



**Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Tıp Hukuku Doktora Programı**

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİ
VE ÖRNEK ALINMASININ TIP HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI**

Doktora Tezi

Necip SARI

HAZİRAN 2022

İSTANBUL



Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Tıp Hukuku Doktora Programı

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİ
VE ÖRNEK ALINMASININ TIP HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI**

Doktora Tezi

Hazırlayan
Necip SARI

Danışman:
Doç.Dr. Murat TUMAY

HAZİRAN 2022
İSTANBUL

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, işlenen suçun aydınlatılması, failin tespiti ve ceza muhakemesinin ana amacı olan maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında etkili bir yöntemdir. Bilindiği gibi işlenen suçun, mağdurun vücudunda iz bırakması beklenen bir durumdur. Ceza Muhakemesi Kanunumuzda beden muayenesi düzenleyen 75 ve 76. maddelerde beden muayenesiyle birlikte vücuttan örnek alınması da düzenlenmiştir. Burada ceza muhakemesi kanununda düzenlendiği üzere hâkim kararı veya gecikmesinde sakıncalı hal olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile mağdurun beden muayenesi yapılabileceği gibi bedeninden örnek de alınabilir.

Konumuz gereği Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinde düzenlenen mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bir suç soruşturmasında olayın özelliklerine göre delil temin etmenin başlıca unsurlarındandır. Bunun yanında “mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” yönteminin suçtan zarar görenin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Beden muayenesi, kural olarak bir hekim tarafından yapılır. Bu durum, ceza muhakemesi ve tıp hukukunun ilişkisinin kesiştiği noktayı ortaya koymaktadır. Tıp bilimi gereğince mağdurun bedeni üzerinde bazen modern tıbbın sağladığı tıbbi araçlar kullanılarak mağdurun vücudu cihazlar ile veya gözle incelenebildiği gibi mağdurun vücut dokunulmazlığı ve mahremiyetine müdahale niteliğinde tıbbi müdahaleler de olabilmektedir. Mağdurun kanuni düzenleme gereğince bu işleme rıza göstermesi durumunda soruşturma işleminin uygulanmasında herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Fakat rıza göstermemesi durumunda ilgili muayene işlemini yapacak hekimin Biyotıp Sözleşmesi, Tıbbi Deontoloji ve Tıp Etiği ilkeleri gereğince muayeneden kaçınması durumunda; meydana gelen soruna Tıp Hukuku anlamında nasıl yaklaşılacağı veya ne şekilde çözüm bulunacağı önem kazanacaktır. Tez kapsamında CMK’da düzenlenen mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması eylemi, tıbbi müdahale olması yönünden değerlendirilirken hem ceza hukuku, hem de tıp hukuku ilkeleri bakımından ele alınacak ve bu bağlamda tıbbi müdahalede ilgilinin rızasının önemine değinilecektir. Tez konusu hususunda CMK ve ilgili Yönetmelik başlıca kanuni düzenlemelerdir. Uygulamada kanuni

düzenlemelerin uygulanmasından kaynaklanan bir takım sorunlar ortaya çıktığı gibi bu kanuni düzenlemelerin, ortaya çıkan bazı beklenmedik olaylara cevap veremediği de bilinen bir husustur. Bu konularda değerlendirme yapılarak sonuç kısmında önerilerimiz belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Beden Muayenesi, Mağdur, Vücut Bütünlüğü, Vücuttan Örnek Alma, Biyotıp Sözleşmesi, Tıbbi Deontoloji ve Tıp Etiği ilkeleri

ABSTRACT

Physical examination of the victim and taking samples from the body regulated in the Code of Criminal Procedure is an effective method to clarify the crime committed, to identify the perpetrator and to reveal the material truth, which is the main purpose of criminal procedure. As it is known, it is expected that the crime committed will leave a mark on the victim's body. In our Code of Criminal Procedure, in Articles 75 and 76 that regulate body examination, taking samples from the body is also regulated along with the physical examination. Here, as regulated in the Criminal Procedure Code, in cases where the judge's decision or delay is objectionable, the victim's body can be examined by the order of the public prosecutor, or a sample can be taken from his body.

Due to our subject, physical examination of the victim and taking samples from the body, which are regulated in Article 76 of the Criminal Procedure Code, are the main elements of providing evidence according to the characteristics of the event in a crime investigation. In addition, it is clear that the victim's physical examination and sampling method interferes with the immunity of the body integrity of the victim. Physical examination is usually done by a physician. This situation reveals the intersection point of the relationship between criminal procedure and medical law. In accordance with medical science, the victim's body can be examined with devices or eyes, sometimes using medical tools provided by modern medicine, on the body of the victim, as well as medical interventions that interfere with the victim's body immunity and privacy. If the victim consents to this process in accordance with the legal regulation, no problem arises in the implementation of the investigation process. However, in case the physician who will perform the relevant examination does not give consent, avoids the examination in accordance with the Biomedicine Convention, Medical Deontology and Medical Ethics principles; how to approach the problem in the sense of Medical Law or how to find a solution will gain importance. Within the scope of the thesis, the physical examination of the victim and the act of taking a sample from his body, which is regulated in the CMK, will be evaluated in terms of medical intervention, and will be discussed in terms of both criminal law

and medical law principles, and in this context, the importance of the consent of the person concerned in medical intervention will be mentioned.

Regarding the subject of the thesis, CMK and the relevant Regulation are the main legal regulations. In practice, some problems arise due to the implementation of legal regulations, and it is a well-known fact that these legal regulations cannot respond to some unexpected events. These issues will be evaluated and our suggestions will be stated in the conclusion part.

Keywords: Consent, Physical Examination, Victim, Body Integrity, Taking Sample, Bioethics Convention, Medical Deontology principles and Medical Ethics principle



YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunmuş olduğum “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi Ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları” adlı çalışmamın, araştırma aşamasından tamamlanmasına kadar olan tüm süreçte, tarafımdan bilimsel ahlak, gelenek ve temellere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

Necip SARI

02.06.2022

İÇİNDEKİLER

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALINMASININ TIP HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI	i
ÖZ	i
ABSTRACT.....	iii
YEMİN METNİ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	9
MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	9
KAVRAMLAR.....	9
1.1.1.Mağdurun Beden Muayenesi	9
1.1.1.1 İç Beden Muayenesi.....	13
1.1.1.2 Dış Beden Muayenesi	15
1.1.1.3. Muayenede Hazır Bulunacak Olanlar	18
1.1.1.4. Cinsel Suç Mağdurunun veya Mağdur Kadının Muayenesi	19
1.1.1.5. Çocuğun Adli Muayene Süreci	25
1.1.1.6. Ölü Muayenesi ve Otopsi.....	28
1.1.2. Mağdurun Vücudundan Örnek Alınması.....	30
1.1.3. Diğer Kişiler.....	35
1.1.4. Tanıklıktan Çekinebileceklerin Beden Muayenesi ve Örnek Alınması.....	37
1.1.5.Beden Muayenesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler.....	43
1.1.5.1.Beden Muayenesi ve Arama İlişkisi	439
1.1.5.2.Beden Muayenesinin Koruma Tedbiri Niteliği.....	43
İKİNCİ BÖLÜM.....	57
TEDBİR İLE İLGİLİ TIP HUKUKU VE DİĞER BELİRLEYİCİ İLKELER	57
2.1.TIP HUKUKU İLKELERİ	57
2.1.1.Tıbbi Müdahalenin Rızaya Bağlı Olması.....	57
2.1.2.İnsan Onuru.....	66
2.1.3.Mahremiyet İlkesi	69
2.1.4. Mahremiyetin beden muayenesi açısından sorun teşkil etme durumu	70
2.1.5. Mahremiyetin İhlalinden Doğan Hukuki Sorumluluk	73

2.2. TIBBİ DEONTOLOJİ VE ETİK İLKELERİ	75
2.2.2. Tıbbi Deontoloji Nedir?	76
2.2.2.1 Tıbbi Deontoloji Ve Etik İlkeler Türleri	77
2.2.2.1.1. Yararlılık	77
2.2.2.1.2 Zarar Vermeme	79
2.2.2.1.3. Özerkliğe Saygı.....	79
2.2.2.1.4. Adalet.....	81
2.2.2.1.5. Gizlilik	82
2.2.2.1.6. Sadakat	83
2.2.2.1.7. Dürüstlük.....	83
2.2.3. Tıbbi Deontoloji Ve Hukuk Arasındaki İlişki.....	84
2.3. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI İLE İLGİLİ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İLKELERİ	86
2.3.1. Hukuk Devleti İlkesi	86
2.3.2. İnsan Onuruna Saygı İlkesi	87
2.3.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	90
2.3.4. Ölçülülük İlkesi.....	91
2.3.5. Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasında Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı	93
2.3.5.1 Kişisel Veri	93
2.3.5.2. Kişisel Veri Çeşitleri.....	94
2.3.5.3. Mevzuatımızda Kişisel Veriye İlişkin Düzenlemeler	96
2.3.5.4. Tıp Uygulamalarında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi.....	99
2.3.5.5. Kişisel Verilere İlişkin Sonuç Değerlendirme	106
2.4. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELEME	107
2.4.1. Alman Ceza Muhakemesi Açısından.....	107
2.4.2. İngiliz Ceza Muhakemesi Yönünden	111
2.4.3 İtalyan Ceza Muhakemesi Yönünden	113
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	115
TEDBİRİN ADLİ TIP UYGULAMALARI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ, UYGULANMA ŞARTLARI ve DENETİMİ.....	115
3.1. TIBBİ YÖNÜYLE MUAYENE VE ÖRNEK ALMA.....	115
3.1.1. Muayene.....	117

