölçüde olması gerektiği görüşü

²⁰² Akbulut, s.117, Koyuncu, s.129.

²⁰³ Yenisey, Nuhoglu, s.645, Şahin, Göktürk, s.217, Kocaoğlu, s.32, Ertuğrul, s.693,687, Kızıllarslan, s.209, İnci, s.135.

savunulmaktadır.²⁰⁴ Türk Ceza Hukukunda ise aktif katılım ile pasif katlanma sınırlarının net olarak belirlenmemesi, yapılan işlemlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkarmaktadır. Sınırların belirlenememesi, yetkilerin kötüye kullanılmasına ve hak ihlali yaratmasına sebep olabilir. Anayasa m.38/5'te "*delil gösterme*" ifadesinin hareketlerin sınırını oluşturacağı düşünülebilir. Doktrinde bir görüş, 'göstermenin' aktif bir eylem olarak maddi bir delilin elde edilmesine yardım etme/katkıda bulunma olarak anlaşılmasının önünde bir engel olmadığı savunmaktadır.²⁰⁵ Bu nedenle, beden muayenesi için aktif katılımın beklenmemesi, nemo tenetur ilkesinin güvencesini oluşturmaktadır.

Doktrinde bir görüş; muayene işleminin yapısının pasif katılımı ile gerçekleşmesine uygun olmadığını savunmakta ve kişinin yürümesini, dilini çıkarmasını, dizlerini bükmesini, kollarını uzatmasını, dönmesini veya soyunmasını aktif katılım kapsamında değerlendirmek gerektiğini savunmaktadır.²⁰⁶ Doktrinde başka bir görüşe göre, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik düzenlemesi zorla getirme, kıyafetlerini zorla çıkarma, muayene masasına yatırma ve ellerini tutma şeklinde gerçekleştirilecek işlemleri katlanma yükümlülüğü kapsamına sokmaktadır.²⁰⁷

Kanaatimce; beden muayenesi sırasında gerçekleştirilen her işlem aktif katılımı gerektirmemektedir. Kişinin vücudunun görünen yüzeylerinde veya yüzünde yapılan tıbbi incelemeler pasif katlanma ile gerçekleştirilebilir. Kişinin beden ölçülerinin alınması işlemi de mutlaka kişinin aktif katılımını gerektirmemektedir. Ayrıca tıbbi müdahale sadece alet kullanarak veya elle yapılmamakta, gözle inceleyerek, koklayarak veya dinleyerek de gerçekleştirilebilir. Bu nedenle beden muayenesinin niteliği gereği aktif katılımı zorunlu olarak beklediği ve bu nedenle nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşüncesine katılmamaktayım. Ayrıca kişilerin beden

²⁰⁴ Sarıgül, Ali Tanju (2021). Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2021(153), s.43, İnci, s.136.

²⁰⁵ Arslan, Mehmet (2023), Tükürük Örneği Alınması ve Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanması Yasağı- Anayasa Mahkemesi'nin 21.04.2016 Tarih ve 2013/5617 Sayılı Sıtkı Güngör Başvurusu Kararının Değerlendirmesi, Periodicum Iuris, 1 (1), s.19.

²⁰⁶ Koyuncu, s.124, Adar Özdemir, s.118, Benzer yönde Bkz.: Kılıç, s.46-51, Akbulut, s.115.

²⁰⁷ Bağlar, s.40, Tutma ve bağlamanın caiz olduğu düşüncesi için Bkz.: Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.543, Aksoy İpekçioğlu, s.29, Kelepçe takılması ve kolunun tutulmasının mümkün olmaması hakkında Bkz.: Sürücü, Zhamilov, s.430.

muayenesi işlemine pasif olarak katlanması, susma veya savunma haklarını kullanmalarına engel değildir.

Bu nedenle, kişilerin katlanma yükümlülüğüne ne şekilde katılım gösterilmesi gerektiğinin; işlemin ağırlığına, orantılılık ve ikincillik ilkesine, sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmamasına, insan onuruna aykırı olmamasına, birey-kamu arasındaki menfaate göre belirlenmesi daha uygun olacaktır. Ayrıca zorlama kapsamında kişinin hangi hareketlere katlanması gerektiğinin sınırlarının mevzuatta belirtilmesi temel haklara da güvence sağlayacaktır.

Anayasa m.17 gereği kanunda düzenlendiği takdirde yapılması mümkün olan ve koruma tedbirlerinin temelinde bulunduğu söylenen zorlama işlemi, uygulamada muayeneyi tehlikeye sokmaktadır. Zorla beden muayenesi sırasında kişinin işleme direnmesi, orantısız güç kullanması, kasları ile vücudunu tutarak muayeneyi engellemesi hem işlemde beklenen sonucun elde edilememesine hem de kişinin sağlığı açısından zarar oluşturmaya sebep olabilecektir. Doktrinde bir görüşe göre; zorla bedene yapılan her müdahale esasen kişinin psikolojik sağlığına ve insan onuruna zarar verme tehlikesi bulundurmaktadır.²⁰⁸ Bu görüşü benimseyen hekimler, tıp etik ilkelerine aykırı olduğunu savunarak zorla beden muayenesini gerçekleştirmemektedir. Oysaki yapılan işlemler sağlığı ciddi şekilde tehlikeye düşürmediğinde, toplum düzeninde ve ceza hukuku sistematğinde oldukça yararlı olmaktadır.

Basit ve zarar ihtimali az olan işlemler, İHAM kriterlerine uygun şekilde gerçekleştirildiğinde hekimin işlemi reddetmesine müsaade etmemelidir. Ayrıca tıbbi deontoloji açısından zorla muayenenin sağlığı ne kadar zarara sokma olasılığının bulunduğu bilimsel anlamda netleştirilmemiştir.²⁰⁹ Varsayımsal olarak, zorla gerçekleştirilen beden muayenesinin zarar verme tehlikesine sahip olması nedeniyle işlemde kaçınmak yerine orantılılık ilkesine uygun olarak her somut olay için ayrıca değerlendirilme yapılması gerekmektedir.

Rızanın bulunmadığı beden muayenesi işlemlerinde gerçekleştirilecek olan zorlamanın, işleme maruz kalanlar açısından bir ayrıma tabi tutulması gerekmektedir. Kanun düzenlemesi,

²⁰⁸ Adar Özdemir, s.125.

²⁰⁹ Kızıllarslan, s.214.

şüpheli, sanık veya mağdurun beden muayenesine zorlamanın sınırlarını belirtmemiş ve ayırım yapmadan hepsine aynı şekilde uygulanabileceği yönünde bir düşünce oluşturmuştur. Doktrinde, özellikle cinsel suç mağdurlarının zorla muayeneye tabi tutulması doğru bulunmamaktadır.²¹⁰ Cinsel suç mağdurlarının cinsiyetleri bakımından bir ayırım yapılmaksızın, yargılamanın amacına uygun olarak ve tekrar mağduriyetlerine cevaz vermeden muayene işlemlerinin yapılması gerekir. Bu nedenle, doktrindeki görüşe katılarak mağdur bakımından muayene sınırlarının özel olarak kanunla düzenlenmesi gerektiğini savunmaktayım. Mağdur, işlemin zorla yapılmasına izin vermediğinde, kuvvetli şüphe bulunmasıyla başvurulmuş muayene tedbiri dışında eldeki delillere göre karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda izin verilmeyen işlem nedeniyle belki de davayı kesin olarak sonuçlandırmaya yarayacak delillerin kaybolması ihtimalini ve doğacak bütün olumsuz sonuçları kabul etmiş sayılır.

Sonuç olarak, beden muayenesine rıza ve zorla beden muayenesinin sınırlarının CMK'da açıkça belirlenerek düzenlenmesinin hukuki bir ihtiyaç olduğu kesindir. Eksik yasal düzenleme nedeniyle beden muayenesi işlemleri gerçekleştirilememekte ve hekimler, meslek etik ilkelerini göstererek yeterli şekilde aydınlatırları hastanın rızası olmaması sebebiyle işlem yapmaktan çekinmektedir. Tıbbi deontoloji ve tıp etik ilkelerinin düzenlendiği uluslararası sözleşmeler, temel hak ve hürriyetlere ilişkin olmaları sebebiyle kanunun üstünde kabul edilse de Anayasa m.17'nin yaptığı göndermeye uygun bir kararla hekim, sağlığı tehlikeye sokmadan ve onur kırıcı davranışta bulunmadan zorla beden muayenesini gerçekleştirebilmelidir.

3.3. Kadının Beden Muayenesi Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

CMK m.77 ve Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.11'de özel düzenleme olarak kadının beden muayenesine yer verilmiştir. Toplumda kabul gören ahlak ve namus anlayışları, kadınların beden muayenesinin özel olarak düzenlenmesinin sebeplerinden biridir. Toplumların kültürel yapıları ve kişilerin cinsiyetlerine göre toplumdaki yerleri, ayrımcılık ve eşitsizlik niteliğine sahip hukuki düzenlemelere neden olabilmektedir. CMK'da sadece kadınlar için

²¹⁰ Cantürk, Gürol, Cantürk, Nergis (2006), "Cinsel saldırı mağdurlarının muayene prosedürü", Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, 2 (50), s.51, Sarı, s.238-239, Akbulut, s.117, Aksoy İpekçioğlu, s.31.

mevcut olan bu düzenleme hem doktrinde eleştirilere neden olmuş hem de uygulamada sorunlar yaratmıştır.

CMK m.77 ile Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.11/1’de “*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Doktrinde tartışmalara neden olan konulardan biri bu düzenlemenin temel amacının ne olduğudur. Doktrindeki çoğunluk görüş, düzenlemenin temelini utanma duygusunun zedelenmemesi ve toplumsal ahlak kurallarına uygun işlem gerçekleştirme amacına dayandırmaktadır.²¹¹ Yapılan bir araştırmaya göre, kadınların beden muayenesi sırasında mahremiyetlerine dikkat edilmemesi, hekimin karşı cinsten olması, utanmaları gibi birçok unsur aktif katılım göstermeme sebebi olarak sayılmıştır.²¹² Doktrin görüşleri ve yapılan araştırmalar, kişilerin utanma duygularının ve mahremiyetinin zarar görmemesi ve güvence sağlanması için hukuki düzenlemelerin yapılması gerektiğine işaret etmektedir.²¹³

Utanma duygusu kapsamında düzenlenen kadının muayenesi, vücuttan örnek alma işlemini içermemektedir.²¹⁴ Bu durum, düzenlemenin amacı bakımından çelişki yaratmaktadır. Muayene işlemine tabi tutulan kişinin utanma duygusuna sahip olduğu belirtilmişken vücuttan örnek alma işleminde utanma duygusunun hissedilmediğini söylemek kanaatimce pek mümkün değildir. Vücuttan örnek alma işlemi, muayene işlemi ile aynı başlık altında ve aynı amaç için düzenlenmiş olup benzer müdahaleler içermektedir. Bu nedenle, sadece muayene işlemi için değil vücuttan örnek alma işlemi için de hekimin aynı cinsten seçilebilmesine imkan sağlanmalıdır.

Muayenenin niteliği gereği, vücut dokunulmazlığına saygı gösterilmesi kapsamında böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu kabul edilirse eşitlik ilkesi gereğince cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kadın, erkek, çocuk veya cinsel tercihi farklı olanlara da bu seçim hakkının

²¹¹Şen Akça, Hande, Öztaş, Şeyda (2020), “Kadın Bedeni Üzerinden Bekâretin Sosyopolitik İnşası ve Yasalar”, Multidisipliner Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları, Literatürkacademia, s.62,72, Özkan, s.24, Dursun, s.2980, Sarı, s.41, Aksoy İpekçioğlu, s.33, Koyuncu, s.91, Yıldırımkal, s.44, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.457.

²¹² Topatan, Serap (2020), “Jinekoloji ve Obstetri Polikliniğine Başvuran Kadınlarda Beden Mahremiyeti”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, (3), s.472.

²¹³ Aynı yönde Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.457.

²¹⁴ Özkan, s.24, Eroğlu, s.71, Şanlı, s.75, Bağlar, s.116, Kılıç, s.159, Karşı görüş için Bkz.: Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s. 544.

tanınması gerekmektedir. Hekim seçiminde cinsiyete yönelik tercihlerle ilgili yapılan bir araştırmanın sonucuna göre, araştırma grubundaki kadınların %77,7'si kendisinin veya eşinin jinekolojik muayenesi için kadın hekim tercih edeceklerini belirtirken araştırma grubundaki erkeklerin %77,7'si ürolojik muayeneler için erkeğe muayene olmak isteyeceklerini, %22,2'si ise hekimin cinsiyetinin önemli olmadığını ve soruyu yanıtlayan hiç kimsenin kadın üroloji hekimi tercih etmediğini belirterek tercihlerini ortaya koymaktadır.²¹⁵ Beden muayenesi işlemlerinde, hekim tercihinin hemcinslerinden yana yapılmasının sebebi olarak; kaygı ve stres duygularının daha az hissedilmesi ile aynı cinsiyete sahip hekimin duygudaşlık gereği hastayı daha iyi anlayacağını düşünülmesi gösterilebilir.

Doktrinde bir görüş, kadının utanma duygusunun erkeğinkinden daha üst seviyede olduğu ve kadının muayenesinde özel hayatın gizliliğinin erkeğinken daha fazla ihlal edildiği yönündedir.²¹⁶ Kanaatimce, kişilerin sahip oldukları duygular aynı toplum içinde bulunsalar bile yaşadıkları bölgelere göre değişebilmektedir. Utanma duygusunun seviyesi, yaşadığımız çevrenin utanma ve mahremiyet duygusunu ele alış şekline ve yaş ilerledikçe kişilerin kendilerince oluşturdukları sınırlara göre belirlenir. Bu nedenle utanma duygusu, herkes için mevcuttur. Sadece cinsiyete göre utanma duygusunun seviyesiyle ilgili genelleme yapmak hatalı sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

CMK m.77, muayenenin türüne veya genel şartlarına ilişkin herhangi bir ayrımcılık yaratmamaktadır. Kadının muayenesini düzenleyen hüküm şüpheli, sanık veya diğer kişi olması yönünden bir ayrım içermemesi noktasında da eşitlik ilkesine uygundur.²¹⁷ Kişilerin ceza yargılamasındaki sıfatına bakılmaksızın muayene işleminin uygulanması hukuki bir gerekliliktir.

Doktrinde tartışılan bir diğer husus ise kadının beden muayenesini düzenleyen hükmün zorunluluk içermemesidir. CMK m.77 kadın hekimin muayene işlemini gerçekleştirmesini, *“talep halinde ve olanaklar elverdiği takdirde”* başvurulabilen bir yol olarak belirlemiştir.

²¹⁵ Akaydın, Çiğdem (2019), Kişilerin Hekim Seçiminde Hekimin Cinsiyetine Yönelik Tercihlerinin İncelenmesi: Niteliksel Bir Araştırma, Uzmanlık Tezi, Denizli, Pamukkale Üniversitesi, s.73-75.

²¹⁶ Koyuncu, s.91, Benzer yönde Bkz.: Aksoy İpekçioğlu, s.33, Kızıllarslan, s.272, Kılıç, s.159.

²¹⁷ Adar Özdemir, s.108, Nuhoglu (2006), s.334, Koyuncu, s.91, Doğan, s.125.

Kanunda olanakların elvermediği durumların nasıl belirlendiği veya böyle bir durumda nasıl bir çözüm üretileceği düzenlenmemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, kişiye bazı yararlarının korunması için söz konusu imkan veriliyorsa bunun da hukuken garanti altına alınması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁸ Özel olarak yapılan kanun düzenlemesinin uygulanmama ihtimallerinin ciddi sebepleri olması gerekmektedir. Kişilere tanınan bu hak sadece kanunda düzenlenip uygulamada kullanılmadığında hukuki güven ilkesine de zarar verecektir. Bu nedenle keyfî uygulamaların önüne geçmek amacıyla kişilere hakları hatırlatılmalı, talepleri belgelenmeli ve koşulların elverişli olmadığı durumlar gerekçeli şekilde tutanak altına alınmalıdır.

Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.11/2 “*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.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun hükmüyle düzenlenmeyen konunun, yönetmelik ile düzenlenmesi kanunilik ilkesine ve hukuk sistematığına aykırı olmasına rağmen uygulamada yaşanan sorunlara çözüm üretebilmek için Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.11/2’nin bir çıkış noktası olarak kullanıldığı görülmektedir. Özellikle merkezi yerleşimden uzak yerlerde, işlemi gerçekleştirebilecek yeterliliğe sahip doktor bulunamayabilir. Uzmanlık gerektiren durumlarda, doktorla muayene edilen hemcins olmayabilir veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kadın hekimin gelmesi süre bakımından sakınca oluşturabilir ve delilerin zarar görmesine neden olabilir. Olanakların elvermediği bu gibi durumlarda kadın sağlık personelinin muayene işlemine tanık olmasına özen gösterileceği belirtilmiştir.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu ise kadın sağlık mesleği mensubunun işlem tanığı olarak bulunmasının niteliğidir.²¹⁹ Kanaatimce; Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.11/2, utanma duygusuna göre düzenlenen bir hüküm niteliğinde değildir. İşlemi yapan kişinin cinsiyeti nedeniyle utanma duygusunun üst seviyelere çıktığı düşünülerek özel bir düzenleme yapılmıştır. İşlemi gerçekleştiren kişinin cinsiyeti değişmediği sürece kadın sağlık mesleği mensubunun işlemi izlemesi, utanma duygusunu azaltmamaktadır. Ayrıca işlemin kadın sağlık mesleği

²¹⁸ Akbulut, s.107.