3.1.2. Muayene zamanı	118
3.1.3. Muayene koşulları.....	119
3.1.3.1. Dış Beden Muayenesi Yapılması.....	119
3.1.3.2. Dış Beden Muayenesinin Şartları	123
3.1.3.2.1. Delil Elde Etme Amacı	123
3.1.3.2.2. Mağdur, Şüpheli veya Sanık Olma	124
3.1.3.2.3. Bir Suçun Varlığı	126
3.1.3.2.4. Talep veya Karar	127
3.1.3.2.5. Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından Yapılma	128
3.1.3.2.6. İlgili Kişinin Rızası	129
3.1.3.3. İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Almanın Şartları.....	129
3.1.3.3.1. Ölçülülük İlkesi.....	129
3.1.3.3.2. Hâkim Kararı.....	131
3.1.3.3.3. Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması	133
3.1.3.3.4. Cerrahi Bir Müdahalede Bulunmama	135
3.1.3.3.5. Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Diğer Bir Kişi Tarafından Yapılması	136
3.1.3.3.6. Üst Sınırı İki Yıl ya da Daha Fazla Hapis Cezasını Öngören Bir Suçun Bulunması(Şüpheli veya Sanık Beden Muayenesi Açısından)	139
3.1.4. Dış Beden Muayenesinin Yerine Getirilmesi	141
3.1.4.1. Fiziki muayene	143
3.1.4.2. Örnek Alma (Örnek – Biyolojik Materyal).....	144
3.1.4.3. Örnek Alma Çeşitleri ve Analize Uygun Şekilde Alınma Yöntemleri	146
3.1.4.4. Vücudun Dışından Alınabilen Örnekler (Vücuda Müdahale Niteliğinde Sayılmayanlar)	147
3.1.4.5. İnvaziv Yöntemlerle Alınabilen Örnekler.....	15247
3.1.4.6. Koruma Yöntemleri-Laboratuara Sevk.....	15248
3.1.4.7. Kimyasal Analizler	149
3.1.4.8. Moleküler Genetik İnceleme(DNA Analizi).....	15249
3.1.4.9. Moleküler Genetik İncelemelerin Gizliliği Ve Sonuçların İmhası	152
3.2. ÇOCUĞUN SOY BAĞININ ARAŞTIRILMASI DURUMU	153
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	157

TEDBİRİN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN ZORLUKLAR VE MAĞDURUN RIZASI	157
4.1. GENEL AÇIKLAMALAR.....	157
4.1.1. Rıza Nedir?	157
4.1.2. Rızanın Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Bağlamında Ele Alınması.....	160
4.1.3. Hukuka Uygunluk Sebebi “Rıza”	161
4.2.RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, RIZAYA EHLİYET, RIZANIN ŞEKLİ, AYDINLATILMIŞ RIZA VE VARSAYILAN RIZA	163
4.2.1. Rızanın Hukuki Niteliği	163
4.2.2. Rızaya ehliyet.....	167
4.2.2.1. Rızanın Konusu.....	167
4.2.2.2. Çocuklar Açısından Rıza Ehliyeti.....	169
4.2.2.3. Akıl Hastaları veya Diğer Kısıtlılar Açısından Rıza Ehliyeti	173
4.2.3. Rızanın Alınma Şekli	175
4.2.4. Aydınlatma Yükümlüğü.....	177
4.2.5. Rıza İradesinin Sıhhatli Olması	181
4.2.6. Varsayılan Rıza	182
4.2.7. Zımni rıza ve rızadan vazgeçme	187
4.3. MAĞDURUN RIZASININ ALINAMAMASI VE HEKİMİN MUAYENEDEN KAÇINMASI.....	188
4.3.1. Mağdurun Beden Muayenesine ve Vücuttan Örnek Alınmasına Rıza Göstermemesi.....	188
4.3.2. Hekimin Muayeneden Kaçınması	194
4.4. HUKUKA AYKIRI BEDEN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI.....	196
4.4.1. İtiraz	196
4.4.2. İşlemin Hukuka Aykırı Olmasının Hukuki Sonuçları.....	199
4.4.2.1 Elde Edilen Delilin Kullanılamaması	199
4.4.2.2. Ceza Sorumluluğu.....	199
4.4.2.3.Hukuki Sorumluluk.....	203
BEŞİNCİ BÖLÜM.....	205
VAKA İNCELEMELERİ	205

5.1. Hâkim Kararına Rağmen Adli Tıp Hekiminin Muayeneden Kaçınması ve Sonrasında Hekim Hakkında Uygulanan Hukuki Süreç	205
5.1.1. Cumhuriyet Savcısının iddiası(İddianame).....	205
5.1.2.Deliller	207
5.1.3.Mahkeme Kararı(Beraat)	208
5.1.4. Yargıtay Kararı (Bozma)	208
5.1.5.Değerlendirme.....	209
5.2.Cinsel İstismar Suçunda Mağdurun Beden Muayenesinden Kaçınması ve Olay ile ilgili Yapılan Yargılama.....	210
5.2.1. Cumhuriyet Savcısının iddiası(İddianame).....	210
5.2.2. Şüphelinin Cumhuriyet Başsavcılığında Savunması	211
5.2.3.Yargılama Aşamasında Katılan Sıfatıyla Mağdurun Beyanı	212
5.2.4. Sanığın Mahkemede Alınan Savunması	213
5.2.5. Deliller	215
5.2.5.1.Yazılı Deliller.....	215
5.2.5.2.Sözlü Deliller	215
5.2.6.Cumhuriyet Savcısının Yargılama Sonunda Alınan Mütalaası	216
5.2.7.Delillerin Tartışılması, Değerlendirilmesi ve Mahkeme Kanaati	216
5.2.8.Değerlendirme.....	219
5.3.Mağdurun Kanuni Temsilcisinin İç Beden Muayenesine Rıza Göstermemesi .	219
5.3.1.Cumhuriyet Savcısının İddiası (İddianame)	219
5.3.2.Beden Muayenesine Dair Ağır Ceza Mahkemesi Kararı.....	220
5.3.3. Adli Tıp Kurumu Cevabı	220
5.3.4. Mağdurun Beyanı.....	222
5.3.5. Sanık Savunması	223
5.3.6. Deliller	223
5.3.7. Değerlendirme.....	223
5.4.Mağdurun Beden Muayenesine Gelmemesi ve Adli Tıp Görüşü(Devam Eden Yargılama Dosyası).....	224
5.4.1. Soruşturma Konusu Olay	224
5.4.2 Hâkim Kararı.....	225
5.4.3. Adli Tıp Görüşü	225
5.4.4. İddianame.....	225

5.4.5. Değerlendirme.....	226
5.5.Soy Bağının Tespiti için Vücuttan Örnek Alınmasına İlişkin Hekim Hakkında Çekinme Nedeniyle Açılan Kamu Davası	227
5.5.1. İddianame.....	227
5.5.2. Sanık Savunması.....	227
5.5.3. Mahkeme Kararı	228
5.5.4. Yargıtay Kararı	228
5.5.5. Değerlendirme.....	230
SONUÇ	231
KAYNAKÇA.....	240



KISALTMALAR LİSTESİ

§	: Alman Ceza Yasaları için kullanılan madde işareti, kısaltması; westlaw veritabanında kullanılan eserlerin bölümleri için öngörülen ve atıflarda kullanılan “numara” ve “bölüm” kısaltması.
AD	: Ana Bilim Dalı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm CK	: Alman Ceza Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz	: Bakınız
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
Biyo-tıp Sözleşmesi	: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
BN	: Başvuru No
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CÜ	: Cumhuriyet Üniversitesi
Çev.	: Çeviri
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi

ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi
DNA	: Deoksiribonükleik Asit
E	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Fak	: Fakülte
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HKK	: Hayvanları Koruma Kanunu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KAHY	: Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik
karş	: Karşılaştırınız
Khuka	: Kamu Hukuku Arşivi
Kn	: Kenar Numarası
KVKK	: Kişisel Verileri Koruma Kurulu
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Prg	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
ss	: Sayfa Sırası
SK	: Sayılı Kanun
Stgb	: Strafgesetzbuch

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
UHK	: Umumi Hıfzısıhha Kanunu
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
UNİCEF	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Üni	: Üniversite
WHO	: World Health Organisation
Yönetmelik	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
Y	: Yıl
Yay	: Yayıncılık
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
ZStw	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku ve tıp hukukunun kesiştiği birçok hukuki müessese vardır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; ceza muhakemesi, Cumhuriyet savcısı tarafından suç işlendiği şüphesinin öğrenilmesiyle başlar ve hüküm kesinleşinceye kadar devam eden süreci ifade eder. Bu süreçte ana amacı maddi gerçeğin tespit edilmesi olan ceza muhakemesinin, uygulayıcıya adil bir karar vermesini sağlamak için somut delillere ulaşma yöntemini de düzenlemesi gerekmektedir.

Ceza muhakemesi kanununda düzenlenen “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, bir soruşturma işlemi olarak ceza muhakemesinde sıkça başvurulmuş delil elde etme araçlarından biridir. Bu işlemler, 5271 sayılı CMK’da yer verilen ayrıntılı bir düzenlemeyle hukuk sistemimize kazandırılmıştır. Mevzuatımızda “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, CMK’nın 75, 76 ve 77’nci maddeleri ile “Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir. “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, “maddi gerçeğe uygun hükmün verilmesi için gerekli olan delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi ve böylece adil yargılamanın yapılabilmesi noktasında ceza muhakemesi açısından önem arz etmekle beraber, kişinin vücut bütünlüğüne ve temel haklarına yönelik olarak bir müdahale içerdiğinden insan hakları açısından da değerlendirilmesi ve ele alınması gereken bir konudur.”¹

Bir suç soruşturmasında olaya dair delil elde etmek veya bir suçu aydınlatmak amacıyla hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C. Savcısının kararıyla şüpheli, sanık yahut diğer kişilerin beden muayenesinin yapılması ya da vücutundan örnek alınması suretiyle delil elde edilmesine “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” olarak adlandırılır.²

¹ AYGÜN Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, “Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi”, 2016, Sayı 8, ss. 49-73; DURSUN Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması Ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, “D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi”, “Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan”, 2017, C. 19, Özel sayı, ss. 2955-2996, s.2957; İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma”, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”, 2012, cilt: 70, sayı:1, ss. 19-38, s.20.