²¹⁹ Özbek, Veli Özer (2006), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 488, Şanlı, s.73, Kılıç, s.159, Eroğlu, s.70.

mensubu tarafından izlenmesi soruşturma evresinin gizliliği, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması noktasında da sorunlara neden olabilir.

Kadının muayenesi sadece muayene olacak kişiler açısından değil, hekimler açısından da sorunlu bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.²²⁰ CMK m.77, tıbbi müdahalelerde cinsiyet ayrımcılığı yapmadan herkesi hasta kabul eden hekimlerin meslek itibarlarını zedeler niteliktedir. Kadınlar için yapılan özel düzenleme gereği kadın hekimlere seçilme hakkı tanınmışken erkek hekimlerin seçilme haklarına ve hekimlere duyulan güvene zarar vermektedir. Ayrıca kadınların, erkek hekimlere muayene olması halinde her an bir tehlikeli bir durumla karşı karşıya kalma ihtimali bulunduğu algısı ortaya çıkmıştır. Bu durum kadınları muayene edecek hekim üzerinde bir baskı yaratmakta ve zan altında kalabileceği şüphesi oluşturmaktadır. Mesleki etik ilkelerinin cinsiyetlere göre değişmediği, hekimlerin hastalarını cinsiyete ve cinsel yaklaşımlarına göre seçmediği ve tıbbi müdahalelerde cinsiyetin önemli olmadığı dikkate alınarak hekim seçme özgürlüğünün tüm hastalara tanınması gerekmektedir.

3.4.Çocuğun Beden Muayenesi ve Görüşünün Alınması Sorunu

Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a'ya göre; *“daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiye”* çocuk denilmektedir. Çocuk; suça sürüklenen, mağdur, diğer kişi ve soy bağı tespit edilecek kişi sıfatıyla ceza yargılanmasındaki beden muayenesi tedbirine maruz kalabilir. Bu tedbirine maruz kalan çocuklara, Çocuk Koruma Kanunu m.42'nin göndermesi ile Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen muayene tedbirine ilişkin hükümlere uygun olarak işlem yapılır. Suça konu olan fiilin işlendiği esnada ceza ehliyetinden yoksun olan ve hiçbir surette suç tespitinde kullanılmayan on iki yaşından küçük çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin cezai sorumlulukları bulunmadığı için şüpheli/sanık olarak beden muayenesine maruz kalmaları mümkün değildir.

Çocuğun beden muayenesi işlemine maruz kalmasına sebep olan hallerden biri çocuğun soy bağının araştırılması gereken durumun mevcut olmasıdır. Ceza muhakemesinde düzenlenen çocuğun soy bağının tespiti, aile içinde işlenen ve nitelikli hallerin olduğu şüphesi karşısında

²²⁰ Özkan, s.25, Aksoy İpekçioğlu, s.33, Akbulut, s.107, Koyuncu, s.93, Kareem, Zorlu, s.1168.

soy bağıının ve derecelerinin araştırılması gereken durumlar veya cinsel saldırı suçunun işlenmesi ile oluşan gebelik sonucu doğan çocuk için yapılabilir.

CMK m.76/3 ile Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.9, çocuğun soy bağıının tespitine gerek duyulması halinde, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin karar alma mekanizmasının uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²²¹ Başka bir görüş, çocuğun soy bağına ilişkin muayenesi ile diğer kişilerin beden muayenesinin aynı hukuksal statüye tabi kılındığı yönündedir.²²²

Özel hukuktaki düzenleme²²³ dışında kamu hukukunda da çocuğun soy bağına ilişkin düzenlemeye ihtiyaç duyulması hem ceza yargılaması hem de kamu yararı bakımından ayrı bir öneme sahip olduğunu göstermektedir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu m.284'te²²⁴ belirtildiği üzere hukuk davalarında soy bağıının araştırılmasında yapılacak işlemlere rıza gösterilmemesi aleyhe yorumlanırken ceza yargılamasında beden muayenesine rıza verilmemesi aleyhe yorumlanmasına neden olmamaktadır.

Bunların yanında, çocuğun soy bağıının belirlenmesi noktasında yapılan işlemlerin (kan örneği alma, parmak izi alma vs.) genellikle vücuttan örnek alma tedbiri kapsamında olduğu düşünülse de kişilerin vücutları üzerinde yapılan incelemeler, beden ölçülerinin alınması gibi işlemlerin beden muayenesi kapsamında gerçekleştiği unutulmamalıdır.

²²¹ Aynı yönde Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.456-457, Aygörmöz, s.160, Koyuncu, s.93, Şanlı, s.70, Sarı, s.196, Fırat, s.54-55.

²²² Fırat, s.55.

²²³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesi “(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 yükümlülüğünden kaçınamaz.”.

²²⁴ “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır: 1. Hâkim maddî olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”.

Çocukların cinsel istismar suçunun mağduru olduğu durumlarda, beden muayenesi işlemine maruz kalması ile sıklıkla karşılaşılmaktadır.²²⁵ Çocuk İzlem Merkezlerinde bulunan adli tıp uzmanları tarafından, cinsel istismar mağduru çocukların iç ve dış beden muayenesi yapılmaktadır. Çocuk hastalıkları alanında uzman doktor ise mağdur çocukların rutin muayenelerini gerçekleştirmektedir. Ceza yargılamasında, mağdur çocuğun psikolojik travmalar yaşamaması için gerçekleştirilen muayene işlemi video-kolposkop ile kayıt altına alınır. Beden muayenesi esnasında tereddütte kalınan konular ile ilgili video tekrar izlenerek karar verilebilir.

Doktrinde en çok tartışılan konulardan biri, çocuğun muayeneyi kabul veya ret yönünde karar vermesinin hukuki bir geçerliliğinin bulunup bulunmadığıdır. TCK ve CMK'daki bazı düzenlemeler, karar verme yeterliliğine sahip çocuklara şikayet hakkı, tanıklıktan çekinme hakkı gibi haklar tanımış, iradelerine sonuç bağlamış ve Yargıtay uygulamaları yaşıya göre rızayı dikkate almışken²²⁶ beden muayenesi için kararlarının dikkate alınmaması uygulamada sorunlara neden olmaktadır. Çocukların beden muayenesini düzenleyen hükümlerin yetersiz ve etkisiz kalması, kendilerini ilgilendiren konulara “katılım hakkı²²⁷” gibi temel haklarının kullanılmasını engellemektedir.

Çocukların kendi bedenleri üzerinde gerçekleşecek tıbbi işlemlerde karar alma sürecine katılmaları, şartlar uygun olduğunda, hekimler için önemli bir sorumluluk oluşturmaktadır. İşlemi gerçekleştirecek hekim, Biyotıp Sözleşmesi m.6/2 gereği yaşı ve olgunluk derecesine göre küçüğün görüşünü dikkate alacaktır. Çocukların hekimle birlikte bu sürece katılması, bilgilendirilmesi, aydınlatılmış onamının alınması hekimlik meslek ilkelerinden “özerkliğe saygı” ilkesi ile ilişkilidir. Bu nedenle beden muayenesi işlemine maruz kalacak çocuğun yaşına göre anlayabileceği şekilde sade bir dil kullanılarak bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış onamının

²²⁵ Uğurlu, Zeynep, Gülsen, İpek (2014), “Çocuk Hakları ve Hukuki Bağlamda Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması”, Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi, 1 (1), s.10-11, Aktay, Müne (2020), “İstismar ve İhmalin Çocuk Üzerindeki Etkileri ve Tedavisi”, Gelişim ve Psikoloji Dergisi, 1 (2), s.177-179, Karataş, Zeki (2018), “Çocukların Cinsel İstismardan Korunmasında Çocuk Adalet Sisteminin Önleyici Fonksiyonu”, Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi, 2 (2), s.139.

²²⁶ Akbulut, s.101-102, Kareem, Zorlu, s.1165, Doğan, s.125-126.

²²⁷ Bahadır, Zeynep (2023), “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, Adalet Dergisi, (70), s.216-217, Şahin, Sultan, Polat, Oğuz (2012), “Türkiye’de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 4 (1), s.276,279.

alınması gerekir. Aksi takdirde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında düzenlenen çocuğun üstün yararı, ortaya çıkan zararlar karşısında korunamaz.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi "*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınırlar.*" şeklinde düzenlenmiştir.²²⁸ Düzenleme, dolaylı olarak çocukların beden muayenesi işlemlerine katılım hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Çocuğun beden muayenesini kabul veya ret hususunda karar verme yetisine sahip olup olmadığı yasada belirtilen yaş kriterine göre genelleme yapılarak belirlendiğinde Sözleşmenin 12. maddesine aykırı olacaktır. Üstelik bu durum çocuğun "*bilgi alma hakkının*" yasal temsilcileri tarafından sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Çocukluk ve ergenlik dönemlerinde, kişisel gelişimlerin hızlı şekilde değişmesi nedeniyle her somut olay özelinde karar verme yetisinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Her ne kadar aile hukukuna ilişkin düzenlemeler içerse dahi Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 3. maddesi, çocuğun kendisini ilgilendiren davalar hakkında bilgilendirilmesini ve görüşünü ifade etme hakkını düzenleyerek çocuğun üstün yararı gereği katılım hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Aynı sözleşmenin 6. maddesi ise adli mercilere, çocukların katılım hakkını kullanabilmesine imkan sağlama ve bunu kontrol etme yetkisi vermektedir.

Uluslararası sözleşmelerde düzenlendiği üzere çocuğun kendisini ifade etme ve ciddiye alınma hakkının çocuğun üstün yararı için uygulanması gerekmektedir.²²⁹ Düzenlemelere göre, beden muayenesi tedbirinde de çocuğun sadece görüşünü almak dışında hukuken ciddiye alınmasını sağlayacak düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Öğretide çocuğun beden muayenesi kapsamında tartışılan konulardan bir diğeri ise tanıklıktan çekinme hakkı olan çocuğa muayene tedbirin uygulanması noktasında işlemin nasıl

²²⁸ Yıldız, Gürpınar, Eroğlu, Cinkara, Aldemir, s.38.

²²⁹ Şahin, Polat, s.279, Bahadır, s.223.

gerçekleştirileceği ile ilgilidir. Bu konuyla ilgili görüşlerimiz “*Tanıklıktan Çekinmenin Beden Muayenesine Etkisi*” başlığı altında belirtilmiş olup tekrara düşmemek için bu başlık altında anlatılmayacaktır.

3.5. Beden Muayenesi ile Bazı Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Mukayesesi

3.5.1. Üst Araması Tedbiriyle Mukayesesi

Beden muayenesi ile arama tedbiri, farklı hükümlerde farklı amaçlarla düzenlenmesine ve hukuk düzeninde farklı sonuçlar doğurmasına rağmen işlemlerin gerçekleştirme tarzları nedeniyle karıştırılmakta ve çeşitli yargı kararlarına konu olmaktadır. Her iki işlemin de koruma tedbiri çeşitlerinden olmaları, şüpheli/sanık/diğer kişilere uygulanabilmeleri, temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunmaları, bedenin üzerinde ve vücut boşluklarında gerçekleşmesi sebebiyle birbirine benzemektedir.

Beden muayenesi ve üst araması işlemlerine ilişkin hükümler; kişide yaratacağı etkiler, utanma duygusu ve insan onurunun korunması ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmelik m.28/3’te “*Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır*” düzenlemesi ile CMK m.77’de “*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır*” hükmü benzer niteliğe sahiptir.

Kanaatimce, birbirine benzeyen hareketlerle gerçekleştirilen bu iki işlemin sınırlarının belirlenmesi, işlemlerin hukuka uygun gerçekleştirilmesi ve temel hakları ihlal etmemesi açısından mutlak bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. İki işlem arasındaki önemli farklılıklar; işlemi gerçekleştirecek kişiler ile işlemde uygulanacak yöntemler, amaçlar, kullanılacak araçlar, başvurulduğu durumlar ve temel haklara etkisi açısından ortaya çıkmaktadır.

Üst araması, “*kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal boşluklarında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle ve elle yapılan delil araştırması*” olarak tanımlanabilir.²³⁰ Özellikle, doğal vücut boşluklarında yapılan işlemin dış beden muayenesi mi yoksa üst araması mı olduğu tartışılan bir husustur.

²³⁰ Şahin, Göktürk, s.166, Yenisey, Nuhoğlu, s.632, Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi (JOHASS), 4 (1), s.17.

Kanaatimce, öncelikle yapılan işlemlerin fiillerinin doğru anlaşılması gerekmektedir. Üst araması sırasında yapılan işlem araştırma faaliyeti iken beden muayenesi esnasında yapılan işlem bir inceleme faaliyetidir. Araştırma fiili, birini veya bir şeyi bulmak için bir yeri gözden geçirmek iken inceleme fiili, bir işi veya bir şeyi ele alıp özelliklerini, ayrıntılarını inceden inceye, özenli bir biçimde anlamaya, öğrenmeye çalışmak; tetkik etmek anlamına gelmektedir.²³¹ İncelemenin, araştırmadan daha ayrıntılı bir işlem olduğu ortadadır. Üst aramasında temel amaç, vücutta saklanmış olan suç delili maddelerin ortaya çıkarılması söz konusu iken beden muayenesinde kişinin bedenindeki iz, eser, emareler bir suça ilişkin delil oluşturmaktır. Bu nedenle, arama bir çeşit kontrol işlemi iken muayene bir inceleme faaliyetidir.

Doktrinde bir görüşe göre, bir kişinin ağızındaki yahut koltuk altındaki şeyin çıkarılması ve alınması eyleminde dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır zira burada vücudun aranması söz konusudur.²³² Örneğin, kişinin ağızına bakılıp yasaklı madde saklayıp saklamadığının kontrol edilmesi arama olarak kabul edilebilirken kişinin ağızında bulunan takma dişlerin el yordamıyla çıkarılması ve iç kısımlarının kontrol edilmesi beden muayenesi kapsamında yapılan inceleme olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde bir görüş, arama sonucu elde edilmesi beklenen delil niteliğindeki verilerin çeşitlilik gösterebileceğini savunmakta ve beden muayenesi sonucu yalnızca tıbbi verilerin delil olarak elde edilebileceğini belirtmektedir.²³³ Beden muayenesinde işlenmiş olan bir suç nedeniyle vücut incelenmektedir. Bu nedenle üst araması sonucunda fiziki bir delil elde edilmesi amaçlanırken beden muayenesinde bedenden elde edilen tıbbi bulgulardan bir sonucu ulaşılmaktadır. Vücudun yapısalılığı ile ilgili tıbbi bir araştırma olmayan üst araması, bu sebeple beden muayenesinden ayrılmaktadır.²³⁴

Arama, kural olarak kişinin üzerinde elbise varken gerçekleştirilmektedir. Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, kıyafetlerin çıkarılması ile yapılan aramanın istisna olduğunu,

²³¹ <https://sozluk.gov.tr/> E.T.:01.10.2023.

²³² Yenisey, Nuhoglu, s.632, Sarı, s.76-77.

²³³ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.311, Akbulut, s.90.

²³⁴ Aygörmez, s.150.

belli şartlar ve sınırlandırmalar altında uygulanması gerektiğini düzenlemiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.28/9 “*Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Doktrindeki bir görüş, üst aramasının elbiselerin çıkarılması suretiyle icrası sırasında, vücuda dokunulmaması, yalnızca bakılması gerektiğini savunmaktadır.²³⁵ Çıplak şekilde gerçekleştirilen üst araması, makul şüpheyi destekleyen olayların bulunduğu zamanlarda, vücuda saklanmış olan kanunen izin verilmeyen şeylerin bulunması amacıyla son çare olarak başvurulur.

Üst aramasında yapılan işlem, beden muayenesi işlemine benzese bile sınırlı bir şekilde yapılmaktadır. Sınırın aşıldığı noktada işlem, arama faaliyetinden çıkmakta ve beden muayenesine dönüşmektedir. Sınırı belirleyen özelliklerden biri işlemi yaparken kullanılan araçlardır. Beden muayenesinde kişinin muayene işlemi tıbbi araçlar ve tıbbi yöntemler kullanılarak gerçekleştirilir. Üst aramasında aramayı gerçekleştiren kişi, elle veya gözle veya tıbbi olmayan/ tıbbi amaçla kullanılmayan aletlerle (örneğin büyüteç) doğal vücut boşluklarında delil araştırır.²³⁶ Bu noktada, elle gerçekleştirilen aramanın da bir sınırının bulunması gerekir.