² ALAN, Esra: “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “Uğur Alacakaptan’a Armağan, (Derleyen: İNCEOĞLU, Mehmet Murat), Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları”, İstanbul, 2008, s. 45; APİŞ, Özge: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, “Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk

Yine “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” sırasında vücut bütünlüğünün korunması, insan onuru ile bağdaşmayan kötü muamele ve işlemlerden kişinin korunması amacıyla, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 5’nci maddesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 3’ üncü maddesinde “hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı” düzenlenmiştir. Ayrıca “İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 1’ inci maddesinde, “bir şahsa, kendisinin veya üçüncü bir şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen fiil nedeniyle bilgi veya itiraf elde etmek için uygulanan fiziki veya manevi ağır, acı veya ıstırap” işkence olarak tanımlanmıştır.³

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun beden muayenesini düzenleyen 75. ve 76.maddelerinde beden muayenesiyle yanında vücuttan örnek alınması da düzenlenmiştir.⁴ Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinde düzenlenen

Araştırmaları Dergisi”, C.18, S. 1, s. 269; DONAY, Süheyl: Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 136; DÜLGER, İbrahim/AKBULUT, Berrin/CİN, Onursal/AYDIN, Murat: “*Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti*”, “11. Ceza Hukuku Günleri, Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları İle Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler,” (1-3 Haziran 2016), (Editör: SÖZÜER, Adem), İstanbul 2016, s. 353; İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s. 20; İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy: “*Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*”, “Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan”, s. 1158; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray /BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 553; ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2018, s. 566; ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Behiye Eker/GÜLEÇ, Sesim Soyer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 152; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 519; SARSIKOĞLU, Şenel: “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, Prof. Dr. Doğan SOYASLAN Armağanı, EÜHFD, C. 8, S. 2 Y. 2013, Kayseri, s. 695; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 57; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 269; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s. 620.

³ DOĞAN, Recep, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma*”, “Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, 2019(142), ss.93 - 132. s.95.

⁴ Öğretide “muayene için beden, örnek alma için vücut kavramlarının kullanılmasının yerinde olmadığı, terimlerin rastgele seçildiği izlenimi verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.” Bkz.: ÖZBEK,/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 521. Ancak öğretide “bazı yazarlar beden ile vücut aynı anlama gelmekle beraber kanun koyucunun muayene ile örnek almayı birbirinden ayırmak için böyle bir tercihte bulunduğunu belirtmektedirler”, TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli

“mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, delil temin etmenin başlıca unsurlarındandır. Mevcut yasalarımızda beden muayenesi, kural olarak bir hekim tarafından yapılır. Bu durum, ceza muhakemesi ve tıp hukukunun ilişkisinin kesiştiği noktayı ortaya koymaktadır. Tıp bilimi gereğince mağdurun bedeni üzerinde bazen modern tıbbın sağladığı tıbbi araçlar kullanılarak mağdurun vücudu cihazlar ile veya gözle incelenemediği gibi mağdurun vücut dokunulmazlığı ve mahremiyetine müdahale niteliğinde eylemler söz konusu olabilmektedir. Keza çoğunlukla dış beden muayenesi, mağdurun kısmen veya tamamen çıplak olması sağlandıktan sonra hekim tarafından elle veya gözle incelenmek suretiyle yapılmaktadır.

Yukarıda belirtilen durum, ceza muhakemesine ilişkin bir işlem olsa da; bu yöntem teşhis ve tedavi için tıbbi müdahale yapılırken salt tıp alanında da kullanılmaktadır. Bu muayenenin ceza muhakemesine bir yansıması ise, ceza muhakemesinde düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıdır. Mağdurun vücudundan örnek alınması ise, mağdurun üzerinde bulunan suçtan kaynaklanan biyolojik veya diğer materyallerin, şüphelilerden veya diğer kişilerden alınan örneklerle karşılaştırılması amacıyla uygulanmaktadır. Burada temin edilen delil mahiyetinde olan materyalin mağdura, şüpheliye veya üçüncü bir kişiye ait olup olmadığı belirlenmeye çalışılmaktadır.

Ceza muhakemesinde beden muayenesi; “Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” 3 ve 5’inci maddesinde “vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi” şeklinde tanımlanmıştır. Dış beden muayenesi, Yönetmeliğin 5’nci maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Beden muayenesinin diğer şekli ise iç beden muayenesidir. Yönetmeliğin 3’üncü maddesinde “İç beden muayenesi: kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” olarak ifade edilmiştir.

Dış beden muayenesinin amacı, delil elde etmektir. Ceza Muhakemesi Kanununda şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yanı sıra, diğer kişiler için de beden

veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi”, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu”, Ankara 2008, s. 1028.

muayenesi yaptırılabilmesi düzenlenmiştir. Kanunun 76'ncı maddesinde mağdurun beden muayenesi, bir suçtan dolayı usulüne uygun olarak açılmış bir soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı kararıyla mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanununda evrensel bir hukuk kuramı olan delilden sanığa gitme kuralı benimsenmiştir. “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, “delilden sanığa ulaşma ilkesi”ne etkili bir örnektir. Bu yöntemle elde edilen suça ilişkin delil, suçun daha kısa sürede aydınlatılmasını sağlayacaktır.⁵Bu düzenleme ile kolluk tarafından uygulanması muhtemel yasak sorgu yöntemlerinin engellenmesi ve işkence iddialarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Son yıllarda bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin ceza muhakemesi işlemlerini olumlu anlamda etkilemesi sebebiyle delilden şüpheliye gitme anlayışı kabul edilmiştir.⁶

Belirtilen yasal düzenlemelere rağmen uygulamada soruşturma işlemi olarak beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının usulüne uygun hâkim kararına rağmen uygulanmadığı bazı durumlar ile karşı karşıya kalmaktayız. En belirgin sorunlardan bir tanesi mağdurun rıza göstermemesi durumunda hekimin muayeneden çekinmesidir. CMK'nın 76. maddesinin 1. fıkrasında “mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak” koşuluyla alınabileceği belirtilmiş ise de; adli tıp uzmanı veya hekim salt mağdurun rızasının olmaması sebebiyle muayene edemeyeceğini veya vücuttan örnek alamayacağını belirtmektedir. Hekimlerin bu konudaki dayanak noktası çoğunlukla doğrudan tıp uygulamalarını ilgilendiren Biyotıp Sözleşmesi, Tıbbi Deontoloji ve Tıp Etiği ilkeleri olduğu gibi mevcut hukuk sistemimizde de bu hususta bazı düzenlemeler vardır.

“Hasta Hakları Yönetmeliği”nin 22. maddesinin⁷ birinci fıkrası “kanunda gösterilen ayrıksı uygulamalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya

⁵ ÖZEN İNCİ Zekiye, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “www.turkhukuksitesi.com/makale” (Erişim Tarihi:14.10.2020); TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s.295; AYRAL, Fatma, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele”, “Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, İstanbul, 2010, s.82.

⁶KARABULUT Ferhat/ KARAPAZARLIOĞLU Ersin/ TOSUN Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, “*TBB Dergisi*”, S.120, 2015, s.409

⁷ “Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama” Madde 22- “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi*

uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz.” Bir suça maruz kalan kişinin bedeninde suç izlerinin kalması olağan bir durumdur. Ceza muhakemesi esasları bakımından suçun aydınlatılması açısından önem taşıyan bu izlerin incelenmesi ve tespiti oldukça önemlidir. Fakat burada insan bedenine saygı ve sağlık hakkı ile suçla bozulan kamu barışının sağlanması arasında net bir ilişki vardır. Hukuk devletinde vücuda müdahaleyi kapsayan beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı düzenleyen kanun maddelerinin bu iki menfaat arasındaki dengeyi gözetmesi ve sağlaması gerekir.

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” yöntemi ile elde edilen delillerin olayı aydınlatmadaki etkisi düşünüldüğünde ceza yargılamasının ana amacına ulaşma noktasında oldukça yararlıdır. Ancak bu soruşturma işleminin vücut dokunulmazlığına karşı bir müdahale içerdiği de göz ardı edilemez. Temel insan haklarına müdahale niteliği taşıması nedeniyle “beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın” sıkı koşullarla kanunla düzenlenmesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13’ncü ve 17’nci maddeleri⁸ gereğince anayasal bir zorunluluktur.

Ceza Muhakemesi Kanununun 76’ncı maddesinde⁹ anılan Anayasa maddelerine uygun bir şekilde kanunla kişilerin hak ve hürriyetleri kısıtlanmak suretiyle maddi varlıklarına müdahale edilebileceği düzenlenmiştir. Vücudun muayenesi ve örnek

ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.”

⁸ Anayasa MADDE 13.– (Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.) “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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. MADDE 17.– Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve Kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.”

⁹ “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”Madde 76 : “Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.”

alınması uygulamasında mağdur ve diğer kişiler üzerinde bulunan, kuvvetli şüphe oluşturan ve suçun yarattığı veya maddi gerçeğe ulaşmaya sağlayacak izlerin kaybolmadan elde edilmesi amaçlanmaktadır.¹⁰

Bu konuda salt ceza muhakemesini ilgilendiren yönü ile ilgili öğretide birçok çalışma bulunmaktadır. Ancak günümüzde hızla gelişen dünya çapında tıp hukuku konularının ceza muhakemesi hukukuna yansımaları önem kazanmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada şimdiye kadar yapılan akademik çalışmalar değerlendirilirken izlenen metot, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile güncel gelişmeler ve içtihatlardan yararlanılarak öğreti ve uygulamaya yardımcı olma amaçlanmıştır. CMK’da düzenlenen “mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” tıbbi müdahale yönünden değerlendirilirken hem ceza hukuku, hem de tıp hukuku kuralları yönünden ele alınacak ve bu bağlamda tıbbi müdahalede rızanın önemine de yer verilecektir. Tanıklar ve bilirkişiler kişisel veya kişiye dayalı ispat araçları olarak kabul edilirken, keşif ve belge ispat araçları ise maddi veya olgusal ispat aracı olduğu ifade edilmektedir.¹¹

Yapılacak olan tez çalışması Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi Ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları başlığı altında 5 bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde, kavramlar başlığı altında; “mağdurun beden muayenesi”, iç beden muayenesi, dış beden muayenesi, dış beden muayenesinin şartları, bir suça ilişkin delil etmek amacıyla yapıldığı, mağdur, şüpheli veya sanık olmak veya diğer kişiler kapsamında bulunmak gerektiği, herhangi bir suçun varlığı yeterli olduğu, talep veya karar bulunması gerektiği, muayenenin hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılması gerektiği, ilgilinin rızanın bulunması, muayenede hazır bulunacak olanlar, cinsel suç mağdurunun veya mağdur kadının muayenesi mağdur çocuğun adli muayene süreci, ölü muayenesi ve otopsi, mağdurun vücudundan örnek alınması, diğer kişiler kavramı, tanıklıktan çekinebilecekler üzerinde beden