Tartışmalara konu olan bir husus, cinsel organ ve anüste gözle yapılan incelemenin üst araması mı yoksa beden muayenesi kapsamında mı değerlendirilecek olmasıdır. Doktrinde bir görüşe göre; cinsel organlarda saklı bir delilin olup olmadığına ilişkin göz ucuyla yapılacak kontroller muayene niteliğine ulaşmadığı için arama koruma tedbiri kapsamında değerlendirilmelidir.²³⁷ Bir diğer görüş ise CMK m.75’te “tıbbi muayene” ifadesine yer

²³⁵ Özel, Kadir Can (2019), “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(Özel Sayı), s.1240, Akbulut, s.94, Kareem, Zorlu, s.1152, Üst aramasının bedene müdahale teşkil etmemesi hakkında Bkz.: Yılmaz, Yeşim (2016), “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(124), s.274-275, Yenisey, Nuhoğlu, s.632, Nuhoğlu (2006), s.326.

²³⁶ Aygörmez, s.201.

²³⁷ Bayraktar, s.209.

verilmediği için cinsel bölgelerin gözle incelenmesinin iç beden muayenesi sayılması gerektiğini savunmaktadır.²³⁸

Kanaatimce; cinsel organ ve anüste yapılacak muayene işlemleri kişilerin utanma duygusu dikkate alınarak daha sıkı koşullar altında iç beden muayenesi kapsamında düzenlenmişken ve girişimsel olmayan tıbbi görüntülemelerin bu bölgelerde yapılması halinde dahi iç beden muayenesi sayılıyorken bu bölgelerde sadece gözle yapılan incelemenin üst araması kapsamında değerlendirilmesi bir çelişki yaratmaktadır. Kolluk kuvvetleri tarafından, kişinin üstünde yapılan arama sonu cinsel organında yasaklı madde bulunduğuna dair şüphe olduğu takdirde bunun çekip alınması yerine yetkili makamlara haber verilip beden muayenesi kararı çıkartılarak hekim tarafından alınması daha uygun olacaktır. Bu durum arama işlemleri bakımında zorlaştırıcı ve yargı organları ve hekim açısından iş yükünü artıran bir uygulama olarak düşünülse de delil güvenliği ve temel hakların korunması nedeniyle gereklidir. Anayasa Mahkemesi de cinsel organlarda yapılan arama işlemlerinin, iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.²³⁹

Beden muayenesi işlemi, uzmanlık gerektiren bir işlem olması nedeniyle çeşidine göre tabip veya sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından bilirkişilik faaliyeti çerçevesinde gerçekleştiriliyorken üst araması yasal olarak görevlendirilen memur tarafından tıbbi bilgilerden faydalanma ihtiyacı gerekmeden gerçekleştirilmesi nedeniyle bilirkişilik faaliyeti içermez. Bu nedenle vücuttaki izlerin, yaraların kaynağının öğrenilmesi beden muayenesi işlemidir.

CMK düzenlemesine göre her iki işlem için karar verecek merci kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı olarak belirlenmişken aramada ayrıca CMK m.119 gereği “Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri” tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Karar verecek merciiler arasındaki bu farkın sebebi yapılan işlemin temel haklara hangi yoğunlukla müdahalede bulunması ile ilgilidir. Ayrıca üst araması işlemini gerçekleştirmek için makul şüphe ve bunu

²³⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.538, Cinsel bölgenin gözle incelenmesi hakkında karşı görüş için Bkz.: Kiziroğlu, Serap Keskin (2009), "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (1), s.147, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.458.

²³⁹ AYM, Başvuru No: 2015/19012, K.T.: 27/03/2019.

destekleyecek olaylar aranyorken daha yoğun ve ciddi şekilde temel haklara müdahalede bulunulan beden muayenesinde kuvvetli şüphenin aranması gerekmektedir.

Temel haklara müdahale açısından değerlendirilmesi gereken başka farklılık da tanıklıktan çekinme hakkı açısından karşımıza çıkmaktadır. Beden muayenesi işlemlerinde, şüpheli ve sanık dışındaki kişiler tanıklıktan çekinme hakkını kullanarak beden muayenesi işlemlerinden çekinebiliyorken kişilerin tanıklıktan çekinebiliyor olması arama işleminin yapılmasını engellemektedir.

3.5.2. Cezaevlerinde Yapılan Detaylı Arama ve Beden Çukurlarında Arama İşlemiyle Mukayesesi

Ceza infaz kurumlarında, infaz sürecinin kişi bakımından yararlı geçmesi, kendisine ve çevresindekilere zarar verici davranışlarda bulunmaması, suç işlemesinin engellenmesi ve kurumda emniyetin sağlanması amacıyla çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Bu yöntemlerden biri cezaevinde hükümlülere detaylı olarak veya beden çukurlarında arama yapılmasıdır.²⁴⁰ Cezaevinde yapılan aramanın, ölçülük ilkesine uygun olarak gerekli olan durumlarda uygulanması gerekirken rutin haline gelmesi, gerekçe göstermeden keyfi olarak uygulanması ve temel hakları ihlal eden davranışlar olması nedeniyle amacından sapmıştır.

Detaylı arama ve beden çukurlarında yapılan arama, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun kapsamında düzenlenmemiştir. 5275 sayılı Kanun'da m.36 ve m.86/6'da genel aramaya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kanunda soyut ve genel bir düzenleme yapıp sınırlarını ve bu kapsamı aşan hususları yönetmelik ile belirlemeye çalışmak hukuk sistematığına uygun bir düzenleme değildir. Düzenlemedeki yetersizlikler cezaevlerinde gerçekleşen aramalar için geniş bir takdir yetkisine ve keyfiyete neden olmuştur.

Ceza infaz kurumlarında gerçekleşen arama *Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik* kapsamında düzenlenmiştir.²⁴¹ Bu

²⁴⁰ Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergün, Şahin, Ervan, Erdem (2022), s.336,337, Şen, Ersan (2021), Çıplak Arama, (Çevrimiçi), <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama> E.T.: 12.09.2023.

²⁴¹ AYM, Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu (2), Başvuru No: 2017/24680, K.T.:13/10/2020, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tutukluların ve Hükümlülerin Hakları Kitapçığı”, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/eyayin/TutukluveHukumliHaklari.pdf> E.T.:29.09.2023.

düzenleme genel arama, detaylı arama ve beden çukurlarında arama olmak üzere ayırmıştır. Detaylı arama ve beden çukurlarında gerçekleşen arama işlemi beden muayenesi tedbiri ile karıştırılan işlemlerdir. Beden muayenesi tedbirine uygulama metodu bakımından benzerlik gösterse dahi çeşitli nedenlerle bu tedbirden ayrılmaktadır.

Beden muayenesi tedbiri, soruşturma veya kovuşturma evrelerinde uygulanırken cezaevlerinde gerçekleştirilen bu arama çeşitleri infaz aşamasında uygulanmaktadır. Muhakeme aşamalarının farklı olması, niteliklerini ve amaçlarını da etkilemektedir. Ayrıca muhakeme evrelerine göre, beden muayenesi işlemleri şüpheli veya sanığa uygulanırken cezaevlerindeki detaylı arama veya beden çukurlarındaki arama hükümlüye uygulanmaktadır.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m.34/2’de “*Hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir*” şeklinde bir düzenleme yapıp sınırları bentlerde sayılmıştır.

Detaylı aramada bedene dokunulmaması gerektiği ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.²⁴² Detaylı aramada temasta bulunmadan ağızlarını açmaları, eğilmeleri, öksürmeleri istenebileceği gibi erkeklerden penisini ve testislerini kaldırmaları istenebilirken, kadınların genital bölge muayenesi için bacaklarını açmaları gerekebilir.²⁴³ Beden çukurlarında yapılan aramalarda, bedende bulunan yasaklı maddenin veya eşyanın çıkarılması sebebiyle beden muayenesinde olduğu gibi bedene temas edilmesi gerekmektedir.

Detaylı veya beden çukurlarında yapılan arama işlemine kurumun en üst amiri olan müdür tarafından karar verilir.²⁴⁴ Beden muayenesinde ise karar mekanizması kural olarak hakim

²⁴² Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Arama Prosedürüne İlişkin Basın Açıklaması <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-uygulanan-arama-prosedurune-iliskin-basin-aciklamasi21122020050818> E.T.:12.09.2023, Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergtün, Şahin, Ervan, Erdem (2022), s.337.

²⁴³ Aras, Bahattin (2022), “Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Cezaevlerindeki Arama Usulüne İlişkin Temel Esaslar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), s.505.

veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı olarak belirlenmiştir. Özellikle beden çukurlarında gerçekleştirilen arama işlemi temel haklara ciddi müdahalede bulunması, işlemin cezaevi tabibi tarafından yerine getirilmesi ve son çare olarak başvurulması nedeniyle beden muayenesinde olduğu gibi yargı makamları tarafından karar verilmesi daha uygun olacaktır.

Hükümlünün üzerinde yasak madde veya eşya bulunması TCK m.297 “*İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak*” suçunun işlendiğine işaret etmektedir. Bu nedenle yasak madde ve eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması ile kastedilen şey suçun işlendiğine dair şüphenin bulunduğudır. Beden muayenesi tedbirinin uygulanması için kuvvetli şüphe aranırken detaylı aramaya başvurmak için makul ve ciddi emareler yeterli görülmüştür. Beden çukurlarında arama yapmak için detaylı aramadan beklenen faydanın sağlanamamış olması gerektiği detaylı aramaya göre daha yoğun bir şüphenin bulunması gerekir.

Sonuç olarak, cezaevlerinde gerçekleştirilen arama faaliyetlerinin gerçekleştiği evre, uygulandığı kişiler, karar veren merciler, aranan şüphe derecesi gibi nedenlerden dolayı beden muayenesi tedbirinden ayrılmaktadır.

3.5.3. Yakalama ve Gözaltına Alma Sürecindeki Muayeneyle Mukayesesi

Ceza muhakemesinde başvurulacak koruma tedbirlerinin, kişi haklarını ihlal etmesi olasılığına karşı çeşitli denetleme yöntemleri kullanılmaktadır. Yakalama ve gözaltına almada gerçekleştirilen muayene işlemi, adli nitelikteki olaylara ilişkin olmasına rağmen kontrol ve denetleme niteliğine sahip idari amaçlı muayene çeşididir. Beden muayenesi tedbiri ile sıklıkla karıştırılan bu işlem, kişilerin temel haklarını korumak, işkence ve kötü muameleye maruz kalmalarını engellemek amacıyla gerçekleştirilmektedir.

CMK’nın 99. maddesi, gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünün nasıl gerçekleştirileceği hususunun *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği* içerisinde düzenlendiğini belirtmektedir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.9’da sağlık kontrolünün kimler üzerinde, nasıl ve hangi hallerde uygulanacağı düzenlenmiştir. Yakalanan kişinin gözaltına alınması veya zor kullanılarak yakalanması halinde, o andaki sağlık

durumunun kontrolünün sağlanması için muayeneye başvurulması yasal bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.²⁴⁵

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.9/9 “*Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 üncü maddesinde belirtilen işkence, 95 inci maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96 ncı maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddesine göre işlem yapılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, karıştırılan iki işlemin birbirinden farklı olduğunu ve uygulanacak hükümlerin farklı yönetmeliklerle düzenlendiğini kanıtlamaktadır.

Beden muayenesi tedbirinde, kişinin bedeni üzerindeki delillerin elde edilmesi amaçlanırken yakalama ve gözaltına almada yapılan muayene işleminde böyle bir amaç bulunmamaktadır. Ayrıca beden muayenesi işlemi için kanunda özel olarak karar alınması usulü düzenlenmesine rağmen yakalama ve gözaltı muayene işlemi bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

3.5.4. Ölünün Adli Muayenesi ve Adli Otopsiyle Mukayesesi

Adli muayene ve otopsi işlemleri, CMK m.86-87’de düzenlenmiştir. Adli muayene ve otopsi, bedenin incelenmesidir ve bedene müdahalede gerektiren işlemlerle yapılmaktadır.²⁴⁶ Beden muayenesinde olduğu gibi ölünün adli muayenesi ve adli otopsi işlemlerinde de zaman geçtikçe güvenli sonuçların elde edilmesi ihtimali azalmaktadır. Beden üzerindeki bulguların doğru şekilde ele geçirilmesi, işlemin zamanında yapılmasına bağlıdır.

Ceza muhakemesinde, adli muayene işlemi ile dış beden muayenesi ve otopsi işlemi ile iç beden muayenesi işlemleri birbirine benzeyen ama farklı düzenlemelere sahip işlemler olarak

²⁴⁵ Yıldız, Ali Kemal (2006), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (1), s.197, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.459, Gökçen, Balci, Alşahin, Çakır (2021), s.407-408.

²⁴⁶ Ersoy, Gürhan, Toprak, Sadık (2009), “Güncel Durumu ile Hukuki ve Tıbbi Açıdan Otopsi Süreci”, Klinik Gelişim Dergisi, 22, s.142, Celbiş, Osman, Aydın, N. Engin, Soysal, Zeki & Mızrak, Bülent (2004), “Türkiye’de Adli Otopsi Uygulamasındaki Güncel Hukuki Durum”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 11 (1), s.53-54.

yer almaktadır. İç beden muayenesinde yaşayan bir kişinin kafa, göğüs ve karın boşluğu ile cilt altı dokuları incelenirken otopsi işleminde cansız bedenın baş, göğüs ve karın boşluğu açılıp içi incelenir.

Ölümle sonuçlanan adli olaylarda, cansız bedenın parçalara ayrılmış ya da yanmış olması veya zamanla çürümesi işlemin tekrar yapılmasını olanaksız hale getirdiği için işlemlerin mutlaka hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini düzenleyen kanun hükmüne göre ise tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılabilmektedir. Adli muayene ve adli otopsi, Cumhuriyet savcısı huzurunda gerçekleştirilen işlemler olmasına rağmen beden muayenesi işlemi hak ihlalleri yaratmamak ve hasta-hekim ilişkisine zarar vermemek için genellikle sadece hekimin bulunduğu ortamda yapılmaktadır. Adli muayene ve otopsi işlemleri, hekimler açısından bilirkişilik faaliyeti olmasına rağmen beden muayenesinin aksine bir koruma tedbiri özelliği bulunmamaktadır.

Adli muayene ve otopsi işleminin, Cumhuriyet savcısının huzurunda gerçekleştirilmesi ve kanunda düzenlendiği yerin ve işlemin niteliği gereği keşif hükümlerinin uygulanabiliyor olması da beden muayenesi işlemlerinden ayrılan bir başka özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Adli muayenelerde, cansız beden dışarıdan izlenerek ölüm zamanı ve ölüm nedenini belirlemek amacıyla bulgular elde edilmeye çalışılmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, dış beden muayenesi doğrudan delil elde etmeye yönelikken adli muayene ise eldeki delilleri değerlendirme aracıdır.²⁴⁷ Kanaatimce, adli muayene işlemleri sadece eldeki delilleri değerlendirmek için değil delil olarak kullanılabilecek bulguların elde edilmesi açısından da önemli bir işlemdir. Cansız beden üzerinde yapılan iyi bir dış muayene işlemi otopsiye yol gösterici nitelikte olabilir.

3.5.5. Fizik Kimliğin Tespitiyle Mukayesesi

Ceza yargılamasında, kimlik tespitinin yapılabilmesi muhakemenin doğru kişi üzerinde yürütülmesini sağlamaktadır. Fizik kimliğin tespiti, CMK ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik kapsamında

²⁴⁷ Aksoy İpekçioğlu, s.8.

düzenlenmiştir. Beden muayenesi tedbiri ile aynı yönetmelik kapsamında düzenlenmesi rağmen birçok hususta farklılıklar içermektedir.

CMK m.81/1’de fizik kimliğin tespiti “*Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Beden muayenesi işlemi şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından düzenlenirken fizik kimliğin tespiti sadece şüpheli ve sanık için düzenlenmiştir. Diğer kişilere fizik kimliğin tespiti işlemi yapılamamaktadır.²⁴⁸

Fizik kimliği tespitinde gerçekleştirilen işlemler ile dış beden muayenesi işlemleri çoğunlukla birbirleri ile karıştırılmaktadır. Fiziki kimlik, şüpheli/sanığı diğer kişilerden ayıran dış görünüş ve beden ölçüleri ile parmak izi, avuç izi, ayak izi, yüz biçimi gibi fiziksel özellikler bütünüdür.²⁴⁹ Fizik kimliğin tespitinde, şüpheli/sanığın beden ölçülerinin alınması sırasında ve bu kişilerin bedeninde yer alan, teşhisini kolaylaştıracak özelliklerin belirlenmesinde yapılacak işlemlerin beden muayenesi niteliğinde olduğu düşünülse de tıbbi incelemeye tabi tutulmaması nedeniyle birbirinden ayrılmaktadır. Ayrıca dış beden muayenesi için hapis cezası bakımından bir sınır aranmamasına rağmen fizik kimliğin tespiti işlemine, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren bir suçtan dolayı başvurulmaktadır.

Bu sebeplere ek olarak, fizik kimliğinin tespiti kapsamında gerçekleştirilecek olan işlemlerin sağlığı olumsuz yönde etkileme ihtimalinin oldukça düşük olması da beden muayenesi tedbirinden ayrılan bir özellik olarak kabul edilebilir. Bahsedilen bu durum nedeniyle fizik kimliğinin tespiti düzenlemelerinde, özel olarak sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartı yer almamıştır.

²⁴⁸ Ömeroğlu, Ömer (2014), “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(115), s.67, Aygörmez, s.119, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.361.