¹⁰ DAĞ, s.256; ŞANLI, s.38

¹¹ BEULKE, Werner; Strafprozessrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2008.s. 114. (Naklen: EROĞLU Fulya, “Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri”, İstanbul 2009, s.5, “<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>,” (Erişim Tarihi: 27.12.2020))

muayenesi ve örnek alma, beden muayenesi ve örnek almanın amacı ve hukuki niteliği, beden muayenesi ve arama ilişkisi, beden muayenesinin koruma tedbiri niteliği ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

İkinci bölümde, mağdurun “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ile ilgili tıp hukuku ve diğer belirleyici ilkeleri başlığı altında; tıp hukuku ilkeleri, tıbbi müdahalenin rızaya bağlı olması, insan onuru, mahremiyet ilkesi, mahremiyetin beden muayenesi açısından sorun teşkil etme durumu, mahremiyet hakkının ihlalden doğan hukuki(tazminat) sorumluluk, tıbbi deontoloji ve etik ilkeleri, tıbbi deontoloji tanımı, tıbbi deontoloji ve etik ilkeleri, yararlılık, zarar vermeme, özerkliğe saygı, adalet, gizlilik, sadakat, dürüstlük, tıbbi deontoloji ve hukuk arasındaki ilişki, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ile ilgili ceza muhakemesi hukuku ilkeleri, hukuk devleti ilkesi, insan onuruna saygı ilkesi, özel hayatın gizliliği ilkesi, ölçülülük ilkesi, beden muayenesi ve örnek alınmasında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişisel veri ve çeşitleri, mevzuatımızda kişisel veriye ilişkin düzenlemeler, tıp uygulamalarında kişisel verilerin kaydedilmesi, uluslararası ve mukayeseli hukuk bakımından incelenmesi, Alman ceza muhakemesi açısından, İngiliz ceza muhakemesi açısından ve İtalyan ceza muhakemesi açısından incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, tedbirin tıp hukuku ve adli tıp uygulamaları yönünden değerlendirilmesi başlığı altında; uygulanma şartları, denetimi, tıbbi yönüyle muayene ve örnek alma, muayene, muayene zamanı, muayene koşulları, dış beden muayenesi yapılmasının şartları, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın şartları, ölçülülük ilkesi, hâkim kararı, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması, cerrahi bir müdahale söz konusu olmaması gerektiği, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılması, şüpheli veya sanık beden muayenesi açısından üst sınırı iki yıl ya da daha fazla hapis cezasını öngören bir suçun bulunması, dış beden muayenesinin yerine getirilmesi, fiziki muayene, örnek alma (örnek – biyolojik materyal), örnek alma çeşitleri ve analize uygun şekilde alınma yöntemleri, vücudun dışından alınabilen örnekler (vücuda müdahale niteliğinde sayılmayanlar), invaziv yöntemlerle alınabilen örnekler, koruma yöntemleri-laboratuara sevk, kimyasal analizler, moleküler genetik inceleme-DNA

analizi, moleküler genetik incelemelerin gizliliği ve sonuçların imhası, çocuğun soy bağının araştırılması durumu ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Dördüncü Bölümde; mağdurun beden muayenesinde ve örnek alınmasında karşılaşılan zorluklar ve mağdurun rızasının soruşturma işleminin uygulanmasına etkisi başlığı altında; rıza, ilgilinin rızası, rızanın özel hukuk ve ceza hukuku bağlamında ele alınması, rızanın özel hukuk ve ceza hukuku bağlamında ele alınması, hukuka uygunluk sebebi “rıza”, varsayılan rıza, rızaya ehliyet, rızanın şekli ve aydınlatılmış rıza, varsayılan rıza, rızaya ehliyet, rızanın konusu, çocuklar açısından rıza ehliyeti, akıl hastaları veya diğer kısıtlılar açısından rıza ehliyeti, rızanın alınma şekli, aydınlatma yükümlüğü, rızanın hukuki niteliği, rıza iradesinin sıhhatli olması, zımni rıza ve rızadan vazgeçme mağdurun rızasının alınamaması ve hekimin muayeneden kaçınması, mağdurun beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemesi, hekimin muayeneden kaçınması, hukuka aykırı beden muayenesi ve örnek alma kararına karşı kanun yolları ve hukuki sonuçları, beden muayenesi ve örnek alma kararına karşı itiraz, hukuka aykırı beden muayenesi ve örnek almanın hukuki sonuçları, elde edilen delilin kullanılamaması, ceza ve tazminat sorumluluğu ayrıntılı olarak bu bölümde ele alınmıştır.

Beşinci bölümde 5 ayrı vaka incelemesi yapılmıştır. Hâkim kararına rağmen adli tıp hekiminin muayeneden kaçınması ve sonrasında hekim hakkında uygulanan hukuki süreç; cinsel istismar suçunda mağdurun beden muayenesinden kaçınması ve olay ile ilgili yapılan yargılama; mağdurun kanuni temsilcisinin iç beden muayenesine rıza göstermemesi; mağdurun beden muayenesine gelmemesi ve adli tıp görüşü ile soy bağının tespiti için vücuttan örnek alınmasına ilişkin hekim hakkında çekinme nedeniyle açılan kamu davası başlığı altında 5 ayrı olay ve bu olaylar ile başlatılan hukuki süreçler mevcut kanuni düzenlemeler, yüksek yargı kararları bağlamında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise, tez yazım sürecinde, kanunda ve ilgili mevzuatta yer alan düzenlemeler ile ilgili aksaklıklar ve bunların uygulamaya yönelik olumsuz etkileri bağlamında görüş ve öneriler belirtilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

KAVRAMLAR

1.1.1.Mağdurun Beden Muayenesi

Mağdura ceza muhakemesinde etkin bir rol tanınması, yargılama sürecinin daha demokratik olmasını sağladığı gibi, toplumun suça karşı tepkisini de yargılama dosyasına yansıtır.¹² Ceza adaletini sağlamakla görevli yargılama makamları, doğru sonuca ulaşabilmek maksadıyla mağdurun beyanı, sunacağı deliller veya muayenesinden ölçülü bir şekilde yararlanmalıdır. Mağdurun bu şekilde ceza yargılamasına katılması maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet eder.¹³ Bunu yaparken mağdurun menfaati dikkate alınır, aksi durumda mağdurun menfaati göz ardı edilerek ceza adaletine ulaşılamaz.¹⁴

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin tanımlar kısmında kanuna paralel bir şekilde mağdur tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğe göre, “*suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi*” mağdurdur. Tanımlamanın içeriğine göre, sadece ceza muhakemesi anlamında ele alınacak suçtan zarar gören kişinin dışında, suç olmayan, çoğunlukla özel hukuk ve konumuz itibari ile tıp hukukunu ilgilendiren haksız fiil sayılan bir eyleme maruz kalan kişi mağdur olarak ifade edilmiştir. Kanun koyucu tarafından bu şekilde bir belirleme yaparak suç olmayan durumlarda da mağdurun beden muayenesinin yapılabilmesinin önü açılmış ise de; bu husus ceza muhakemesi açısından oldukça tartışmalı niteliktedir.

Tartışmalı hususlara değinecek olursak, yönetmelik başlığında “Ceza Muhakemesinde” ifadesi bulunmaktadır. Buradaki, amaç, suça ilişkin olarak bazı soruşturma işlemlerinin yapılması olarak belirtilmektedir. Bu işleme dayanak olarak

¹² DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, “TBB Dergisi”, S. 77, 2008, ss.33-86, s.61.

¹³ PAMUK, Gülfem, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Makam Olarak Yeri, Beta Yayınevi, İstanbul 2012,s.6.

¹⁴ SCHÖCH, Heinz, “Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerin Sınanması”, (Çev.NUHOĞLU, Ayşe, “Suç Politikası-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5”, Ankara 2006, s.120.)

CMK'nın 82'nci maddesinde¹⁵ anılan soruşturma işleminin uygulama usulünün yönetmelikle düzenleneceğine dair husus belirtilmiştir. CMK'nın ilgili maddesi uyarınca Yönetmelik hükümleri bir suçla ilgili uygulanma niteliğine haiz duruma gelmektedir. Kabahatlerle veya başka hukuk dallarıyla ilgili alanlarda “mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının” imkânı yoktur.

Ceza muhakemesinde bir suçla bağlantılı olarak yürütüldüğünden soruşturma veya yargılamaya konu suçtan mağdur olanların, mağdur sıfatıyla beden muayenesi işlemine tabi tutulmaları gerekir. Bu durumda mağdur dışındaki kişiler, diğer kişiler olarak muayene edilebilecektir.¹⁶ Ayrıca düzenleme suçtan zarar göreni mağdur olarak kabul etmiştir. “Mağdur suçtan zarar gören olmakla beraber bütün suçtan zarar görenler mağdur değildir.”¹⁷ Suçtan zarar gören kavramı, mağduru da içine alan daha geniş bir kavramdır.¹⁸ Dolayısıyla öğretide tanımdan mağdur ve suçtan zarar görenin aynı kişi olabileceği gibi sonuç çıkması nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁹ Kanaatimizce burada mağdurun dışında zarar görenler yerine suçtan doğrudan bedensel anlamda zarar görenler ve bu şekilde mağdur olanlar ifade edilmek amaçlanmıştır. Diğer kişilerin anlama geldiği hususunda ise Yönetmelikte bir tanımlama yapılmamıştır.

Beden muayenesi mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 66/5'nci maddesinde “*hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebiyle yapılır*” şeklinde bir düzenlemeye sahipti. Yürürlükte olan 5271 sayılı CMK'nın 75'nci maddesi ve devamı maddeleri dikkate alındığında “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma”, daha sıkı koşullar öngörülerek ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.²⁰

¹⁵ Yönetmelik başlıklı CMK Madde 82 – “75 ilâ 81 inci maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller yönetmelikte gösterilir.”

¹⁶ AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.100

¹⁷ AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.100

¹⁸ AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 297.

¹⁹ NUHOĞLU, Ayşe, “Beden Muayenesi”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Özel Sayı, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu”, 2006, C. III, S. 2, s. 331; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.162; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”

“<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, s.17, dipnot 35” (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

²⁰ AYGÜN, s.49.