²⁴⁹ Özar, Süleyman (2023), "Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler", Ankara Barosu Dergisi, 81(3), s. 273, Ömeroğlu, s.85-86, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.360.

Beden muayenesi işlemi somut olay özelinde, mevcut yargılamada kullanılmak üzere yapılmış fizik kimliğin tespiti, mevcut olaya ek olarak elde edilen verilerin arşivlenmesi ile gelecekteki bir adli olayda kullanılmak üzere yapılabilmektedir. Bu düşüncenin temeli, Yönetmelik m.17’de mahkumiyet kararı verilmesi halinde verilerin korunmasını sağlayan hükme dayanmaktadır. Ayrıca beden muayenesi işlemi sonucunda elde edilen veriler, delil olarak kullanılmaktayken fizik kimliğin tespitinde elde edilen veriler kişiyi diğerlerinden ayırmaya yardımcı olmaktadır.

Tedbiire karar vermeye yetkili merciler bakımından da iki işlem arasında farklılıklar bulunmaktadır. Beden muayenesi işlemine hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcı tarafından karar verilmektir. Fizik kimliğin tespiti işlemine ise kanun düzenlemesine göre sadece Cumhuriyet savcısı, Yönetmelik m.15/3’e göre ise kanuna ek olarak hakim veya mahkeme tarafından verilecek kararlar da yapılabilmektedir. Yönetmelik düzenlemesi, kanunun oluşturduğu sınırları aşması nedeniyle hukuka aykırı olmasına rağmen aslında ceza muhakemesi sistematığına uygun bir niteliğe sahiptir.

Beden muayenesi işlemi, çeşitlerine göre tabip veya sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından sağlık kuruluşlarında yapılırken fizik kimliğin tespiti işlemi olay yeri inceleme ve kimlik tespiti konusunda özel eğitim almış uzman kolluk mensubu tarafından adli kollukta yapılmaktadır.²⁵⁰ Özel bir düzenleme olarak şüpheli ve sanığın dişlerinin incelenmesi ve diş izlerinin alınması, diş tabipleri tarafından yapılmaktadır.

Sonuç olarak, her işi işlem de niteliği itibari ile koruma tedbiri özelliklerini taşımakta ve orantılılık ilkesine uygun olarak yapılmaktadır. İşlemin yapılış amacı, işlemi gerçekleştirmekle yetkilendirilen merci, işleme karar verme yetkisine sahip merci ve işlemin uygulanabilmesi bakımından suç için öngörülen hapis cezası miktarı gibi çeşitli sebeplerle iki işlemi birbirinden ayırmak mümkündür.

²⁵⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.547, Ömeroğlu, s.86, Aygörmez, s.122.

4. BÖLÜM

TEDBİRE KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI VE TAZMİNAT İSTEMİ, HUKUKA AYKIRI İŞLEM NEDENİYLE ELDE EDİLEN VERİLERİN DURUMU VE İŞLENEBİLECEK BAZI SUÇ TİPLERİ, TEDBİRİN ANAYASA VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ GÜNCEL KARARLARINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1.Kanun Yolları

Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde olan beden muayenesi kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmasında hukuki yarar bulunmaktadır. CMK m.267 “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.²⁵¹ CMK m.75/6 ve m.76/5 gereğince beden muayenesine ilişkin verilen hakim veya mahkeme kararına itiraz edilebilir. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik m.24 düzenlemesi ile ilgili yönetmelik kapsamında alınan beden muayenesi tedbirine ilişkin hakim ve mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilme hakkının bulunduğu ve CMK’da itiraz hakkını düzenleyen maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İtirazı inceleyecek merciler CMK m.268’de düzenlenmiştir.²⁵² Bu merciler, beden muayenesi kararlarına karşı hem maddi hem hukuki denetim yapma hakkına sahiptir. İtiraz kanun yoluna müracaat edildiğinde, beden muayenesi yapılması kararını veren hakim veya mahkemeden farklı başka bir hakim veya mahkemenin karar vermesi hem ihlal edilen hakların güvence altına alınmasına hem de verilen kararın düzeltilmesine, değiştirilmesine veya denetiminin yapılmasına olanak sağlayacaktır. Beden muayenesi kararlarının hukuki denetiminin başka bir merci tarafından yapılıyor olması da itiraz kanun yolunun aktarma etkisinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁵¹ Kayabaşı, Recep (2023), “Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (1), s.102, Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergün, Şahin, Ervan, Erdem, (2022), s.484, Yenisey, Nuhoglu, s.849, Şahin, Göktürk, s.309-310.

²⁵² Çalışkan, Suat (2022), Kanun Yollarında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar, Avukatın Öz-el Kitabı (Ceza Davaları Rehberi) içerisinde 837-938, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, s.856, Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergün, Şahin, Ervan, Erdem, (2022), s.485,486, Kayabaşı, s.115, Yenisey, Nuhoglu, s.853.

Cumhuriyet savcısı kararlarına karşı kural olarak itiraz mümkün değildir.²⁵³ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, özel bir düzenleme olarak Cumhuriyet savcısının beden muayenesi kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının bu gibi hallerde karar verebilmesi, hakimın onayına sunulması şartına bağlanmıştır. Böylelikle tedbire karar verecek makam açısından denetim sağlanacaktır. Bu nedenle, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği karara karşı itiraz kanun yoluna başvurulması mümkün değilken bu karar hakim tarafından onaylandığında verilen karara itiraz edilebilmektedir.

Beden muayenesi kararı verildiğinde, işleme maruz kalacak olan kişinin itiraz hakkı bulunduğu gibi beden muayenesi talebi reddedildiğinde, talepte bulunan tarafın da itiraz hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Cumhuriyet savcısının da muayene talebinin reddi kararlarına karşı itiraz etme hakkı bulunmaktadır.²⁵⁴ İtiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie sözlü veya yazılı olarak başvurusu ile yapılmaktadır.²⁵⁵ CMK m.271/4 düzenlemesi gereği, beden muayenesi kararına yapılan itiraz sonunda verilen kararlar kesindir.

CMK m.269/1 “İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Doktrinde beden muayenesi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulduğunda işlemi durdurma etkisinin bulunup bulunmadığı ile ilgili tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre, ceza muhakemesinde delillerin kaybolmaması ve güvenceye alınması önemli olduğundan itiraza rağmen hakim kararının uygulanarak kişinin muayene edilmesi gereklidir.²⁵⁶ Diğer bir görüşe göre, yapılan müdahalenin telafisi mümkün olmayacağı için beden muayenesi kararına itirazın durdurma etkisinin bulunması gerekmektedir.²⁵⁷

²⁵³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (2022), s.693.

²⁵⁴ 5271 sayılı CMK m.260 düzenlemesi: “Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.” Kızılarıslan, s.326.

²⁵⁵ Çalışkan, s.855, Yenisey, Nuhoglu, s.853, Şahin, Göktürk, s.310, Şen, Yıldız, Duymaz, Aksüt, Maviş, Başer Bergün, Şahin, Ervan, Erdem, (2022), s.487.

²⁵⁶ Kızılarıslan, s.327, Özkan, s.105, Sarı, s.249.

²⁵⁷ Dursun, s.2969.

Kanaatimce, beden muayenesi ile ilgili kararlara karşı yapılan itirazların kural olarak uygulamayı durdurmaması gerekmektedir. Hakim veya mahkeme beden muayenesi kararını verirken; somut olayı dikkatli bir şekilde değerlendirir, kanundaki şartların oluşup oluşmadığını kontrol eder, orantılılık ilkesine ve şüphe derecesine göre en son çare olarak başvurulmasına karar verir. Kamu menfaati, bireyin hakları, suçun aydınlatılması ve adalete olan güvenin korunması arasında bir değerlendirme yaparak tedbir kararı verilir. Telafisi mümkün olmayacak bir işlemin yapılacağı doğru olmakla birlikte tedbir kararı verilirken olaya ilişkin birçok değerlendirme yapıldığı unutulmamalıdır. Ayrıca karara ilişkin gerekçelendirme yapılırken dayanak gösterilen hukuki ve fiili sebeplerin yetersiz olduğu ve denge sağlanamadığını düşünüldüğünde, CMK m.269/2 gereğince hakim veya mahkemenin icranın geri bırakılması kararını verebilmesi mümkündür. Somut olayın üzerinden süre geçtikçe beden muayenesi ile delil elde edilmesi zorlaşacağından itirazın, hakim veya mahkeme tarafından lüzumlu görüldüğü takdirde, durdurma etkisinin olması gerekmektedir. Aksi takdirde beden muayenesi esas amacına ulaşamayacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri bakımından hükme esas teşkil edecek nitelikte hukuka aykırılıklar istinaf veya temyiz başvuru konusu yapılabilecektir.²⁵⁸ Hukuka aykırı yöntemlerle yapılan beden muayenesi sonucunda elde edilen deliller, hükme esas teşkil ederse istinaf mahkemesi bozma kararı verir. Yargıtay bir kararında, Cumhuriyet savcısı tarafından delil elde etmek amacıyla gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında sanığın idrar örneğinin alınmasına yönelik verilen kararın, Sulh Ceza Hakimliğinin onayına hiç sunulmaması ve bu yöntemle elde edilen hukuka aykırı delil esas alınarak mahkumiyet kararı verilmesi bozma nedeni saymıştır.²⁵⁹

4.2. Beden Muayenesi Nedeniyle Tazminat İstemi

Hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen işlemler nedeniyle ortaya çıkan zararların sorumluluğunu yüklenmek ve mağduriyetin giderilmesini sağlamak hukuk devleti olmanın temel

²⁵⁸ Bağlar, s.159-161, Hukuka aykırılığın başvuru konusu yapılması hakkında Bkz.: Özen, Muharrem (2016), "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65, s.2354, Atalan, Mustafa (2023), "Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (53), s.55, Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır (2021), s.672, 709, Yenisey, Nuhoğlu, s.861, 902, Şahin, Göktürk, s.314, 321.

²⁵⁹ Yargıtay, 12. CD., E. 2021/1748, K. 2021/8593, K.T.:07.12.2021.

özelliklerinden biridir. Koruma tedbirleri nedeniyle ortaya çıkan zararlara karşı tazminat istemi CMK m.141’de düzenlenmiştir. Beden muayenesi işleminde, koruma tedbirleri özelliklerinin ağır bastığını belirtmiştik. Koruma tedbirlerinin yeni bir türü olarak kabul edilen beden muayenesi işlemi, hükümden önce suçluluğu kesin olarak ispatlanmamış kişilerin haklarına ciddi ve ağır müdahalelerde bulunulması sebebiyle zarar verme ihtimali yüksektir.

CMK m.141/1’de, hukuka aykırı şekilde uygulanan bazı koruma tedbirlerinin hak ihlalleri yaratması nedeniyle oluşan zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Muayene işleminin hukuka aykırı gerçekleştirilmesi ile ilgili CMK m.141/1’de özel bir tazminat nedeni düzenlemesi bulunmamaktadır. Düzenlemenin yetersizliği sebebiyle uygulamada görev bakımından sorunlar yaşanmasının yanı sıra koruma tedbirleri arasında önemlilik derecesi hakkında çeşitli fikirlerin oluşmasına neden olmuştur. Ayrıca somut olayın yeterince değerlendirilmeyişi, benzer sebeplere ezber tazminat rakamlarının verilmesi, bilirkişilerin maktu raporlar sunarak aslında karar aşamasında ne kadar etkili olduklarının bilincine sahip olmadan hareket etmeleri uygulamanın kemikleşmiş sorunları haline gelmekle birlikte tazminat kurumunun getiriliş amacına aykırıdır.²⁶⁰

CMK m.141/3 “*Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme esas alınarak doktrinde bir görüşe göre, hukuka aykırı yapılan beden muayenesine karşı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir ve genel hükümlere göre tazminat isteminde bulunulabilecektir.²⁶¹

Doktrindeki diğer bir görüş, CMK m.141/3’te “*Birinci fıkrada yazan hâller dışında...*” dediği için m.141/1 dışındaki koruma tedbirlerine karşı Ağır Ceza Mahkemelerinde tazminat davası açılabilirliğini savunmaktadır.²⁶² Bu görüşe karşı da, 3. fıkra hükmü, 1. fıkra kapsamı

²⁶⁰ Sümer, Seda Yağmur (2019). “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi-Karar İncelemesi-”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), s.1273.

²⁶¹ Akbulut, s.118, Dursun, s.2983, Bağlar s.176-177, Aygörmmez, s.148.

²⁶² Yenidünya, Caner, İçer, Zafer (2016): Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, s.531.

içerisinde usule ilişkin bir düzenleme olup 141. maddenin 1. fıkrası kapsamında kalmayan koruma tedbirlerine ilişkin bir sorumluluk halinde ağır ceza mahkemesinde tazminat davası değil de genel hükümlere göre idare mahkemesinde tam yargı davası açılmasına imkan tanıyan ve tarafının devlet olacağını vurgulayan bir hüküm olduğunu savunmaktadır.²⁶³

18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı kanunun 70. maddesi ile CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkrası, CMK m.141/1 düzenlemesinin dışında kalan koruma tedbirlerinin de tazminat davasına konu edilebilmesini düzenlemiştir. Yargıtay kararlarında, CMK m.141/1'in dışında kalan tedbirlerin 3. fıkra kapsamında değerlendirildiğine rastlanılmaktadır.²⁶⁴ Kanaatimce, bu düzenlemenin getiriliş amacı ve lafzından çıkan sonuç; CMK m.141/1 dışındaki koruma tedbirlerini de kapsama almak olduğundan Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme kararıyla hukuka aykırı gerçekleştirilen beden muayenesi işlemleri sonucu ortaya çıkan zararlara karşı Ağır Ceza Mahkemelerinde tazminat davaları açılabilir. Buna ek olarak, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlem yaptığı düşünüldüğünden, genel hükümlere göre, idari yargıda tam yargı davası açılabilir.

4.3.Beden Muayenesinin Hukuka Aykırı Gerçekleştirilmesiyle Elde Edilen Verilerin Durumu

Ceza Muhakemesi Hukukunda yapılacak olan her işlem ve değerlendirmenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi, temel hakların korunması ve adaletin sağlanması bakımından önemlidir. Ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilen ve kişilere hukuki güvence sağlayan delillerin, Anayasa m.38/6'da ve CMK m.217/2'de belirtildiği üzere hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerekmektedir.

Beden muayenesi tedbiri ile bir suçun aydınlatılması amacıyla o suça ilişkin yürütülen yargılama sürecinde ve somut olay özelinde delil elde edilmesini sağladığı için başka bir suçun aydınlatılmasında kullanılamaz. Ayrıca, CMK m.80'de beden muayenesi sonucu elde edilen veriler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu belirtilmiş ve

²⁶³ Sümer, s. 1287.

²⁶⁴Yargıtay, 12.CD., E.2018/3737, K.2018/8558, K.T.:24.09.2018, Yargıtay, 12.CD., E.2015/13049, K.2015/17584, K.T.:11.11.2015, Yargıtay, 12.CD., E.2017/11361, K.2018/4119, K.T.:09.04.2018, Yargıtay, 12.CD., E.2014/13444, K.2015/2705, K.T.:16.02.2015, Yargıtay, 12.CD., E.2016/12408, K.2017/2139, K.T.:20.03.2017.

belirtilen amaçlar dışında kullanılmayacağı düzenlenmiştir.²⁶⁵ İşlemin hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi; elde edilen verilerin suçun aydınlatılmasında kullanılmamasına, hakkın kötüye kullanılmasına ve keyfiliğe, cezai ve/veya hukuki sorumluluğun doğmasına sebep olacaktır.

CMK m.80/2’de beden muayenesi sonucu elde edilen verilerin; “... kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.” şeklindeki düzenleme ile hukuk düzenindeki durumları belirlenmeye çalışılmıştır. Beden Muayenesi Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesi, muayene kapsamında elde edilen verilerin imha edilmesinde ve diğer işlemlerin yürütülmesinde görevli kişiyi Cumhuriyet savcısı olarak belirtmiştir. Verilerin imha edilmemesinin, gelecekte suçların aydınlatılmasına sağlayacağı zaman kazanımları, azaltacağı ekonomik giderler ve iş yükleri gibi avantajlarına karşı teknolojik gelişmeler nedeniyle etkisini her geçen gün daha çok hissettiğimiz gelecek kaygısının bir sonucu olarak hukuk devletine ve adalete olan güvenin sarsılması ve yetkilerin kötüye kullanılması gibi ihtimallerin menfaat dengesinde daha ağır basması, imhanın gerekliliğine işaret etmektedir.

4.4.Hukuka Aykırı Beden Muayenesinin Bazı Suç Tipleri Açısından Değerlendirilmesi

Beden muayenesi işleminin koruduğu değerler, müdahalede bulunduğu temel hak ve özgürlükler, uygulanması sırasında kanunun aradığı sıkı şartlar nedeniyle hukuka aykırı şekilde gerçekleştiğinde TCK’da düzenlenen çeşitli suçlara konu edilebilir.

Beden muayenesi işlemi sonucu elde edilen veriler, CMK m.80/1’de belirttiği üzere kişisel veridir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.3/1-d’de “*Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireyin Korunması Hakkındaki Sözleşme’nin 6. Maddesi ise sağlık, cinsel yaklaşım, biyometrik ve genetik ile ilgili verilerin özel veri kategorisi olarak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Beden muayenesi işlemi, özel nitelikteki kişisel veri olarak kabul edilen verileri elde etmemize yardımcı olmaktadır. Bu nedenle daha fazla koruma

²⁶⁵ Gedik, Doğan (2019), “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), s.928, Yenisey, Nuhoglu, s.651, Şahin, Göktürk, s.228.

gerektirmesinin yanında verilerle gerçekleştirilen ihlallere ilişkin cezai sorumlulukların doğmasına neden olur.

Beden muayenesi sonucu oluşturulan adli raporda; kişinin nüfus bilgileri, mesleği, sağlık verileri, muayene kapsamında çekilen fotoğrafları, muayene değerlendirme sonuçları kişisel veri içerisinde değerlendirilip TCK m.136 “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” ve m.138 “*verileri yok etmeme*” suçuna konu edilebilir.²⁶⁶ Beden muayenesi belli bir amaç doğrultusunda gerçekleştiği için bu verilerin başka amaçlar için kullanılması mümkün değildir. Ayrıca Anayasa m.20/3, kişisel verilerin korunması ve işlenmesi hususunda önemli bir anayasal güvence oluşturmuştur.

Beden muayenesi işlemini gerçekleştiren kişiler, bilirkişi olarak görev yaparak kişisel verilerin elde edilmesine yardımcı olmaktadır. Muayene kapsamında elde edilen kişisel sağlık verilerinin paylaşılması ile ilgili yasal hükümlerin bulunmaması, hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kişinin bedeni üzerinden elde edilen veriler dışında kişinin işleme geliş/getiriliş şekli, nedeni, kim olduğu, ne iş yaptığı gibi verilerin ilgisi olmayan kişilerle paylaşılması gerekir. Bu verilerin dosya kapsamında yetkili olanlar haricindeki kişilerle paylaşılması TCK m.136’da düzenlenen “*verileri hukuka aykırı olarak verme*” suçunu oluşturur. Örneğin, doktorun beden muayenesi sonucu elde ettiği bilgileri polisle veya aileyle paylaşması veya doktorların kendi aralarında meslekleri gereği gerçekleştirmeleri uygun bulunan bilgi alma işlemi dışında kişisel verilerin başka doktorlarla paylaşılması da bu suçun oluşmasına sebep olur.

TCK m.138’de düzenlenen “*verileri yok etmeme suçu*” ise bu işle görevlendirilen kişiler tarafından işlenmektedir. Beden Muayenesi Yönetmeliği 22. maddesi gereğince, muayene kapsamında elde edilen verilerin imhası için Cumhuriyet savcılarını görevlendirmiştir. Bu göreve aykırı davranarak beden muayenesi verilerinin imha edilmemesi suç oluşturmakta ve TCK m.138/2’de “*Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması*

²⁶⁶ Dülger, Murat Volkan (2016), “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), s.129-135, Apış, s.290, Doğan, s.127, Benzer yönde Bkz.: Ümit, Ceyda (2017), “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (32), s.234, Alçın, s.398,399.

veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılacağı” hususu dikkate alınarak cezada artırım yapılmaktadır.

Sağlık hizmetlerini yerine getiren tabip veya sağlık mesleği mensubu kişiler, beden muayenesine ilişkin sahte adli muayene raporu düzenleyerek de suç işleyebilirler. Kamu görevlisinin, görevi gereği düzenlediği sahte belgeler nedeniyle²⁶⁷ TCK m.204/2 *resmi belgede sahtecilik suçundan* sorumlu olması söz konusu olabilir.

Hekimler tarafından işlenmesi mümkün olan suçların başka çeşidi ise *öldürme veya yaralamadır*.²⁶⁸ Doktrinde bir görüşe göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonun ve aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin tıp bilimin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması gerekmektedir.²⁶⁹ Bu noktada hekimin, mesleki yükümlülüklerine uygun olarak kendisinden beklenen gerekli dikkat ve özeni göstermeden yerine getirdiği beden muayenesi işleminin sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralamadan taksirle sorumlu tutulması gerekmektedir. Beden muayenesini gerçekleştiren hekimin, yanlış tıbbi aleti kullanması veya hemofili hastası olan kişinin muayenesini gerekli olan özeni göstermeden yapması nedeniyle kişinin sağlığını bozması veya vücuduna acı vermesi nedeniyle TCK m.89’da düzenlenen taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir.

Başka bir suç tipi ise özellikle zorla beden muayenesi yapılırken işlenmesi mümkün olan ve TCK m.94’te düzenlenen *işkence suçudur*²⁷⁰. Beden muayenesi işlemi sırasında kişilerin ellerinin ve ayaklarının bağlanması veya kollarının ve bacaklarının tutulması, kelepçelenmesi, zorla kıyafetlerinin tamamının çıkarılması, zorla anestezi verilmesi veya sakinleştirici iğne yapılması gibi hususlar, diğer koşulları gerçekleştirdiği takdirde, işkence oluşturur. Zorla

²⁶⁷ Erbaş, Rahime (2013), “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md. 210/2)”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 71 (1), s.331, Kitapçioğlu Yüksel, Tülay (2021), “Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu, s.765-771.

²⁶⁸ Kalemoglu, Murat (2017), “Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları”, Nobel Medicus 38, 13(2), s.7, Sarsıkoğlu, s.717, Hakeri (2023), s.151,152, Şimşek, s.3540.

²⁶⁹ Hakeri (2023), s.35, Şimşek, s.3539-3543.

²⁷⁰ Fincancı, Şebnem Korur, Yorulmaz, Coşkun (2006), “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, s.145, Sürücü, s.436, Salmanoğlu ve Polattaş/ Türkiye, İHAM Başvuru No: 15828/03, K.T.:17.03.2009.

gerçekleştirilen beden muayenesi ile insan onuruna zarar verilmesi ve bedensel-ruhsal yönden acı çektirilmesi muhtemel olduğu için işkence suçunun işlendiği iddiası ile yargı yollarına başvurulmaktadır.

Beden muayenesi çeşitlerinden iç beden muayenesi niteliğine sahip olduğu kabul edilen genital muayene işlemi de hukuka aykırı gerçekleştiğinde TCK m.287’de düzenlenen “*genital muayene suçunun*” oluşmasına neden olabilmektedir.²⁷¹ TCK m.287 “*Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan ...*” şeklindeki düzenlemesi ile seçimlik hareketi gerçekleştiren kişilerin sorumluluğuna gitmiştir. Örneğin, yurt müdürü veya okul müdürü tarafından bekaret kontrolü adı altında öğrencinin genital muayene işlemine gönderilmesi²⁷², yetkili hakim veya savcı kararı olmamasına rağmen tabip tarafından işlemin yapılması²⁷³veya ailelerin, kişilerin rızası olmadığı halde aile içinde işlenen suçların veya töre nedeniyle duyulmasını istemedikleri olayların üstünü örtmek, yayılmasını engellemek amacıyla genital muayene işlemine götürülmeleri bu suçun işlenmesine neden olacaktır.

Hakim, savcı veya hekim tarafından kasten ve kanun düzenlemelerine aykırı şekilde, görevin gereklerine aykırı davranışları ve kişilerin mağduriyetine yol açmaları nedeniyle TCK m.257’de düzenlenen *görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaklardır*.²⁷⁴ Ayrıca beden muayenesini gerçekleştirecek kişilerin görevin gereklerini yapmada ihmal veya gecikme göstermesi, muayeneden kaçınması TCK m.257/2 kapsamında değerlendirilir. Özellikle beden muayenesi işleminde geçen süre, delil elde etme açısından olumsuz bir sonuç doğurduğu için görevi ihmal veya gecikme kişilere ve kamuya zarar verici niteliktedir.

Beden muayenesi işlemini gerçekleştirmek için görevlendirilen hekimin, hastanın rızası olmaması nedeniyle işlemi gerçekleştirmemesi durumunda görevi kötüye kullanma suçundan

²⁷¹ Tokis Kuş, Büşra Nur (2021), “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, 95 (5), s. 280-283, Turhan, s.1039, Özgenç, s.245, Fırat, s.169-170.

²⁷² Hakeri (2023), s.410, Nuhoğlu (2019), s.2994.

²⁷³ Elkıran, Zeynep (2022), Genital Muayene Suçu (TCK m. 287), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, s.42, Dülger, İbrahim (2008), Genital muayene suçu (TCK. Madde 287), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 49, Hakeri (2023), 409.

²⁷⁴ Altun, Özçelik, Karaca (2019), s.97, Hakeri (2023), s.362,378.

haklarında iddianame düzenlenmektedir.²⁷⁵ Bu durumda dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, görevi kötüye kullanma suçunun kast ile işleniyor olmasıdır. Kişinin sadece rızası bulunmadığı durumlarda tıp etik ilkeleri nedeniyle muayeneden kaçınan hekimin, kast ile hareket ettiği kabul edilmese de kanaatimce, öğrenim süreleri içinde yasal yükümlülükleri bildirildiğinden ve bunlara uygun davranmadıklarında cezai sorumluluklarının doğabileceği öğretildiğinden, muayene işleminden çekinen hekimin kast ile hareket ettiği kabul edilebilir. Bu şekilde hem hukuk kurallarının üstünlüğünün kabulü hem de hukuk dışı keyfi uygulamaların cezalandırılması sağlanabilecektir.

Hekimler tarafından işlenebilecek bir başka suç tipi ise TCK m.280’de düzenlenen *sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçudur*.²⁷⁶ Beden muayenesi işlemi adli vakalarda sıklıkla başvurulmuş bir işlemdir. Adli bir vaka ile karşılaşan veya şüphe eden sağlık mesleği mensubu kişilerin bu durumu tutanak altına alıp gerekli mercilere haber vermesi gerekmektedir. Beden muayenesi işlemini gerçekleştiren tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişi, işlem sırasında bir suça ilişkin ize veya belirtiye rastladığında yetkili mercilere bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Suçun ihbar edilmemesinde menfaat ne kadar büyük olursa olsun, suç ihbar edilmek zorundadır.²⁷⁷ Bu nedenle hekimin sır saklama yükümlülüğü, özel hayatın gizliliği, aile yaşamının gizliliği gibi menfaatlerin ve yükümlülüklerin karşısında kanun koyucu, beden muayenesini kanun hükmü ile düzenleyerek üstün menfaat olan kamu yararını belirtmiştir.

Suçun mağduru olan kişilerin bildirimde bulunulmamasını istemesi dahi bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.²⁷⁸ Örneğin, muayene esnasında vücutta darp izine

²⁷⁵ Edirne, 1. Sulh Ceza Mahkemesi, E.2013/144, K.2013/335, K.T.: 23.05.2013, Edirne, 6. Asliye Ceza Mahkemesi, E.2016/477, K.2016/569, K.T.:24.11.2016, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 13. Ceza Dairesi E.2017/77, K.2017/78, K.T.:12.01.2017, Altun, Özçelik, Karaca (2019), s. 94.

²⁷⁶ Karahan, A. Burak (2019), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), s.952-956, Aşkın, s.1380,1381.

²⁷⁷ Zafer, Hamide (2013), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71 (1), s.1329, Yılmaz, Aslı Ekin (2020), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), s.242, Aşkın, s.1384, Karahan, s.965-966.

²⁷⁸ Özgüç, Levent Emre (2019), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2), s.1026, Zafer, s.1346.

rastlayan, işkence veya eziyet edildiğine ilişkin şüpheye sahip olan, cinsel saldırı veya cinsel istismar suçuna ilişkin bulgulara rastlayan hekimin menfaat karşılaştırması ve kanun hükmünü icra sebebiyle durumu bildirmesi gerekmektedir.

4.5.Cinsel Dokunulmazlık Bakımından Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi

Beden muayenesi amacıyla ilgili kuruma sevk edilen kişiye karşı sağlık mesleği mensubu kişilerin, muayene sınırlarını aşarak ve tıbbi gereklerin dışına çıkarak işlem yapması hem güven ilişkisini zedelemekte hem de çeşitli suç tiplerinin oluşabilmesine neden olmaktadır. Bu suç tiplerinden biri de *cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardandır*. Beden muayenesi işlemlerinde, hukuka aykırılık nedeniyle işlenebilecek suç tipleri açısından en zorlu tespitlerden birisi cinsel suçlardır. TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı ve TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı hükümlerinde, cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinden bahsedilmiş fakat cinsel davranışın kapsamına nelerin girdiğinden bahsetmemiştir.

Beden muayenesini düzenleyen hükümlerde belirtildiği üzere tıbbi müdahalenin, cinsel bölgelerde gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenle, sağlık mesleği mensubu kişiler açısından bu bölgelerde gerçekleştirilen muayene hareketlerinin cinsel davranış kapsamında sayılması, fiilin işleniş biçiminden ziyade cinsel tatmin amacını taşıyıp taşımadığına göre belirlenmelidir.²⁷⁹

Kanaatimce, beden muayenesi sırasında gerçekleştirilen işlemlerin cinsel saldırı olarak değerlendirilmesi için şüpheye yer vermeyecek şekilde cinsel arzuları tatmin amacı taşıyan ve tıbbi gerekliliklere uygun olmayan şekilde gerçekleştirilen hareketleri içermesi gerekmektedir. Örneğin, cinsel arzularla kalça, göğüs veya cinsel organının okşanması, tıbbi muayenenin gerektirdiği temastan fazlasının yapılması, muayene sırasında kapsam dahilinde olmayan cinsel bölgelerdeki kıyafetlerin zorla çıkartılması durumunda cinsel saldırı suçunun işlenmesi mümkündür.

²⁷⁹ Hakeri (2023), s.176, Hakeri, Hakan, Kartal, Melik, Karataş Görücü, Şule (2020), ‘Sağlık Çalışanları Bakımından Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’, Prof Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan (535-572), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.540,541, Cinsel amaçlı temasta bulunma hakkında Bkz.: Yargıtay, 14.CD., E.2015/974, K.2015/11.302, K.T.:03.12.2015, Yargıtay, 14.CD., E.2017/1622, K.2017/4611, K.T.:10.10.2017, Sarı, s.45.

Tıp biliminin kabul ettiği yöntemlere ve meslek etik ilkelere uygun işlem gerçekleştiren hekimlerin, muayene yöntemleri aynı olmayabilir. Bu nedenle yapılan hareketin cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılıp yapılmadığını tespit etmek kolay değildir. Muayene esnasında yapılan hareketin, somut olay kapsamında gerekli olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Bir doktor, muayenehanesinde tedavi olmaya gelen hastasının vücuduna ancak mesleğinin gerektirdiği kadar sınırlı bir dokunma yetkisine sahiptir ve mesleğinin icrasıyla ilgisi olmayan şekilde hastaya dokunması, yetmedi cinsel ilişkiye girmesi suç oluşturur.²⁸⁰ Kanaatimce; hekimlerin muayeneden önce yapacağı aydınlatma sırasında muayene edilecek bölgeleri kişiye açıkça belirterek ve mümkünse yazılı rızalarını alarak haklarındaki şikayetleri azaltmaları ve kendilerine duyulan güveni zedelememeleri mümkündür.

Muayene işleminin, tıbbi müdahale türü olması nedeniyle müdahalede bulunan kişinin rızasının hukuki değerinin doğru belirlenmesi gerekir. Doktrinde bir görüş, tıbbi müdahale görüntüsü altında, muayene olan kişinin rızasıyla hekim tarafından cinsel saldırı oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesinin, geçerli bir rıza bulunmaması nedeniyle cinsel saldırı suçunun oluşacağını savunmaktadır.²⁸¹ Muayene işlemini gerçekleştirecek olan hekimin, yapacağı hareketler ile cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde TCK m.102/3-b gereğince, “*Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlemesi*” sebebiyle nitelikli halden sorumlu tutulması beklenir.

CMK m.75/3; iç beden muayenesinin yalnızca tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılabileceğini düzenlenerek hem genital muayene suçuna paralel bir düzenleme yapılmış hem de koşulları olduğu takdirde yetkisiz kimselerce yapılan tıbbi muayenelerin cinsel saldırı suçunu oluşturabileceğinin önünü açmıştır. Doktrinde bir görüş, iç beden muayenesinin koşullarının oluşmadığını bilerek kasten genital muayeneye gönderen hakim veya savcının, koşullarına göre cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun dolaylı faili veya azmettireni olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁸²

²⁸⁰ Yargıtay, 14.CD., E. 2019/5092, K. 2021/2392, K.T.:25.03.2021 (Karşı Oy görüşü).

²⁸¹ Hakeri (2023), s.176, Yargıtay, 14.CD., E. 2019/5092, K. 2021/2392, K.T.:25.03.2021 (Karşı Oy görüşü).

²⁸² Nuhoglu (2019), s.2993.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken başka bir konu ise kolluk görevlileri tarafından sınırların aşılarak gerçekleştirildiği arama faaliyetlerinin cinsel saldırı suçuna konu edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimce, beden muayenesi işlemlerini gerçekleştirecek olan kişilerin nitelikleri tez kapsamında belirtilmiş olup kolluk kuvvetleri personelleri yetkili kişi olarak belirlenmemiştir. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemesi nedeniyle işlem bakımından kolluk görevlilerinin de yetkili olduğu yönünde görüşler bulunsa da muayene yetkisi tabibindir. Arama işlemi kapsamında, cinsel organ ve anüste yabancı bir maddeye rastlayan kolluk memurunun, iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesine karar verilen cinsel organlar ve anüste yaptığı işlemler nedeniyle koşulları olduğu takdirde cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir.