5271 sayılı CMK öncesinde yürürlükte olan 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda, “moleküler genetik inceleme ve vücuttan örnek alınabilmesine” ilişkin bir düzenleme yoktu. Buna dair tüm soruşturma işlemleri, mülga kanunun 66. maddesinde geçen “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icab eden kimselerin muayeneleri Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır*” hükmü gereğince başvurulabileceği öğretide²¹ dile getirilmiş olsa da, gelişen dünya şartlarında önümüze çıkan moleküler genetik incelemelerin yapılabilmesini hukuken yürürlükte olan kanuni düzenlemeye uygun nitelikte olmadığı şeklinde haklı eleştiriler²² yapılmış, konuya ilişkin ortaya çıkan ihtiyaçları ideal anlamda karşılayacak yasal bir düzenleme yapılması gereği öne sürülmüştür.

Önceki yasanın eksikliği ve modern zamanların ihtiyaçlarına cevap veremediği hususunda öğretide yapılan birçok eleştiri bulunmaktadır. Bir soruşturmaya konu kişinin genetik kodlarını ortaya koyan ve bu kimliğinin deşifre edilmesi sonucuna yol açan ve gen teknolojisinin ulaştığı seviye karşısında deneye konu edilme ve başka bir şekilde kötüye kullanma olasılığının arttığı DNA-Analizi açısından 1412 sayılı CMUK’un 66/son maddesinin ihtiyaca cevap verebilecek nitelikte olmadığı ifade edilmektedir. Zira ilgili kanun hükümlerinde genetik analizin “kime karşı, hangi koşullar altında ve kimin tarafından başvurulabileceği ve özellikle de elde edilen verilerin akıbeti hususunda” yeteri kadar açıklama yoluna gidilmemiştir.

Genetik analizler ve inceleme hususunda CMUK’un açık ve ayrıntılı bir hüküm içermemesi nedeniyle yetersiz kaldığı aşikârdı. Hatta bu hususta ifade edilmelidir ki; anılan düzenleme gereğince vücudun incelenmesi tedbiri altında genetik analiz yapmak ölçülülük ilkesi ve hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilmekteydi.²³ CMUK’un ilgili maddesinde bir cümle ile düzenlenen Cumhuriyet savcısına bu konuda geniş yetkiler veren özellikle şüpheli veya sanıkların temel haklarının ihlaline yol açabileceği gibi doğrudan vücuda müdahale

²¹ ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, “<http://www.hukukî.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a044.asp>”, (Erişim Tarihi: 06.02.2021); BATUR, Necat, “Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme”, “TBB Dergisi 2016” (126), s. 69 - 94, s. 72, 73; İPEKÇİOĞLU, Vücuttan Örnek Alma., s. 1158.

²² ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA -Analizi., İPEKÇİOĞLU, Vücuttan Örnek Alma., s. 1158; BATUR, s. 72, 73.

²³ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi..

oluşturan işlemin koşullarının bu kanun maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği belirtilmiştir.²⁴

Sürekli gelişen ve değişen yaşam şartlarına paralel olarak hukuki düzenlemeler de kendisini yenilemelidir. Özellikle bu tedbirlerin sadece maddi hukuk yönünden şartlarını belirlemek yerine, temel insan haklarını ihlal eden yönleri sebebiyle usul hukuku yönünden de bu tedbirler ile ilgili karar verme yetkisinin kimde olduğuna ve tedbirin nasıl tatbik edileceğine dair kanunda net bir tespit yapılması oldukça önem arz etmektedir. Alman Ceza Usul Kanunu’nun 81a-81h paragraflarında, “bu maddi ve şekli şartların söz konusu tedbirin sanığa ya da (en azından zanlı olmayan) üçüncü şahsa karşı alınmasına yönelik bir sistem getirmeye” çalışılmıştır.²⁵ Örneğin Alman düzenlemesinde; muayene ile amaçlananın, “tıp kurallarına göre hastanın tedavi amacı ile bedeninin muayenesi olduğu ve fakat müdahale ile kast edilenin, vücuda operasyonel bir giriş ile yapılan beden muayenesi olduğu” dikkat çekmektedir.²⁶

Bu şekilde ayırım olması, hukuki anlamda beden muayenesinin uygulanmasının amacını belirlemede yardımcı olmaktadır.²⁷ Ayrıca beden muayenesinin başka bir tanımlamasında, vücudun temel fizyolojik işleyiş ve vücut üzerinde operasyonel olmayan, basit işlemlerle temin edilebilecek delillerin tespiti için beden üzerinde bir arama faaliyeti olduğu ifade edilmiştir.²⁸ İnsan bedenine müdahaleyi öngören hem hukuki hem de tıbbi yönü olan “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını” düzenleyen kanun maddelerinin bu iki menfaat arasında bulunan dengeyi göz ardı etmemesi gerekir.²⁹

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus, insan hakları ihlalleri ile ilgili taraf başvurularında, iddiaların soruşturulması yükümlülüğü şikâyetin doğruluğunu

²⁴ İPEKÇİOĞLU, Vücuttan Örnek Alma..., s. 1158

²⁵ WOLTERS, Gereon, “Alman Ceza Usul Hukuku’nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi”, “Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 7, Haziran 2010”, Sayfa: 37-41, s.37. (Çev.Fatih GÜNDOĞDU)

²⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 243.

²⁷ KAPLAN Mahmut/AYDIN Özgür, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Haziran 2016”, Sayfa: 113-133 “<https://www.jurix.com.tr/article/5029>” (Erişim Tarihi:21.12.2020)

²⁸ ERSAN, Aykut, “Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, “Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, Ekim, 2009-2010, V.2-3, N. 2-3”, ss. 267-277 s. 268.

²⁹ CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s. 263.

kabuletme anlamına gelmeyecektir. İddiaların araştırılması ve adil bir sonucu sağlamaya yönelik bir usulle soruşturma yapılması, kötü muamele yasağına ilişkin yapılması gereken devletin yükümlülükleri arasında olan bir zorunluluğu teşkil edecektir. Kötü muamele ve işkence suçları açısından hekim muayenesinin geciktirilmeden her yönü ile muayene edilen kişinin görüşü de alınarak ayrıntılı olarak yapılması önemli bir konudur.

1.1.1.1 İç Beden Muayenesi

Yönetmeliğin 3'ncü maddesinde;“iç beden muayenesi kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca şüpheli veya sanığın cinsel organları ve anüs bölgesinde yapılan muayene de CMK'nı 75/4 maddesi ve Yönetmeliğin 4/4 maddesi uyarınca iç beden muayenesi olarak kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemleri her ne kadar dış beden muayenesi kapsamında değerlendirileceği Yönetmeliğin 5/4. maddesinde belirtilmişse de “şüpheli veya sanığın cinsel organları ya da anüsü üzerinde gerçekleştirilen girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de iç beden muayenesi olarak” değerlendirilmelidir.³⁰ Bununla birlikte “ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında girişimsel olmayan muayeneler iç beden muayenesi” oluşturmaz.³¹

İç beden muayenesi “delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin vücutları üzerinde” gerçekleştirilebilecektir.³² Şüpheli veya sanık hakkında iç beden muayenesinin CMK'nın 75'nci maddesi ve Yönetmeliğin 4'ncü maddesinde düzenlenmişken, mağdurun ve diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri CMK'nın 76'ncı ve Yönetmeliğin 7'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Aslında her ne kadar

³⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 455.

³¹ ÜNVER/HAKERİ, s.272.

³² “Olay yerinde ele geçirilen tabanca ile av tüfeği kartuşlarının yakınında bulunan ve adli emanette muhafaza edilmesi gerekirken dosya içinde bulunduğu tespit edilen 13 adet sigara izmariti, olaydasilah kullandığı iddia edilen sanıklar S., N., R., O. ve E'tan alınacak kan örnekleri ve 26/08/2003 tarihli Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarı raporunda incelemesi yapılan sanıklardan alınan kan örnekleri Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, sigara izmaritlerinden alınan kan numunelerdeki genotiplerle uyum sağlayıp sağlamadığı hususlarında rapor alınması ve sonucuna göre tüm sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine, yazılı biçimde eksik soruşturma ile hüküm kurulması”, “Yargıtay 1 CD., T. 2712.2010, E. 2011/8732, K. 2011/8497”, YAŞAR Osman/ OTACI Cengiz, “Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, I. Cilt”, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 930.

ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiş olsa da bir birine yakın düzenlemeler oldukları söylenebilir.

Bir kısım tıbbi müdahale çeşitleri olan Floroskopi, Ultrason, Ekokardiyografi, MR veya Tomografi gibi nispeten teknolojik cihazlarla yapılan işlemler dışbeden muayenesi olarak nitelendirilir. Görüntüleme için vücuda çeşitli maddelerin verilmesi halinde ise dış beden muayenesi yerine, iç beden muayenesi olarak nitelendirilecektir. Örneğin ilaçlı MR veya tomografi çekilmesi iç beden muayenesi olarak değerlendirilecektir.³³ Yine vücuda girilmek suretiyle yapılan işlemler de dış beden muayenesi olarak değil, iç beden muayenesi olarak dikkate alınacaktır. Örneğin endoskopi, retroskopi ve kolonoskopi gibi işlemler iç beden muayenesi niteliğindedir.³⁴ Göz dibi muayenesi, stetoskop kullanılması da dış beden muayenesidir. Beden muayenesine ilişkin çıkartılan “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” 4. maddesi uyarınca cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene, iç beden muayenesi kapsamındadır.

CMK’nın 75/3’ncü maddesinde, iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından, Yönetmelik’te yapılmış olan tanım gereğince sağlık mesleği mensubu “Tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri” ifade etmektedir. Yönetmelikte ise ancak tabip tarafından gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bunun yanında Yönetmeliğin 4’ncü maddesinde her ne kadar daha ileri düzeyde bir koruma düzenlenmiş ise de, CMK’da “sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından da tedbirin uygulanmasına imkân verildiğinden”, bu kişiler tarafından gerçekleştirilen muayene veya inceleme neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak temin edildiği iddia edilemeyecektir.³⁵

³³ AKBULUT, Berrin, “Dış Beden Muayenesi”, “TAAD, Yıl:7, S.27” (Temmuz 2016), s.92.

³⁴ TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1030.

³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 537; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 525; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi., s. 626; CENTEL/ZAFER, s. 303; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 59; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 163; SARİKOĞLU, s.704.

1.1.1.2 Dış Beden Muayenesi

Dış beden muayenesi, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmeliği”nin tanımlar başlıklı 3. maddesinde “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi*” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 5/4. maddesinde ise girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme usulleri de dış beden muayenesi olarak nitelendirilmiştir.