4.6.Beden Muayenesinin Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Güncel Kararlarına Yansıması

Bu başlık altında, beden muayenesine başvuru süreci, zor kullanma ve orantılılık ilkesi değerlendirilmesinin özellikle Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından hangi kriterlere göre yapıldığı açıklanmaya çalışılacaktır.

İlk olarak güncel kararlardan biri olan *Güngör/ Türkiye*²⁸³ başvurusunun incelenmesi ile Anayasa Mahkemesi ve İHAM kriterlerinin tespit edilmesi gerekir. Başvurusu konusu olay, terör örgütüne yardım ve üyelik suçlamalarıyla haklarında soruşturma açılan kimselerin, muayeneye sevk sırasında ve muayene sürecinde maruz kaldığı kötü muamele ve zorlamaya ilişkindir. Başvuran, İHAS m.3 kapsamında kötü muamele yasağının ve m.8 kapsamında fiziksel bütünlüğe saygı hakkının ihlaline ilişkin olarak başvuruda bulunmuştur.

Başvuran ve arkadaşları, soruşturma kapsamında yakalandıktan sonra ve gözaltına alınmadan önce, kolluk güçleri tarafından kötü muamele uğrayıp uğramadıklarını öğrenmek amacıyla doktor muayenesine gönderilmiş ve muayene sonucu vücutta herhangi bir lezyon tespit edilmemiştir. Daha sonra tükürük örneğinin alınması amacıyla hastaneye sevkleri yapılmıştır. Hastaneye sevk edilmesi sırasında gözaltı merkezinden ayrılmak istemeyen ve polis aracından inmeyen başvuran ve arkadaşlarına karşı, direncin kırılması için göz yaşatıcı gaz sıkıldığı ve

²⁸³ Güngör/ Türkiye, İHAM Başvuru No: 3824/17, K.T.:15.11.2022.

fiziki güç kullanıldığı iddia edilmiştir. Güvenlik güçlerinin müdahalesinden sonra alınan adli tıp raporunda, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmaların mevcut olduğu belirtilmiştir. Bunun dışında, tükürük örneğinin alınması sırasında başvuranın rızası bulunmamasına rağmen zor kullanılarak işlem gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. Ayrıca başvuranın avukatı, müvekkili ancak 48 saat sonra görebilmiş ve bu sürede yara izlerinin iyileştiğini savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, *Güngör/Türkiye* başvurusunu değerlendirirken tıbbi müdahalenin genel kriterlerini de belirlemiştir. Başvuran, kararı öğrendiği ile uygulandığı an arasında sadece birkaç dakika olduğunu ve yetkili makamlara şikayet edilmesine rağmen etkin soruşturma yürütülmediği belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ise kötü muamele iddiasına ilişkin olarak fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması amacıyla iç hukuk yollarının tüketildiğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, vücut bütünlüğüne ilişkin yapılan müdahalelerde öncelikli olarak meşru bir amacın varlığının bulunup bulunmadığını incelemektedir. Başvuru konusu olayda, suçla mücadele meşru bir amaç olarak kabul edilmiştir. Uygulanacak olan beden muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemine göre orantılılık ilkesi kapsamında suçun cezasının sınırına bakmış ve iki yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçla ilgili yargılama yapıldığına karar vermiştir. Başvuruya konu olan olayda gerçekleştirilen işlemler, aktif katılım içermediğinden katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmiştir. Aksi takdirde, gerekli olan delillerin toplanabilmesinin ve yargılama evrelerinin gerektiği gibi yürütülmesinin imkansız hale geldiği savunmuştur. Zor kullanma kapsamında kolluk güçleri tarafından kullanılan göz yaşartıcı gaz sıkılmasını direnci kırma noktasında orantılı bulmuş ve bu konuda ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

İHAM ise meşru amaç ve orantılılık ilkesine ek olarak, bir suça ilişkin delil elde etme amacıyla zorla tıbbi müdahalede bulunmayı; somut olay kapsamında ikna edici bir şekilde gerekçelendirilmesine, başka yöntemlerin denendiğinin gösterilmesine ve sağlığına daimi bir zarar bırakma riski taşımamasına göre değerlendirmektedir.²⁸⁴Buna ek olarak, zorla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde işlem nedeniyle kişilerin ağır ağrı veya fiziksel sıkıntı çekmesine neden olup olmadığı, işleme kimin karar verdiği ve kim tarafından uygulandığı da

²⁸⁴ Güngör/Türkiye, § 53.

dikkat edilmesi gereken hususlar arasında sayılmıştır. Somut olay kapsamında ise başvuranın ellerinin kelepçeli olması ve koltuk değnekleri ile yürüyor olması nedeniyle kullanılan gücün orantılılık ilkesi kapsamında mutlak suretle gerekli olmadığına karar verilmiştir. *Güngör/Türkiye* kararından anlaşılabacağı üzere hem Anayasa Mahkemesi hem de İHAM zorla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleleri, katlanma yükümlülüğü çerçevesinde kabul etmekte ve işlemin orantılılık ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Başka bir kararda, Anayasa Mahkemesi *B.P.O. Başvurusu*²⁸⁵ kapsamında yaptığı değerlendirmeler ile yapılan işlemin beden muayenesi sınırları içinde belli kriterlere uygun gerçekleştirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. *B.P.O. Başvurusu*, kanuna aykırı şekilde kolluk görevlileri tarafından yapılan iç beden muayenesinin, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve adil yargılanma hakkına karşı ihlal oluşturduğu ile ilgili olaydır. Tedirgin davranışlarından şüphelenilen başvuranın, polis merkezinde yapılan aramalar sırasında elindeki balonda saklı olan kokaini koltuk arasına saklarken yakalanması sonrası yapılan işlemler hukuka aykırı kabul edilmiştir. Arama sonrası tuvalet ihtiyacını gidermek maksadıyla tuvalete götürülen başvuranın, tuvaletini yanında kolluk görevlisi bulunurken bir kaba yaptırılması ve kolluk görevlisinin başvuranın işi bittikten sonra cinsel organına elini sokarak bir adet uyuşturucu saklı balon bulması ve buna dayanarak Cumhuriyet savcısına yaptıkları bildirim üzerine iç beden muayenesi kararı çıkartılarak hastanede muayene yapılması sonucunda vücudunun çeşitli yerlerinde uyuşturucu bulunmasına ilişkin işlemler Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca değerlendirilmiştir.

Anayasal güvence teşkil eden; vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi temel haklara müdahale gerektiren bir işlemi Anayasa Mahkemesi tespit ettiğinde, birçok değişkene bağlı olarak değerlendirme yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. *B.P.O. Başvurusu* kapsamında, muayenenin gerçekleştiği ortamı, muayeneye maruz kalanların cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumları somut olay kapsamında ayrıca değerlendirilerek müdahalenin ağırlık derecesi ölçülmeye çalışılmıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi yapılan işlemler için yasal bir dayanağın mevcut olup olmadığına, bu dayanağın vatandaşlar tarafından varlığının bilindiğine/

²⁸⁵ AYM, Başvuru No: 2015/19012, K.T.: 27/03/2019.

ulaşılabilir olduğuna, haklı ve yoğun şüphenin mevcudiyetine göre işlemin yapılmasının gerekli olup olmadığına karar vermiştir.

B.P.O. Başvurusu, Anayasa Mahkemesi’nin cinsel organlarda yapılan aramayı iç beden muayenesi kapsamında kabul ettiğini göstermektedir. Bu nedenle, kolluk gleri tarafından yapılan cinsel organda aramada işleminin, Anayasa m.17/1 gereğince yasal dayanağının bulunmaması nedeniyle ihlal oluşturduğuna oyçokluğu ile karar verilmiştir. Karşı oy kullanan üyeler, kolluk glerinin yaptığı bu işlemi Anayasa’nın 17. maddesinin 1. fıkrasından ziyade daha ağır nitelikte olan 3. fıkrasında düzenlenen kötü muamele yasağı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

B.P.O. Başvurusunda dikkat edilmesi gereken bir husus da muayene işlemini gerçekleştirirken sağlıkla ilgili uyulması gereken kuralların nasıl değerlendirildiğidir. Muayene işlemi tıp ilkelerine uygun olarak kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde gerçekleştirilmelidir. Karşıoy gerekçesinde belirtildiği üzere, kolluk görevlilerinin sözde hijyen kurallarına uymak için eline eldiven takarak işlemi gerçekleştirmesi muayenenin önemi ve ciddiyeti ile bağdaşmamaktadır.²⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, kötü muamele ile ilgili değerlendirme yaparken “*asgari eşik*” düzeyini kullanmaktadır. Bu düzey, her somut olay için ayrıca incelenecek olup beden muayenesinde muayene sresinden muayene koşullarına, uygulanacak kişinin özelliklerine kadar her durumun ayrıca değerlendirilmesi ile karara konu edilir. *B.P.O. Başvurusu*, karşıoylarında güvencelere aykırı biçimde ve yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen muayenenin bizatihi kendisi insan haysiyeti bağlamında oldukça hassas bir niteliği haiz olduğu savunulmuştur.²⁸⁷ Bu nedenle, asgari eşik düzeyi sadece hareketlerin ağırlık noktasına göre kişide meydana getirdiği büyük acılara ve/veya çektirdiği ızdıraplara göre belirlenemez.

Yargıtay kararlarında, beden muayenesi işleminin nasıl değerlendirildiğinin incelenmesi, uygulamadaki problemlere çözüm üretilmesi açısından da önemli kabul edilmelidir. Tez kapsamında ele alınan kararlarda grldği üzere, beden muayenesi ile ilgili olaylarda vücut

²⁸⁶ B.P.O. Başvurusu, Karşıoy gerekçesi, ř 7 (Zühtü Arslan).

²⁸⁷ B.P.O. Başvurusu, Karşıoy gerekçesi ř 8 (Yusuf şevki Hakyemez).

bütünlüğünün dokunulmazlığı, işkence yasağı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı esas alınarak değerlendirme yapılmaktadır. İHAS m.3 ve m.8 düzenlemeleri, kişilere karşı zorla beden muayenesini doğrudan yasaklamamış ve belli şartlar altında bu işlemlerin yapılacağını belirtmiştir. Bu şartlar; tıbbi müdahalenin gerekliliği ikna edici şekilde ispatlanmasına, İHAS m.3'te yer alan asgari ağırlık düzeyinin altında bir işlem olmasına, hekim tarafından ve sağlık durumu kötüleştirmeden gerçekleştirilmesine bağlıdır.²⁸⁸ Aksi takdirde yapılan işlemin hak ihlali yaratacağı çok açıktır.

Anayasa Mahkemesi ile İHAM, temel haklarla ilgili değerlendirme yaparken “*demokratik toplumda gerekli olması*” ilkesini de irdelemektedir. Demokratik toplum düzeninde gereklilik, kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olmasını ifade etmektedir.²⁸⁹ Bu nedenle, beden muayenesinin kişiye ve topluma sağlayacağı yarar arasındaki menfaat dengesinin varlığı, ölçülülük ve ikincillik ilkesine uygun işlem yapılması, kamu düzeni için gerekli olması gibi kriterler bu ilke kapsamında değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi “*bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu*”²⁹⁰ kabul etmiştir.

Rıza olmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler için kararlardan çıkarılan sonuç, yasal bir dayanak gerekmesi, işlemin ölçülülük ilkesi kapsamında uygulanması, hakkın kısıtlanmasının son çare olarak belirlenmesi ve olabilecek en az müdahale ile işlemin gerçekleştirilmesi olarak belirlenebilir.

²⁸⁸ Turhan, s.1063-1064-1065.

²⁸⁹ Çatlı, Mehmet (2018), Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Sınırlama ve Güvence Ölçütü Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, s.92, Benzer yönde Bkz.: Günhan, Osman Göktürk, Hasoğlu, Kevser Afra (2023), “Çekirdeğe Doğru: Hakkın Özü Bağlamında Mülkiyet Hakkına İlişkin Güncel Bir Değerlendirme”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, 6 (10), s.37.

²⁹⁰ Gören, Zafer (2007), “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, (12), s.53 Benzer yönde Bkz.: Eren, Abdurrahman (2021), Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar—Türk Anayasa Hukuku), İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s.601.

SONUÇ

Beden muayenesi işlemi, hukuk dışında birçok bilim dalını ilgilendirdiğinden sadece hukuk alanı içinde değerlendirilmeye tabi tutulduğunda, hatalı işlemlerin uygulanmasına neden olacaktır. Yasal düzenlemelerde geçen; muayene, cerrahi müdahale, tıbbi alet, sağlık, vücut boşluğu gibi kavramların, hukuki kavram olmaması nedeniyle tıp alanındaki tanımlamaların, değerlendirmelerin, işlem şartlarının dikkate alınması ve ortak düzenleme oluşturulması gerekir.

Tez çalışmasında; kanunda yeteri kadar açık ve sınırları belirli ve etkili bir düzenleme olmadığı, Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik ile CMK hükümleri arasında çelişkili düzenlemelerin olduğu, kavramlar açısından anlam karmaşası bulunduğu ve bu sebeplerle hak ihlallerinin kaçınılmaz olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle, güncel mevzuatımızın yetersiz olduğu kabul edilmeli ve eksikliklerin giderilip hukuka aykırılıkların sona erdirilmesi için yeni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yapılacak bu düzenlemeler ile işlemin muhakeme sistemi içinde kabul edilen bir yöntem olarak uygulanabilmesi için ceza muhakemesi ilkelerine de uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Muayene işleminin, araştırmadan daha kapsamlı kabul edilen inceleme faaliyeti olarak kabul edilmesi nedeniyle vücut bütünlüğüne müdahale bulunulması söz konusudur. Vücut bütünlüğü, bedensel ve ruhsal bütünlüğü içermektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerinde belirtilen sınırlandırmaların muayene işlemi için mevcut olması gerekmektedir.

Beden muayenesi işleminin, somut olay bakımından uygulanabilir olma ihtimalini değerlendirmek için ön koşul olarak belirtilen kanunilik prensibinin, delil elde etme amacının, işlenmiş bir suçun ve kuvvetli şüphenin orantılılık ilkesine uygun şekilde mevcut olması gerekmektedir. Yapılacak muayenenin hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için ise uygulanma koşullarının mevcut olması gerekmektedir.

Muayene tedbirine başvurmak için düzenlenen ön koşullarda, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemesinin uygulamada problem yarattığı tespit edilmiştir. CMK m.75'in gerekçesinde kanun koyucu, şüpheli ve sanık için dış beden muayenesini neden kanunla düzenlemediğine dair açıklama yaparken kanunun uygulamasını göstermek için çıkarılan yönetmelikte bu hususun düzenlenmesi, gerekçenin geçersiz olduğunu kanıtlamıştır. Ayrıca 25.05.2005 tarihinde kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un şüpheli ve sanığın beden muayenesini ele alış şekli ile 01.06.2005 tarihinde resmi

gazetede yayınlanan Beden Muayenesi Hakkında Yönetmeliğin düzenlemeleri arasında çelişkiler ve boşluklar olduğu açıktır. Aralarında oldukça kısa bir süre olmasına rağmen düzenlemeler arasındaki farklılıklar, kanun koyucunun iradesinin net olmadığını ve kanunda boşluk yaratmayı istediğini kanıtlar niteliktedir. Kişi hak ve özgürlüklerinin etkilendiği ceza hukuku işlemlerinde, işlemin uygulanmasını keyfiyete bırakan kanun koyucunun bu tutumu kabul edilemez.

Öncelikle beden muayenesi işleminin hukuki niteliğinin doğru belirlenmesi uygulanma şartlarını ve kavramların sınırlarını etkileyecektir. Kanaatimce; muayene işleminin tez kapsamında detaylı olarak belirtildiği üzere bilirkişi faaliyetine konu olan bir koruma tedbiri türü olarak kabul edilmesi gerekir.

Her tıbbi işlemin, sağlığı olumlu veya olumsuz etkileyebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması, hekimlerin işlemi gerçekleştirmekten kaçınmaları noktasında bir çıkış yolu olarak kullanılmaktadır. Özellikle, kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda muayene işlemini zorla gerçekleştirmenin sağlığı tehlikeye sokacağı genel kabulüne dayanması, tekdüze gerekçelendirme yapması ve bu şekilde muayeneden kaçınması durumuna uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu nedenle, tehlike boyutunun ihtimalden daha çok ve kuvvetli olması beklenmelidir. Ayrıca bilirkişi olarak görev yapanların, muayene değerlendirmelerini mutlaka gerekçelendirmeleri gerekir. Aksi takdirde, bilirkişinin işlemleri kasten yerine getirmediği düşünülerek tez kapsamında belirttiğimiz suç tiplerinin oluşmasına zemin hazırlanmış olacaktır.

Bilirkişi faaliyeti gerektiren bir işlem olarak kabul edilen beden muayenesinin, tıp etik ilkelerine ve hekimlikten gelen yükümlülöklere uygun şekilde gerçekleştirilmesi tek başına yeterli değildir. Muayenenin uygulanabilirliği hakkında karar verecek olan kişilerin, zamanda içinde değışikliğe uğraması mümkün olan ve toplumdan topluma değışiklik gösteren ahlak anlayışları nedeniyle sadece etik ilke kapsamında değerlendirme yapması kabul edilmemelidir.

Bunlara ek olarak, tıp etik ilkelerinin hukuk kurallarından daha üstün konumda olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir. Hekimlerin, hukuk kurallarının kişilerin aleyhine uygulanmasına neden olduğu gibi düşüncelerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Kanun düzenlemeleri; sağlığa zarar vermeme, insan onurunun dokunulmazlığını ihlal etmeme, son çare olarak başvurulma gibi şartlarla kişilerin mağduriyetlerini yol açacak şekilde düzenlenme yapmamayı hedeflemiştir. Bu nedenle, CMK düzenlemelerinin, tıp etik ilkelerini dikkate almadığı söylemek mümkün değildir.

Muayene işleminin kişinin sağlık hakkına ve yaşam hakkına zarar vermemesi için alanında uzman tabiplerce yapılmasının zorunlu olması gerekmektedir. Özellikle merkezden uzak bölgelerde, uzman hekim bulunması ve hatta hekim bulunması veya ulaşılması zorluğu dikkate alınarak Çocuk İzlem Merkezlerinde olduğu gibi Adalet Saraylarına en yakın hastanelerde, Sağlık Bakanlığı koordinatörlüğünde uzman tabiplerin görevlendirilmesi delil güvenliğini sağlayacaktır. Bu durumun mümkün olmadığı yerler için de bölgede bulunan hekimlerin, adli muayene işlemleri ile ilgili tekrardan eğitimden geçmesi işlemin doğru uygulanmasına yardımcı olacaktır. Tıbbi görüntüleme yöntemleri için ise alanında uzman kişilerce gerçekleştirilmesi daha doğru olacaktır. Bu kişilerin, adli olayda görevlendirilen tabipten farklı kişiler olması durumunda işlemin tabip gözetiminde yapılması muayene sürecini kontrol etmeyi sağlayacaktır.

Mevzuatta, muayene türleri bakımından da anlam karmaşası ve belirsizlik olduğu tespit edilmiştir. İç ve dış beden muayenesi, hukuki bir kavram olmasa da işlemin gerçekleştiği bölgeler ile toplumun ahlak anlayışı ve utanma duygusu ölçüt alınarak hukuken bir ayırım gerçekleştirilmiştir. Tıp literatüründe bu ayırımı benimsemeyen hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yasal düzenlemelere göre işlemin gerçekleştirilmesini beklemek abesle iştigaldir. Muayene işleminde, hekimlerin ve sağlık mesleği mensubu diğer kişilerin kullandıkları yöntemlere uygun olarak ayırım yapılmasının ceza muhakemesine daha fazla yardımcı olacağı açıktır. Üstelik muayene kararının hangi delili elde etmek için verildiğinin belirtilmesi yeterli olup işlemi gerçekleştireceklerin, kişiye en az müdahale gerektiren ve zarar ihtimali daha düşük olan yöntemi belirlemesi, sürecin daha olumlu ilerlemesini sağlayacaktır.

Hem CMK hem de Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik; rıza, gerekli önlemler, zorla beden muayenesi kavramlarını muğlak bırakmıştır. Beden muayenesi işleminin sınırlarından birini oluşturan ilgilinin rızasının bulunmadığı durumlarda gerçekleştirilecek işlemler bakımından kişinin edilgen şekilde işleme katlanması beklenmektedir. Özellikle zorla beden muayenesinin, katlanma yükümlülüğü ile nemo tenetur ilkesi arasındaki ilişkiden nasıl etkilendiğini belirlemek ve bunu kanunda ortaya koymak birçok tartışmanın sona ermesini sağlayacaktır. Nemo tenetur ilkesi ve susma hakkının kapsamının genişletilmesi, ceza muhakemesinde birçok işlemin yapılmasının engelleyecektir. Kanun koyucu, bu hakların geniş yorumlanmasını tercih etseydi özel olarak tanıklıktan çekinme hakkını da düzenleme ihtiyacı duymazdı. Bu nedenle, zorla beden muayenesinin sadece etik ilkelerin varlığı nedeniyle reddedilmesi yerine evrensel ölçütlere uygun şekilde gerçekleştirilmesi işlemin uygulanabilirliğini sağlayacaktır.

Ayrıca, nemo tenetur ilkesinin sınırını katlanma yükümlülüğü oluştururken, katlanma yükümlülüğünün sınırını ayırımı kesin olmayan aktif katılım ve pasif katlanmanın belirlediği düşünülmektedir. Kanaatimce, bedene yapılacak müdahaleler; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanunda düzenlendiğinde, insan onurunun dokunulmazlığına aykırılık içermediğinde, işlem ile suç oluşturan eylem ağırlığı arasında denge bulunduğu, sağlığa zarar verme tehlikesi bulunmadığında ve iradi bedensel hareketlerle kişinin efor sarfetmesini gerektirmeyen işlemler olduğunda katlanma yükümlülüğü kapsamında sayılmalıdır.

İnsan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, beden muayenesi açısından işlem sınırı olarak kabul edilmiş ve sıklıkla yargı kararları konu edilmiştir. İHAM tarafından insan onuru dokunulmazlığı için asgari eşik sınırı belirlenmiştir. Asgari eşikte, muayene bir bütün olarak ele alınmış ve muayenenin başlayıp bittiği noktalar arasında kişinin durumu da dikkate alınarak değerlendirme yapıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle, her somut olayda asgari eşik değişecektir.

Beden muayenesi işleminin güvence teşkil etmesi için karar alma mekanizmasına uygun gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Keyfi uygulamaların, kişilere yapılan baskıların ve hakların kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla yetki sınırlarının belirlenmesi bu şekilde sağlanmaktadır. Bu nedenle muayene türleri ayırt edilmeksizin hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararının alınmasının doğru bir düzenleme olarak kabulü gerekmektedir. Bu durum, işlem nedeniyle başvurulacak kanun yollarının belirlenmesine de yardımcı olacaktır.

Mahremiyet ve utanma duygusu hem işlemin türüne etki etmiş hem de eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde CMK m.77'nin düzenlemesine sebep olmuştur. Cinsiyet ayırımına göre düzenlenen kadının muayenesi hükümlerinin, koşulların elverişli olduğu durumlarda herkes için hekim seçme özgürlüğü kapsamında tekrar gözden geçirilerek düzenlenmesi gerekmektedir.

Son olarak, çocuğun beden muayenesi işleminde sadece görüşünün alınması gerektiğini belirten maddenin ceza sistematğine uygun olmadığı ve acilen değişmesi gerektiği tespit edilmiştir. Özellikle aile içinde işlenen suçlar bakımından kanuni temsilcinin işleme yaklaşımı, çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Hakimin, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olmadıkça ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşüne göre işlem yapması gerekir. Üstün yararına aykırı işlem yapılmasını isteyen çocuğun baskı altında olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar için kanuni temsilcinin görüşü alınsa dahi çocuğun yararı doğrultusunda hakim tarafından karar verilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Adar Özdemir, Çiğdem (2020), Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Akaydın, Çiğdem (2019), Kişilerin Hekim Seçiminde Hekimin Cinsiyetine Yönelik Tercihlerinin İncelenmesi: Niteliksel Bir Araştırma, Uzmanlık Tezi, Denizli, Pamukkale Üniversitesi
- Akbulut, Berrin (2016), “Dış Beden Muayenesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0 (27), 83-124
- Aktay, Müne (2020), “İstismar ve İhmalin Çocuk Üzerindeki Etkileri ve Tedavisi”, Gelişim ve Psikoloji Dergisi, 1 (2), 169-184
- Akyolcu, Neriman, Özhanlı, Yasemin, Kandemir, Didem (2019), “Meme Kanseri Gündel Gelişmeler”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, 6 (3), 583-594
- Albal, Hilal (2021), “Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2), 1243-1283
- Alçın, Ayşe Aslı (2022) “Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0 (51), 365-410
- Altun, Gürcan, Özçelik, Ziyne, Karaca, Deniz (2019), “Cinsel Suç Mağdurlarının Muayenelerinde Etik Yaklaşımlar ve Hukuki Sonuçlar”, Toplum ve Hekim Dergisi, 34 (2), 93-105
- Apiş, Özge (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18 (1), 267-296
- Aras, Bahattin (2022), “Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Cezaevlerindeki Arama Usulüne İlişkin Temel Esaslar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(2), 499-579
- Arda, Berna, Şahinoğlu Pelin, Serap (1995), “Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 48 (3), 323-335

- Arıcan, Mehmet (2009), “Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17 (1), 43-66
- Arslan, Mehmet (2023). Tükürük Örneği Alınması ve Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanması Yasağı- Anayasa Mahkemesi'nin 21.04.2016 Tarih ve 2013/5617 Sayılı Sıtkı Güngör Başvurusu Kararının Değerlendirmesi, Periodicum Iuris, 1 (1), 1-27
- Arslan, Kahan Onur (2015), “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(120), 155-172
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Aşçıoğlu, Çetin (2003), “Yargıda Gerekçe Sorunu”, TBB Dergisi, (48), 109-116
- Aşkın, Uğur (2021), “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Suçu Arasındaki İlişki”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2), 1368-1394
- Atakan, Arda (2006), Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi
- Atalan, Mustafa (2023), “Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (53), 43-80
- Atalay, Havva Nur (2021), “Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması”, Journal of Academic Perspective on Social Studies, (1), 1-20
- Aycan, Nihat (1997), Adli Tıp Kurumunun Adli Mekanizma İçindeki Yeri ve Anlamı, Journal of Istanbul University Law Faculty, 55 (4), 267-298
- Aydın, Nizamettin (2013), “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136.)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2), 7-30
- Aydın, Erdem (2005), “Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği”, Erdem, (44), 83-102
- Aydiner, Ömer, Baysal, Tamer (2020), “COVID-19 Pandemisinde Girişimsel Radyolojik İşlemler”, Southern Clinics of Istanbul Eurasia, 78-82

- Aydoğdu, Ayşe, Aydoğdu, Yıldırım, Yakıncı, Zehra Deniz (2017), “Temel Radyolojik İnceleme Yöntemlerini Tanıma”, İnönü Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksek Okulu Dergisi, 5 (2), 44-53
- Aygörmez, Gülsün Ayhan (2022), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (1. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Aygün, Aydın (2017), “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0 (8), 49-73
- Azgın, Nermin (2021), *Zorla Tıbbi Müdahale*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Medipol Üniversitesi
- Badem, Semiyet (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (45), 289-326
- Bağlar, Yunus Emre (2021), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması* (1. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Bahadır, Zeynep (2023), “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, Adalet Dergisi, (70), 213-254
- Balcı, Murat (2012), “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturulması”, Terazi Hukuk Dergisi, 7 (72), 10-15
- Bayraktar, Çiler Damla (2021). “Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar”, Adalet Dergisi, (67), 205-238
- Bıçak, Vahit (2018), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Birtane, Şermin (2021), “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 38 (2), 57-97
- Cangil, Hüsnü Salim (2009), “Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Yönetmelikler Çerçevesinde Yargı Mensuplarının Moleküler Genetik İncelemeler Konusundaki Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi

- Cantürk, Gürol, Cantürk, Nergis (2006), "Cinsel saldırı mağdurlarının muayene prosedürü", Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, 2 (50), 49-55
- Celbiş, Osman, Aydın, N. Engin, Soysal, Zeki & Mızrak, Bülent (2004), "Türkiye’de Adli Otopsi Uygulamasındaki Güncel Hukuki Durum", İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 11 (1), 53-56
- Civaner, Mustafa Murat (2017), *Tıp Etiği Elkitabı* (3. Baskı), Ankara: Türk Tabipler Birliği
- Coşkun, Yuzarsif Selçuk (2021), Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 34(157), 209-253
- Çalışkan, Suat (2022), *Kanun Yollarında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar*, Avukatın Öz-el Kitabı (Ceza Davaları Rehberi) içerisinde 837-938, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık
- Çatlı, Mehmet (2018), Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Sınırlama ve Güvence Ölçütü Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi
- Çınar, Ülkü (2009), "Adli Tıp ile İlgili Olaylarda Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi", Adli Bilimler Dergisi, 8(2), 36-40
- Çöpoğlu, Hakan Serdar (2019), "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi 77(1), 155-229
- Demirhan Erdemir, Ayşegül (2005), "Etik, Tıp Etiği, Tıp Etiği İlkeleri ve Hasta Hekim İlişkilerinde Etiğin Yeri", Erdem, (44), 27-72
- Dirim, Vuslat (2015), "Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları", Journal of Penal Law and Criminology, 3 (2), 161-180
- Dizdar, Emre (2019), "Yetkisiz Hekimlik Suçu (1219 Sayılı Kanun m.25)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (38), 295-314
- Doğan, Recep (2019), "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", TBB Dergisi, (142), 93-133
- Donay, Süheyl (2012), Ceza Yargılama Hukuk (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları

- Dursun, Gizem (2017), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19 (Özel Sayı-2017), 2955-2996
- Dülger, Murat Volkan (2016), “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), 101-168
- Dülger, İbrahim (2008), “Genital muayene suçu (TCK. Madde 287)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 45-70
- Elkıran, Zeynep (2022), Genital Muayene Suçu (TCK m. 287), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi
- Emir, Murat (2013), Hukuki ve Etik Yönleri ile Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi
- Erbaş, Rahime (2013), “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md. 210/2)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71 (1), 331-351
- Erdoğan, Mustafa, Kırılmaz, Harun (2020), “Hasta Merkezilik ve Hasta Merkezli Bakım”, İnsan ve İnsan, 7 (24), 97-126
- Eren, Abdurrahman (2021), *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar—Türk Anayasa Hukuku)*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık
- Ergün, Yusuf (2022), “Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi: Türk Mevzuatı Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, 31(3), 160-185.
- Ergül, Ozan (2012), Kamu Hukukçuları Platformu-Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: TBB Yayınları
- Erman, Barış (2003), *Ceza Hukuku'nda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Eroğlu, Fulya (2009), Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi

- Ersoy, Gürhan, Toprak, Sadık (2009), “Güncel Durumu ile Hukuki ve Tıbbi Açıdan Otopsi Süreci”, Klinik Gelişim Dergisi, 22, 64-74.
- Ersoy, Uğur (2009), Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyum Tayini, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Ertuğrul, Hüseyin (2008), “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008), 12 (1), 687-700
- Fırat, Tarık (2021), Genital Muayene Suçu ve Hekimin Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Medipol Üniversitesi
- Fincancı, Şebnem Korur, Yorulmaz, Coşkun (2006), “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, 142-146
- Gedik, Doğan (2019), “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 913-963
- Gökçen, Ahmet, Balcı, Murat, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim (2021), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Gören, Zafer (2007), “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, (12), 39-59
- Gözler, Kemal (2014), *Hukuka Giriş* (11. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım
- Gülce Altundağ, Tutku (2022), “Kişilerin Sağlık Verilerini Paylaşmaya Zorlanması Bağlamında Medula Genelgesi”, Türkiye Biyoetik Dergisi, 9(4), 164-166
- Gündüz, Hakan, Balta, Selin (2017), “Kronik boyun ağrılı hastada muayene yöntemleri”, TOTBİD Dergisi, 16 (2), 89-96
- Güngör, Devrim (2015), “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), 307-318

- Güngör, Devrim, Bakşı, Okan (2009), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, 8 (3), 63-71
- Günhan, Osman Göktürk, Hasoğlu, Kevser Afra (2023), “Çekirdeğe Doğru: Hakkın Özü Bağlamında Mülkiyet Hakkına İlişkin Güncel Bir Değerlendirme”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, 6 (10), 15-41
- Gülsoy, M. Tefvik, Kök, A. Nezih (2005), "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi IX (1-2), 1-21
- Gülşen, Recep (2015), “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3 (2), 227-251
- Güvercin, Cemal Hüseyin (2022), *Yapay zeka ve tıp etiği* (1. Baskı), Tıpta ve Enfeksiyon Hastalıklarında Yapay Zeka, Ankara: Türkiye Klinikleri
- Hakeri, Hakan (2022), *Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler* (25.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Hakeri, Hakan (2023), *Tıp Ceza Hukuku* (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Hakeri, Hakan, Kartal, Melik, Karataş Görücü, Şule (2020), ‘Sağlık Çalışanları Bakımından Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’, Prof Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan (535-572), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Haydar, Nuran (2019), *Susma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- İçer, Zafer (2023), *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- İnci, Zekiye Özen (2017), “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2), 119-168
- İnce Tunçer, Asuman (2018), “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), 355-379