Dış beden muayenesi şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişilerin vücudunda herhangi bir suç bağlamında başkalarına ait belirti veya delillerin elde edilmesi veya vücut ve organların yapısı, vücuttaki iz ve yaraların tespit edilmesi amacıyla yapılabilir.³⁶ Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin CMK’da düzenlenmemiş olması sebebiyle, kanunda doğrudan belirtilmese de aramaya ilişkin hükümlere göre uygulanması gerektiği öğretide savunulmaktadır.³⁷

Ayrıca dış beden muayenesi kanunla düzenlenmemiştir. Bu sebeple elde edilen delillerin herhangi bir kanun maddesine dayanmadan elde edildiği düşüncesiyle hukuka aykırı delil olarak kabul edilebileceği yönünde farklı bir görüş de bulunmaktadır. Şöyle ki; beden muayenesi koruma tedbiri niteliğinden olduğundan kanunilik ilkesine göre ancak kanunla açıkça düzenlenmesi durumunda başvurulacak bir yöntemdir. Dolayısıyla CMK’da düzenlenen başka bir koruma tedbirine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması imkânı yoktur.³⁸

Anayasanın 13. ve 17. maddeleri bağlamında şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemesi sadece Yönetmelikte yer alması, bu yöntemle elde edilecek delillerin geçerliliği hususunda bir takım tartışmaların olmasına yol açmıştır. Bu nedenle dış beden muayenesinin kanunla düzenlenmesi gereği sık sık dile getirilmektedir. Kanaatimizce dış beden muayenesinin yönetmelikle düzenlenmesi bakımından ifade edilen görüşün CMK’da düzenlenen beden muayenesinin belirleyici ve çerçeve bir metin olduğu kabul edilerek bu

³⁶ ÜNVER/ HAKERİ, s.284.

³⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.455.

³⁸ ÜNVER/ HAKERİ, s.284.

kapsamda dış beden muayenesinin yapılabileceği ve bunun mevcut düzenlemelere göre kanuna aykırı olarak değerlendirilemeyeceği savunulabilir.

Dış beden muayenesi “iç organlarda yapılan muayene ile vücuttan örnek alınması, cinsel organ ve anüs bölgesinde yapılan muayeneler dışında kalan muayene” olarak tanımlanmaktadır.³⁹ Vücut bütünlüğüne müdahale boyutuna varmayan, dışarıdan gözle bakmak suretiyle bir vücudun incelenmesinde ya da başka bir ifadeyle gözlemlemek yoluyla inceleme söz konusu olduğunda aramaya ilişkin kuralların geçerli olacağı ifade edilmektedir.⁴⁰

Şüpheli veya sanık hakkında dış beden muayenesi uygulanırken hâkim kararına gerek yoktur. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, dış beden muayenesi, Cumhuriyet savcısı emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma sırasında mahkeme kararıyla yapılabilir.⁴¹ Mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesi ise CMK’nın 76’ncı maddesinde iç beden muayenesine benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde yukarıda ifade edildiği üzere, bedenın dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi yönden incelenmesi dış beden muayenesi kapsamına girecektir.⁴²

Dış beden muayenesinin bağlamında tartışmalı bir diğer husus ise, Yönetmeliğin 5/4 maddesinde girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinde dış beden muayenesi kapsamında bulunduğuna ilişkin düzenlemedir.⁴³ Girişimsel tıbbi görüntüleme, teknolojik alt yapıya sahip görüntüleme sistemleri kullanılması ile teşhis yapılması ya da çoğunlukla doğrudan tedavi edici işlemlerin özel aletler kullanılarak uygulanması anlamına gelmektedir. Girişimsel yöntemlerde damarlardan yahut ciltten vücudun içine girilmesi mümkün olduğundan kişiye bu tür herhangi bir

³⁹ TURHAN, Beden Muayenesi, s.1030-1032; AKGÜL ALTİKAT, Meliha, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü”, “Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü”, Isparta, 2014, s.52-53.

⁴⁰ KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 868; YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt I, Beta, İstanbul, 2013, s. 659.

⁴¹ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 456.

⁴² Bu konuda öğretide yapılan bir kısım tespitlerde, “ağızda jilet saklanıp saklanmadığının tespiti için yapılan bakma faaliyetinin dış beden muayenesi değil arama koruma tedbiri kapsamında olduğu yönünde görüş mevcuttur. Dış beden muayenesinin kapsamı Yönetmelik 3 ncü maddede açık biçimde ifade edilmiş olması nedeniyle bu görüşün kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir” YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 621.

⁴³ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s. 92.

tıbbi müdahalede bulunulmayan yöntemler söz konusu olduğunda dış beden muayenesinin meydana geldiği değerlendirilecektir.

Bu ayrımın yapılabilmesi açısından önemine binaen girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin tanımı veya kapsamı tam olarak belirlenmemiştir. Kanunda veya yönetmelikte kavrama dair net ve belirleyici bir tanımlama veya açıklama yer almamaktadır. Örneğin, “mide filminin çekilmesi, röntgen vs. bu müdahaleye örnek olarak” gösterilebilecektir.⁴⁴ Ancak “MR çekimindeki kişi vücuduna çeşitli maddeler aldığından bu durumda ise iç beden muayenesinin gerçekleştiğinden” söz edilmelidir.⁴⁵ Öğretide; şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine dair mevzuatımızda bir hüküm bulunmamasının nedeni, kanun koyucunun iradesinin bu hususta aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının amaç edinildiği şeklinde görüşler bulunmaktadır.⁴⁶

Dış beden muayenesi ise, “kural olarak tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılarak kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesi, vücutta delil elde etmek için elle ve gözle yapılan muayenedir.” Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayıldığından, bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından da yapılabilir. Dış beden muayenesinde bedene elle dokunmak, incelemeler yapmak da mümkündür. Sadece bakılmak suretiyle icra edilmesi şartı yoktur. Bedende aramasadece kanuna göre yasak olan bir şeyin bulunması için mümkün olabilirken, beden muayenesi vücudun elle ve gözle incelenmek, tıbbi bilgilerden yararlanarak sonuca ulaşmak, tıbbi araçlar kullanılmak suretiyle delil elde etmek için yapılmaktadır.⁴⁷

Öğretide de ayrımın tıbbi veya hukuki bir kavram olduğunun tartışılabileceği, kaynak Alman kanununda olduğu gibi bedene tıbbi müdahalenin söz konusu olup olmamasına göre ayrım yapılmasının daha doğru olduğu savunulmaktadır.⁴⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda dış beden ve iç beden ayrımı bulunmayıp, basit beden

⁴⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 534.

⁴⁵ TURHAN, “Beden Muayenesi”, s. 1030.

⁴⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.620; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 520.

⁴⁷ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.95

⁴⁸ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

muayenesi ve vücuda yapılan diğer müdahaleler ayrımı bulunmaktadır. Bu ayrım, muayenenin amacını odak noktasına alır. Ayrıca tıbbi müdahale sırasında vücuda acı veren tıbbi araç ve gereçlerin kullanılması yerine, vücutta yaralanmayı beraberinde getirmesi bakımından farklılık oluşturduğu ifade edilir. Vücuttan örnek alınması veya vücuda madde verilmesi ya da deri ile kaplı bedenine içine müdahale edilmesi diğer müdahaleler olarak nitelendirilmektedir. Fakat vücut boşluklarında yapılan araştırmalar basit beden muayenesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Dış beden muayenesi sonuç olarak; tabip tarafından yapılacak muayene sonucunda tespit edilebilen “derinin ve organların genel görüntüsü, rengi, bu vücut bölgelerindeki sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, yaklaşık uzunluğu” gibi bulgulardır.⁵⁰

1.1.1.3. Muayenede Hazır Bulunacak Olanlar

Beden muayenesinin yapılması ve bu hususta hekim raporunun temini sırasında kolluk görevlilerinin muayene odasında bulunması ve muayeneye nezaret etmesinin sık sorun olarak karşılaşılan bir durumdur.⁵¹ Bu durumun soruşturmanın bağımsız makamlarca yürütülmesi hususunda bazı sakıncalar meydana getirdiği ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına konu somut bir olayda başvuru kolları kolluk görevlilerinin muayene odasında bulunduğunu iddia etmişler ve bu hususun mahkemece tespiti neticesinde usulüne uygun muayene raporu alınmaması, kötü muamele yasağının usul yönünden ihlal edildiği ifade edilmiştir.⁵²

Bu hususta uygulamada çokça rastlanan ve tartışmaya açık konulardan biri de; avukatın muayene sırasında hazır bulunup bulunamayacağı hususudur. Kanaatimizce; CMK’nın 149/3 maddesinde düzenlenen “Soruşturma ve kovuşturma

⁴⁹ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

⁵⁰ GÜNGÖR, Devrim/BAKŞI, Okan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, “<https://www.jurix.com.tr/article/7075>” (Erişim Tarihi 21.10.2021).

⁵¹ “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği nin” 9’uncu maddesine göre; “Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafî de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir”. Başkaca sorunlar muayeneyi gerçekleştiren doktorun bilgisinin yetersizliği ve raporun sağlıklı olmaması olarak ifade edilmektedir. Bkz. HOŞGÜL, Batuhan, “Ceza Muhakemesinde Deliller Bakımından Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, “Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.196, 2019”, s. 1707.

⁵² AYM, F.E ve Diğerleri Başvurusu, 23.01.2019, Başvuru No. 2014/15586, Prg. 149, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586>”, (Erişim Tarihi: 25.12.2020)

evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz” hükmü gereğince şüpheli veya sanığın müdafii muayene sırasında hazır bulunabilir.

Darp ve cebire maruz kaldığını ifade ederek hekime başvuran kişi hakkında adli rapor düzenlenirken tüm iddiaları değerlendirilmeli ve muayenesi buna göre yapılmalıdır. Düzenlenen raporun vakit geçirmeksizin ilgili soruşturma makamına iletilmesi sağlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi bir kararında; olayda kolluk görevlilerinin müdahalesi neticesinde darp ve cebire maruz kaldığını ifade ederek hakkında adli rapor düzenlenen kişinin başvurusu ile ilgili olarak, yapılan soruşturmanın rapor tanzim tarihinden beş ay sonra kişinin Cumhuriyet başsavcılığına başvurusu üzerine soruşturmaya başlanmasının, soruşturmanın derhal başlatılması kriterine aykırı olduğuna dair karar vermiştir.⁵³ Dolayısıyla mağdurun muayene edilmesi neticesinde düzenlenen darp ve cebir izlerinin tespitine dair muayene raporunun ivedi bir şekilde soruşturma makamlarına iletilerek soruşturma başlatılmasını sağlamak gerekir.

1.1.1.4. Cinsel Suç Mağdurunun veya Mağdur Kadının Muayenesi

Uygulamada mağdurun beden muayenesinin oldukça önemli olduğu ve yapılmasının veya yapılma şeklinin sık sık karşımıza sorun olarak çıktığı durumların başında cinsel suç soruşturmaları gelmektedir. Bilindiği üzere cinsel suçlara konu olaylarkadını, çocuğu, kişiyi, kişinin ailesini ve toplumun tamamını etkileyen çok yönlü olaylardır. Özellikle bu suçlar açısından uygulamada rastlanan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 77. maddesi muayene edilen veya örnek alınan kadının cinsiyetininidikkate alarak herhangi bir cinsiyet ayrımının olmadığı diğer düzenlemelerinin aksine, muayene edilen ve eden kişinin cinsiyetine uygun bir işlem tesisi amaçlayan düzenlemeye gidilmiştir.⁵⁴

⁵³ AYM, Mehmet Güneş Başvurusu, 11.12.2018, Başvuru no. 2015/16417, Prg. 53, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16417>”, (Erişim Tarihi: 25.12.2020)

⁵⁴ KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Öğreti ve Uygulama), Ankara 2007, s. 271.

Bu düzenleme kapsamında kanun koyucu tarafından, Türk toplumunun en önemli figürlerinden olan kadının utanma duygusunun zedelememesi için beden muayenesi yapılan kişinin, sırf kadın olmasından dolayı bir ayrıcalık getirilmiştir.⁵⁵ Kanun metnine göre, “kadın şüpheli veya sanığın muayenesi, istem hâlinde ve olanaklar elverdiği ölçüde bir kadın hekim tarafından yapılır.”⁵⁶ Öğretide bir kısım yazar tarafından kadınlara yönelik bu düzenleme eleştirilerek, erkekler açısından da paralel bir düzenlemeye gidilmesini savunulmuştur. Keza cinsel organların muayenesi kadınlar için utanma duygusunu etkilediği kadar, erkekler için de aynı sonuçları doğurabilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷ Kanaatimizce, kanun metnine uygun olanaklar elverdiği ölçüde ve varsa talep halinde hem kadınların hem de erkeklerin utanma duygularını etkileyecek muayenelerinin, kadın veya erkek bir hekimce gerçekleştirileceğinin düzenlenmesi, eşitsizliği giderme açısından yerinde olacaktır.⁵⁸

Uygulamada kolluk görevlileri veya hekim tarafından kadın şüpheli veya sanığa, istem hâlinde ve olanaklar elverdiği ölçüde kendisinin kadın hekim tarafından muayene edilme hakkına sahip olduğu bildirilmelidir.⁵⁹ Kadının muayenesinin kadın hekim tarafından yapılacağı düzenlenmesine rağmen bu mutlak bir zorunluluk değildir. Burada kadın şüpheli veya sanığın kadın hekim tarafından muayene edilme yönünde bir istemi olmalı ve olanaklar bunu temin etmeye elverişli olmalıdır. Kadının kadın hekimce muayene edilme istemine karşılık, kadın hekime ulaşamaması halinde kadının muayenesi erkek hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir.⁶⁰

Kadının muayenesi başlıklı “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in 11. maddesiise, kural

⁵⁵ Kadınların muayenesinde utanma duygusunun rencide edilmemesinin daha büyük bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir (ÖZBEK, s. 374; KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp., s. 272).

⁵⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu’nun bu düzenlemesinin hekimler uzmanlık alanlarına göre değil, cinsiyetlerine göre sınırlandırmış olduğu eleştirisi için bkz. CENTEL, s. 15.

⁵⁷ KAZAKER, Gözde, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “*Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 31, Ağustos 2016”, Sayfa: 173-201, “<https://www.jurix.com.tr/article/5420>” (Erişim Tarihi:22.12.2020)

⁵⁸ Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, kadın ve erkek açısından böyle bir ayrıma gidilmemektedir (ŞAHİN, s. 62; CENTEL/ZAFER, s. 278).

⁵⁹ CENTEL/ZAFER, s. 278.

⁶⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi., s. 532; ÖZBEK, s.375.

olarak kanunla paralel bir düzenleme içerse de, muayene edilecek kadının istemine rağmen, kadın hekime ulaşılmasına imkân olmadığı durumlar için, kadına kanunda yer almayan bir ayrıcalık tanımıştır. Yönetmelik'te böyle bir durumda, muayene sırasında hekimin yanında bir kadın sağlık mesleği mensubunun bulunmasına dikkat edileceği ifade edilmiştir. Ancak bu bir zorunluluk değildir. Kanaatimizce kadın bir personel bulundurulmaması durumunda elde edilecek delilin sıhhatine bir zarar gelmeyecektir. Ancak kadının muayenesinde kadın personel bulundurulamamışsa, bunun gerekçesine tutanakta yer verilmesi yerinde olacaktır.⁶¹ CMK'nın 77'nci maddesindeki düzenlemenin sadece beden muayenesine ilişkin olmasının, vücuttan biyolojik veya diğer örneklerin alınmasını kapsamamasının bir eksiklik olduğu da ifade edilmelidir.⁶²

Kadın hekimce muayenenin yapılması kanunen koşulların elverişli olup olmadığına bağlanmıştır. Bu durumun tespit edilme şekli de dikkate değerdir. Aslında elverişlilik ile amaçlanan hususun ne olduğu oldukça açıktır. Muayene zamanı olan tarih ve saatte kadın hekimin ilgili sağlık kuruluşunda görevde olup olmadığı tespit edilebilir. Sağlık kuruluşunda kadın hekim görevli değil ise şartların elverişli olmadığı kabul edilmelidir. Bazen bu konunun tespitinin nasıl değerlendirileceği açık olmadığından keyfi uygulamalara da mahal verilebilmektedir. Bu tür tartışmaların ve kötüye kullanımların önüne geçmek amacıyla, ilgilinin istemi bulunulmasına rağmen muayene işleminin bir kadınhekim tarafından yapılamaması durumunda bunun sebebi tutanakta net bir şekilde yazılmalıdır.⁶³

Adli tıp uygulamaları açısından, mağdurda oluşan yaraların iyileşmesi, vücut üzerindeki izlerin ve diğer bulguların, kendiliğinden kaybolma veya iyileşme süreleri genellikle kısadır. Bu sebeple mağdurun yaralarının iyileşmeden tespiti, cinsel saldırı suçlarında mağdur üzerinde failin, fail üzerinde mağdurun kalıntılarının tespit edilmesi, işin doğası gereği vakit kaybedilmeden yapılması gereken soruşturma

⁶¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi, s. 532. Yönetmelikte getirilen bu ilave düzenlemenin gerekli olmadığı görüşü için bkz. ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 164; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT SAYGILAR/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 530.

⁶² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 259; CENTEL/ZAFER, s. 278

⁶³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 543.

işlemleridir.⁶⁴ Her ne kadar yaralama suçlarında tespit edilen bulgular soruşturmada ana belirleyici olsa da; bunun yanında çoğunlukla cinsel suç vakalarının önemli bir kısmında yapılan muayene neticesinde elde edilen bulgular, teşhis koymaya elverişli bulunmamaktadır.⁶⁵ Fakat uygulamada çoğunlukla görüldüğü üzere diğer delillerle birlikte hâkimde kanaat oluşmasına yardımcı olduğu da bir gerçektir.

Mağdur dışındaki kişiler için de, yönetmelikte ve kanun maddelerine göre beden muayenesine tabi tutulacağı belirtilmiştir. Diğer kişiler üzerinde beden muayenesinin yapılması mevzuata göre uygun olsa da, kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve uygulanma şekli itibari ile koruma tedbiri niteliğinde olan beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın mağdur, şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişiler üzerinde uygulanabilmesi için, bu hususta kanunda açık bir düzenleme yapma yoluna gidilmesi yerinde olacaktır.⁶⁶ Kanaatimizce; ceza muhakemesi anlamında suje olmayan başka bir ifade ile yargılamada bir sıfatı olmayan kişilerin muayeneye tabi tutulmaması gerekir.

Uygulamada karşımıza çıkan sorunlardan birisi kadının kendi rızası ile istediği genital muayeneyi hekimin TCK 287. madde kapsamında değerlendirip reddetmesi durumudur. Buradaki önemli nokta, tedavi amaçlı müdahaleler ve kızlık zarı muayenesi gibi çoğunlukla kadının zorlama ile rıza gösterdiği durumların ayrımı yapılmalıdır. Yönetmeliğin 19. maddesinde “Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da Hâkim kararı aranmaz” denilmektedir. Buna göre hekimin tedavi amaçlı muayenesinin bir mahzuru yoktur. Doğal olarak burada kişinin beden ile ilgili bilgilendirilme hakkı bulunduğunu vurgulamak gerekmektedir.⁶⁷

⁶⁴ KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp..., s.228; DAĞ, s.261.

⁶⁵ KORKMAZ, Mustafa/UYSAL, Cem/SİVRİ, Süleyman/BOZKURT, İsmail/BULUT, Kasım, ŞİMŞEK, Şeref, TIRAŞÇI, Yaşar/HASPOLAT, Kenan, “Cinsel Saldırı Sonrası Adli Tıp Bölümüne Başvuran Olguların Beden Ve Ruh Sağlıklarının Değerlendirilmesi”, “Dicle Tıp Dergisi, 2014; 41 (4)” ss.656-661, s.660.

⁶⁶ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.99.

⁶⁷ ARICAN, Nadir, “Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları”, “Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 7, Haziran 2010”, ss. 23-25, s.24.