- İnceoğlu, Sibel (2018), “Adil Yargılanma Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 70 (1), 19-38
- İtişgen, Rezzan (2013), *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Kadioğlu, Selim (2007), *Etik Etik Dedikleri. III. Koloproktoloji- Stomaterapi Sempozyum Özet Kitabı*, 12–14 Nisan, (Adana, Adana Ostomi Derneği, Türk Tabipler Birliği, Çukurova Üniversitesi, Cleveland Clinic katkıli yayın)
- Kahraman, Recep (2021), “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1), 273-299
- Kalemoğlu, Murat (2017), “Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları”, Nobel Medicus 38, 13(2), 5-11
- Kanadoğlu, Korkut (2015), “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(119), 11-35
- Karahan, A. Burak (2019), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), 948-978
- Karakoyunlu, Mert (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı”, International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal, 8 (1), 6-23
- Karakul, Selman (2016), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 169-208
- Karataş, Zeki (2018), “Çocukların Cinsel İstismardan Korunmasında Çocuk Adalet Sisteminin Önleyici Fonksiyonu”, Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi, 2 (2), 136-147
- Kareem, Ola Raheem, Zorlu, Süleyman Emre (2021), “Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kadının Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Gaziantep University Journal Of Social Sciences, 20 (3), 1148-1173

- Kaya, Semih Batur (2022), “Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2), 335-354
- Kayabaşı, Recep (2023), “Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (1), 100-126
- Keçelioğlu, Elvan (2015), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, Ankara Barosu Dergisi, 221-245
- Kılıç, Ümmügülsüm (2010), Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi
- Kırılmaz, Harun, Fıçıcı, Yasemin, Şimşir, İsmail (2018), “Hasta Hakları Farkındalığına Yönelik Bir Araştırma”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 18 (41), 233-258
- Kızılarıslan, Hakan (2007), *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma (doktrin ve uygulama)*, Ankara: Kızılarıslan Serisi 1
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay (2021), “Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçu”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu, 754-798
- Kızıroğlu, Serap Keskin (2009), "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (1), 139-168
- Kocaoğlu, Serhat Sinan (2011), "Susma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 29-58
- Koyuncu, Rabia Gökçe (2020), Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi
- Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe (2006), *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Bası), İstanbul: Beta Yayınları
- Mahmutoğlu, Fatih Selami (2010), “Beden Muayenesi”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2 (7), 25-28

- Metin, Yüksel (2017), “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), 1-74
- Nuhoğlu, Ayşe (2019), “Genital Muayene Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21 (Özel Sayı) 2987-2999
- Nuhoğlu, Ayşe (2006), “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III (2), 323-337
- Oral, Tuğçe (2011), "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, (2), 185-210
- Ömeroğlu, Ömer (2014), “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(115), 61-102.
- Öntan, Yaprak (2014), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Yetkin Yayıncılık
- Örnek Büken, Nüket, Büken, Erhan (2002), “Nedir Şu Tıp Etiği Dedikleri”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 11 (1), 17-20
- Özalp, Handan (2021), 1982 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması ve Durdurulmasındaki Kriterlerin Hukuk Devleti İlkesi Çerçevesinde İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Arel Üniversitesi
- Özar, Süleyman (2023), "Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler", Ankara Barosu Dergisi, 81(3), 263-288
- Özbek, Veli Özer (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker (2017), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Özbilen, Arif Barış (2013), “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12(24), 99-124
- Özbudun, Ergun (2018), *Türk Anayasa Hukuku* (18. Baskı), Ankara: Yetkin Yayıncılık

- Özdemir, Hayrunnisa (2008), "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (3-4), 347-379
- Özdemir, Murat, Yılmaz, Metin, Kaya, Hakan (2022), "Kişisel Sağlık Verilerinin 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Korunması", *19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi*, 3 (1), 85-96
- Özel, Kadir Can (2019), "Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel Sayı),1217-1266
- Özen, Muharrem (2016), "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65, 2331-2388
- Özkan, Ceren (2018), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi
- Özgenç, İzzet (2020), "Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (3), 233-264
- Özgüç, Levent Emre (2019), "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (2), 999-1040.
- Öztürk, Bahri, Kazancı, Behiye Eker, Güleç, Sesim Soyer (2017), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma Gezer, Özge, Saygılar, Yasemin F., Alan, Esra, Özaydın, Özdem, Erden Tütüncü, Esfer, Altınok Villemin, Derya,Tok, Mehmet Can (2022), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı), Ankara :Seçkin Yayıncılık
- Sarı, Necip (2022), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları*, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık
- Sarıgül, Ali Tanju (2021). Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021(153), 39- 64

- Sarsıkoğlu, Şenel (2013), “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (2), 693-722
- Sayım, Ferhat (2011), Sağlık Piyasası ve Etik, Bursa: MKM Yayıncılık
- Selçuk, Sami (2001), Karşıoylarım (Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar), Ankara: Turhan Kitapevi
- Sencer, Rasih Feridun (2013), “Adil Yargılanma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 78 (2), 108-173
- Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi (JOHASS), 4 (1), 11-32
- Soyaslan, Doğan (2006), Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Bası), Ankara: Yetkin Yayıncılık
- Sümer, Seda Yağmur (2019). “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi-Karar İncelemesi-”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 1267- 1291
- Sürücü, Av. A. Sinan, Zhamilov, Dr. Vadym (2019), “Beden Muayenesi, İşkence Suçu ve İkisinin Kesiştiği Alan: Zorla Yapılacak Beden Muayenesi”, İzmir Barosu Dergisi, Güney Dinç’e Armağan, Yıl:84, (3), 385-457
- Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan (Ed.) (2022), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Şahin, Gülay, Artıran İğde, Füsün (2014), “Hasta Merkezli Bakım-Ortak Karar Alma Süreci ve Kalite”, Türkiye Klinikleri J Fam Med-Special Topics, 5 (3), 38-43.
- Şahin, Sultan, Polat, Oğuz (2012), “Türkiye’de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 4 (1), 275-282
- Şanlı, Nurcihan (2014), Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi
- Şen, Ersan, Yıldız, Ali Kemal, Duymaz, Erkan, Aksüt, Ertekin, Maviş, Mert, Başer Bergün, Beyza, Şahin, Buğra, Ervan, Mehmet Vedat, Erdem, Erkam (2022), *Ceza Avukatının Başvuru, Kitabı* (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık

- Şen, Ersan, Eryıldız, H. Sefa (2017), *Elkoyma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Şen Akça, Hande, Öztaş, Şeyda (2020), “Kadın Bedeni Üzerinden Bekâretin Sosyopolitik İnşası ve Yasalar”, *Multidisipliner Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları, Literatürkacademia*, 57-80
- Şentop, Seniha Begüm (2022), *Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 73-112
- Şenyüz, Doğan (2013), “Susma hakkı karşısında vergi usul kanunundaki defter ve belgeleri gizleme (kaçakçılık) suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 29-40
- Şimşek, Uğur (2014), "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı), 3535-3556
- Tag, Brigitte (2006), “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çeviren: Yener Ünver, III (2), 187-205
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi (2012), *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku* (11. Bası), İstanbul: Beta Yayınevi
- Tamer, Gülay (2019), “Sağlık Meslek Mensuplarının Meslekleriyle İlgili Yasal Sorumlulukları ve Yükümlülükleri”, *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 5 (3), 355-366
- Temizsoy Bayram, Nihal (2018), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Teziç, Erdoğan (2019), *Anayasa Hukuku* (23. Bası), İstanbul: Beta Basım Yayın
- Tokis Kuş, Büşra Nur (2021), “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene Suçu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 95 (5), 276-295
- Topatan, Serap (2020), “Jinekoloji ve Obstetri Polikliniğine Başvuran Kadınlarda Beden Mahremiyeti”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, (3), 471-477

- Torun, Fatih (2020), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı, *Anayasa Yargısı*, 37 (1), 281-323
- Turanlı, Asiye Merve (2012), *Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi
- Turhan, Faruk (2008), “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)” *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 1025-1075
- Turinay, Faruk Yasin (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70(2), 475-541
- Uğurlu, M. Cemil (1997), *Hipokrat*, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 50 (2), 67-78
- Uğurlu, Zeynep, Gülsen, İpek (2014), “Çocuk Hakları ve Hukuki Bağlamda Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması”, *Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi*, 1 (1), 1-24
- Ünal, Haluk (2020), *Adli Kontrolde Karar Süreci*, Ankara: Adalet Yayınevi
- Ünver, Yener, Hakeri, Hakan (2018), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Ümit, Ceyda (2017), “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (32), 197-246
- Yenerer Çakmut, Özlem (2008): “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1Mart 2008, Ankara, TBB Yayınlar, Ankara, 1133-1184
- Yenidünya, Caner, İçer, Zafer (2016), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi
- Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe (2019), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Yıldırımkal, Yener (2006), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi

- Yıldız, Ali Kemal (2006), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X (3-4), 273-345
- Yıldız, Ali Kemal (2007), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65 (1), 127-173
- Yıldız, Ali Kemal (2006), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (1), 131-214
- Yıldız Abdulkadir, Gürpınar, Süleyman Serhat, Eroğlu, İbrahim, Cinkara, Osman, Aldemir, Fatma Nur (2022), “Geleceğin Hekimleri Etik İkilemle Karşılaştıklarında Nasıl Davranacaklar? Adli Tıp Staj Rehberliğine Bir Bakış”, Adli Tıp Bülteni, 27(1), 35-41
- Yılmaz, Aslı Ekin (2020), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), 235-282
- Yılmaz, Yeşim (2016), “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 0(124), 247 - 304
- Yüksel, Beyazıt Bestami (2011), EKG İşaretlerinin Gömülü Sistem ile İzlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi
- Zafer, Hamide (2013), “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71 (1), 1327-1352
- Zeytin, Zafer (2012), “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi

İnternet Erişimi

- Yenidünya, Ahmet Caner (2019), Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Çevrimiçi) <https://caneryenidunya.medium.com/ceza-muhakemesinde-beden-muayenesi-ve-v%C3%BCcuttan-%C3%B6rnek-al%C4%B1nmas%C4%B1-f7854a96f97b> E.T.: 11.03.2023

Türk Tabipleri Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Zorla Yapılan İç Beden Muayenesi Hakkında (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hsk_isparta_sikayet.pdf , E.T.: 11.03.2023

Isparta Cumhuriyet Başsavcısı Hakkında Şikayet ve Açıklama: “Zorla Muayene İşkencedir, Emir Kanunsuzdur!”, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b8bb4c22-ba60-11ec-9921-4b9f3e5a0818 , E.T.:15.04.2023

Türk Tabipler Birliği, Özgürlükten Yoksun Bırakılan Bireylere İlişkin Bildirge (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=2aff493a-903f-11ea-9b7d-6d38d16eb233 , E.T.: 26.05.2023

Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Arama Prosedürüne İlişkin Basın Açıklaması, (Çevrimiçi), <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-uygulanan-arama-prosedurune-iliskin-basin-aciklamasi21122020050818> E.T.:12.09.2023

Süleymanoğlu, Nurgül, “Ceza Yargılamasında Susma Hakkı”, (Çevrimiçi), <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerVI/1388.pdf> E.T.:25.09.2023

İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tutukluların ve Hükümlülerin Hakları Kitapçığı”, (Çevrimiçi), <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/eyayin/TutukluveHukumluHaklari.pdf> E.T.:29.09.2023

Şen, Ersan, Erdem, Erkam (2020), “Teknik Araçlarla İzleme Özel Araçlarda Uygulanabilir mi?”, (Çevrimiçi), <https://sen.av.tr/tr/makale/Teknik-Ara%C3%A7larla-%C4%B0zleme-%C3%96zel-Ara%C3%A7larda-Uygulanabilir-mi> , Erişim Tarihi:24.04.2023

Şen, Ersan (2022), “Soruşturmanın Sulh Ceza Hakimi Tarafından Yapılması”, (Çevrimiçi), <https://www.hukukihaber.net/sorusturmanin-sulh-ceza-hakimi-tarafindan-yapilmasi> E.T.:22.07.2023

Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları, (Çevrimiçi), https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html E.T.:23.07.2023

Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı-Görevli Olmayan Mahkemece Yargılanma/Kanuni Hâkim İlkesinin İhlali (2023), (Çevrimiçi),

<https://www.hukukihaber.net/bagimsiz-ve-tarafsiz-mahkemede-yargilanma-hakki-gorevli-olmayan-mahkemece-yargilanmakanuni-hakim-ilkesinin-ihlali>

E.T.:

07.09.2023

Aydemir, Yusuf (Çevrimiçi), <https://solunum.org.tr/TusadData/Book/853/1072020165943-bolum02.pdf#page=23> E.T.:08.09.2023

Tarhan, Ömer Rıdvan, (Çevrimiçi), [https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/#:~:text=Fizik%20muayene%2C%20v%C3%BCcudun%20ve%20v%C3%BCCut,ile%20\(stetoskopla%20dinleyerek\)%20de%C4%9Ferlendirilmesidir](https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/#:~:text=Fizik%20muayene%2C%20v%C3%BCcudun%20ve%20v%C3%BCCut,ile%20(stetoskopla%20dinleyerek)%20de%C4%9Ferlendirilmesidir)

E.T.:08.09.2023

<https://www.tgrd.org.tr/Sayfalar/Girisimsel-Radyoloji-Nedir/140> , (Çevrimiçi), E.T.:08.09.2023

<https://www.hukukihaber.net/gerekceli-karar-hakki-1> E.T.:08.09.2023

<https://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=1554>, E.T.:10.09.2023

<http://radyoloji.uludag.edu.tr/radyolojik-inceleme-yontemleri.htm> E.T.:10.09.2023

<https://www.ozelsaglikhastanesi.com/kardiyoloji-girisimsel-olmayan-uygulamalar>

E.T.:10.09.2023

Şen, Ersan (2021), Çıplak Arama, (Çevrimiçi), <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama> E.T.:12.09.2023

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.kazancihukuk.com/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://legalbank.net/arama/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://sozluk.gov.tr/>

Mahkeme Kararları

Edirne, 1. Sulh Ceza Mahkemesi, E.2013/144, K.2013/335, K.T.: 23.05.2013

Edirne, 6. Asliye Ceza Mahkemesi, E.2016/477, K.2016/569, K.T.:24.11.2016

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 13. Ceza Dairesi E.2017/77, K.2017/78, K.T.:12.01.2017

AYM, E.2021/83, K.2022/168, K.T.:29/12/2022

AYM, E.2022/156, K.2023/58, K.T.:22/03/2023

AYM, E.2021/18, K.2022/97, K.T.:08/09/2022

AYM, B.P.O. Başvurusu, Başvuru No: 2015/19012, K.T.: 27/03/2019

AYM, Uğur Ahmet Yaşar Başvurusu (2), Başvuru No: 2017/24680, K.T.:13/10/2020

Yargıtay, 1. CD., E. 92/2310, K. 92/2539, K.T. 30.10.1992

Yargıtay, 1. CD., E. 2018/5059, K. 2020/2850, K.T.:16.11.2020

Yargıtay, 9. CD., E. 2015/6512, K. 2015/4911, K.T.: 05.05.2015,

Yargıtay, 10. CD., E.2012/20312, K.2013/63, K.T.:07.01.2013,

Yargıtay, 10. CD., E.2014/1869, K.2014/1563, K.T.:10.03.2014

Yargıtay, 10.CD., E.2020/12869, K.2021/6201, K.T.:26.05.2021

Yargıtay, 18. CD., E.2019/8540, K.2019/17373 K.T.:09.12.2019,

Yargıtay, 18. CD., E.2019/7008, K.2019/12702 K.T.:23.09.2019,

Yargıtay, 18. CD., E.2017/4819, K.2017/15005 K.T.:18.12.2017,

Yargıtay, 12. CD., E.2021/1748, K. 2021/8593, K.T.:07.12.2021,

Yargıtay, 12. CD., E.2018/3737, K.2018/8558, K.T.:24.09.2018,

Yargıtay, 12. CD., E.2015/13049, K.2015/17584, K.T.:11.11.2015,

Yargıtay, 12. CD., E.2017/11361, K.2018/4119, K.T.:09.04.2018,

Yargıtay, 12. CD., E.2014/13444, K.2015/2705, K.T.:16.02.2015,

Yargıtay, 12. CD., E.2016/12408, K.2017/2139, K.T.:20.03.2017,

Yargıtay, 14.CD., E.2015/974, K.2015/11.302, K.T.:03.12.2015,

Yargıtay, 14.CD., E.2017/1622, K.2017/4611, K.T.:10.10.2017,

Yargıtay, 14.CD., E. 2019/5092, K. 2021/2392, K.T.:25.03.2021,

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/18, K. 2019/378, K.T.:07.05.2019,

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/16-1161, K. 2019/126, K.T.: 21.02.2019,

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/75, K. 2019/18 K.T.: 17.01.2019

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/29, K. 2020/145, K.T.: 03.03.2020,

Güngör/ Türkiye, İHAM Başvuru No: 3824/17, K.T.:15.11.2022

Turan/Türkiye, İHAM Başvuru No: 879/02, K.T.:02.03.2006

Salmanoğlu ve Polattaş/ Türkiye, İHAM Başvuru No: 15828/03, K.T.:17.03.2009

O'halloran ve Francis/Birleşik Krallık, İHAM Başvuru No:15809/02, 25624/02 K.T.:29.06.2007

Funke/France, İHAM Başvuru No: 10828/84, K.T.:25.02.1993

John Murray/Birleşik Krallık, İHAM Başvuru No: 18731/91, K.T.:08.02.1996

Bykov/Rusya, İHAM Başvuru No: 4378/02, K.T.:10.03.2009