Genital muayene suçu için ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebidir.⁶⁸ Kadının rıza göstermesinin fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarması için rızanın usulüne uygun olarak ifade edilmesi ve ilgilinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkınadair bulunması zorunluluktur. Kabul etmek gerekir ki, genital muayene suçu açısından kadının üzerinde tasarrufta bulunduğu cinsel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü kişinin mutlak suretle tasarruf edebileceği haklarındandır. Ancak bu rızanın fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için, suçun koruduğu hukuksal değere konu olan hakka sahip olan kişi tarafından açıklanması gerekmektedir.⁶⁹ Örneğin; genital muayene için bir kimsenin kendi isteğiyle hekime müracaat etmesi halinde hekim, o kişiyi hekim muayene edebilecektir. Böyle bir durumda hekim, yetkili bir hâkim ve savcı kararı bulunup bulunmadığını değil, kişinin rıza vermeye yetkili olup olmadığına bakmak zorundadır.⁷⁰ Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi ilginin rızası bulunsa da eğer muayene bir suç soruşturması ve kovuşturması kapsamında muayene edilmesi zorunlu ise bu hususta yetkili hekim veya diğer sağlık personeli, yetkili hâkim veya savcı kararı olmadan bu muayeneyi yapamayacaktır. O halde fiil TCK m. 287 anlamında genital muayene suçunu oluşturacaktır.⁷¹

Kanun emrini ifa da diğer bir hukuka uygunluk sebeplerindendir. TCK'nın 24/1 maddesine göre, “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. CMK'nın 76. Maddesi uyarınca mağdurun vücudu üzerinde bakarak veya dokunarak hekim tarafından muayene işlemi ifa edilmektedir. Ancak eğer hekimin müdahalesi tıbbi muayenenin gerektirdiği şekilde yapılmamış, cinsel amaçlı bir temas ya da dokunma şeklinde ifa edilmiş ise; hekim cinsel istismar suçundan dolayı soruşturma geçirecektir.⁷²

⁶⁸ HAKERİ, Hakan, Tıp Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2022, s.394.

⁶⁹ DÜLGER, İbrahim, “Genital Muayene Suçu”, “Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 Sayı. 2”, 2008, s. 62; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 899; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 6, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8108.

⁷⁰ DÜLGER,İ., Genital Muayene Suçu, s.62.

⁷¹ KANBUR, Mehmet Nihat, “Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu M. 287)”, “*Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 16”, Ağustos 2011, ss.: 7-31 “<https://www.jurix.com.tr/article/2996>” (Erişim Tarihi:22.12.2020)

⁷² “*Doktor olan sanığın, aşamalarda tıbbi muayenenin gerektirdiği temas veya dokunma dışında mağdurenin vücuduna cinsel amaçlı temasta bulunmadığını savunması karşısında, mağdure Neriman hakkındaki hastane dosyası ile Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Denetim*

Mağdur çocukların vücutlarında hekimlerce yapılan tıp biliminin gerektirdiği tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilmelidir.⁷³ Bu bağlamda hekimlerin mağdur çocukların cinsel bölgelerinde yaptığı muayeneler hakkın kullanılması⁷⁴ ve kanuni temsilcisinin rızası çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir.⁷⁵

Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanıma göre çocuk istismarı, “çocuğun sağlığını, yaşamını ve gelişmesini tehlikeye atacak şekilde bir yetişkin, toplum veya ülkesi tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar, haklarını ihlal eden her türlü eylem ve eylemsizliklerin tümüdür”⁷⁶ olarak tanımlanmaktadır. Çocukların, ebeveynlerinin veya başka kimselerin gözetiminde iken bedensel ve psikolojik şiddetin her türlüünden korunmalarının zorunlu olduğuna ilişkin sözleşme maddesi, ülkemizin imzaladığı Çocuk Haklarına dair Sözleşme’de debulunmaktadır.

Ülkemiz uygulaması yönünden ise cinsel istismar, “bir yetişkin tarafından, cinsel zevk almak amacıyla, psikolojik ve sosyal gelişimini tamamlamamış bir kız ya da erkek çocuğunun kullanılmasıdır.”⁷⁷ Gelişmiş ülkelerde cinsel istismara, fiziksel şiddete göre daha fazla rastlanırken, bir cinsel istismar olayında fiziksel şiddet bulunması zorunluluk değildir.⁷⁸ Öğretide belirtilen bir görüşe göre cinsel istismar

Hizmetleri Daire Başkanlığının 09.05.2013 tarih ve 78/03 sayılı idari soruşturma raporuyla eklerinin getirtilerek, mağdurenin bedeni üzerinde yapılan eylemlerin tıbbi gereklere uygun olup olmadığı, bunu açacak şekilde ve cinsel arzuları tatmin amacıyla yapıp yapılmadığı hususlarında katılında mevcut hastalık konusunda uzman bilirkişiden rapor alınıp gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorularak neticesine göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 14. CD., T.10.10.2017, E. 2017/1622, K. 2017/4611 (UYAP.gov.tr).

⁷³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 367; ÖZEN, s. 414.

⁷⁴ CMK, m.26-(1)-“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez”. “<http://www.mevzuat.gov.tr>”. (Erişim Tarihi:01.11.2020)

⁷⁵ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018. , s. 367; ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uyguma Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 414.

⁷⁶ “T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması”, ÖZET RAPOR 2010, “<https://www.unicef.org/turkey/media/5221/file/%20türkiye%27de%20çocuk%20istismarı%20ve%20aile%20içi%20şiddet%20araştırması%20-%20özet%20raporu%202010.pdf>” (Erişim Tarihi:01.11.2020)

⁷⁷ “Cinsel istismar, yetişkin bir kimsenin, çocuğu cinsel doyum için kötüye kullanmasıdır” POLAT, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Seçkin Yayınevi Ankara 2007, s.94; Çocuk İstismarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TUĞRUL, Ahmet Ceylani/TUĞRUL, Murat Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Ütopya Grafik Yayınevi, Mart 2018, Ankara, s.283 vd.

⁷⁸ POLAT, Oğuz, Çocuk ve Şiddet, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 9; YİĞİT, Rana, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest”, “Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi”, S.3, 2005, s.91, “<https://dergipark.org.tr/download/article-file/29286>”, (Erişim Tarihi:25.11.2020); ALPASLAN,

olarak kabul edilen eylemler, “mağdur çocuğun yapılan fiilin ne anlama geldiği kavrayamadığı, gelişimsel özellik olarak hazır olmadığı, toplumun kültürel değerlerine ve kanunlara aykırı olan olaylardır.”⁷⁹

Bu suç yönünden alınacak adli muayene raporunun soruşturmada kilit rol oynadığı açıktır. Son dönemde kamu otoriteleri, birçok yeni kurum oluşturarak insanların cinsel suçlar hususunda bilinçlendirilmesi, konuyla ilgili yasal işlemlerin yeniden gözden geçirilmesi, yargılama sürecinin uzamasına neden olan sorunların giderilmesi açısından oldukça hassas davranmaktadır. Örneğin; son dönemde oldukça aktif olarak kullanılan çocuk izlem merkezi gibi merkezler kurarak çocukların beyanlarının alınması için daha ciddi ve nispeten rahatsız edici ortama sahip polis merkezleri veya adliyelere gitmek yerine bu birimlerde ifadelerinin alınması sağlanmıştır.

Çocuk izlem merkezleri Sağlık Bakanlığı bünyesinde ve koordinesinde ülkemizin farklı bölgelerinde adli tıp, psikiyatri ve çocuk psikiyatrisi uzmanlarının yer aldığı, mağdurun bir kez dinlenildiği, muayene edildiği ve ifadesinin kayda alındığı, gerekmesi durumunda vücuttan biyolojik örnek alma ve değerlendirme imkânına da sahip birimler olarak faaliyete geçmiştir.⁸⁰

1.1.1.5. Çocuğun Adli Muayene Süreci

Cinsel istismar suçunun konu olduğu soruşturmalarda, tıp ve ceza hukuku uygulamaları birçok konuda kesişmektedir. Bir soruşturmaya konu adlisüreçte alınması gereken bilginin, çocuğun adli öyküsünün alınması sırasında bazı kurallara riayet edilerek, çocuk dostu bir ortamda alınması gerekmektedir.⁸¹ Yukarıda değinildiği üzere ülkemizde bu hususta bir takım adımlar atılmıştır. Her ne kadar Çocuk İzlem Merkezi gibi birimler kurulmuş olsa da; halen suça maruz kalmış

Ahmet Hamdi, “Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar”, “Kocatepe Tıp Dergisi”, Cilt 15, Sayı 2. 2014, “<https://dergipark.org.tr/download/article-file/161236>” s.194, (Erişim Tarihi:01.12.2020)

⁷⁹ CAN YAŞAR, Münevver/KARACA, Nezahat Hamiden/KAYA, Ümit Ünsal, “Çocuk Cinsel İstismarını Bildirimine Yönelik Öğretmen Tutum Ölçeği'nin Geçerlik Ve Güvenirlik Çalışması”, “PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi”, Cilt 4, Sayı 2, 2018, s. 267.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPDEMİR, Canan, “İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi(ÇİM)”, “<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/749788>” (Erişim Tarihi:01.11.2020)

⁸¹ KOÇ, Sermet/CAN, Muhammet, “Birinci Basamakta Adli Tıp”, Golden Print Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s.202,204.

mağdur çocuğun muayene süreci çoğunlukla çocuk hastanelerinde, kadın hastalıkları ve doğum hastanelerinde, hastanelerin acil servisleri veya adli tıp birimlerinde gerçekleşmektedir.⁸²

Cinsel istismar olayları sonrasında çocuğa tıbbi müdahale yapılabilmesi için, muayene öncesinde hekim tarafından çocuğun fiziksel ve duygusal durumunun tespit edilmesi gerekir.⁸³ Adli muayenenin 2 amacı vardır, bunlardan ilki cinsel istismara uğramış çocuğun tıbbi ihtiyaçlarını tespit etmek ve karşılamak, ikincisi ise varsa delil olarak kullanılabilecek bulguları belirlemek ve muhafaza altına almaktır.⁸⁴

Cinsel istismar mağduru çocuklar muayeneden önce ayrıntılı ve basit bir dille muayene detayları hakkında bilgilendirilmeli, herhangi bir uygulanacak işlem aşama aşama açıklanmalı, güvenli bir ortamda olduğu ve yapılacak muayenenin sebebi ve muayene esnasında bir zarar görmeyeceği belirtilmeli, rahat olması ve psikolojik olarak korkmaması sağlanmalıdır. Çocuk gizlilik ve mahremiyet hususunda bilgilendirilmeli ve bu hususlara dikkat edileceği kendisine anlatılmalı ve muayeneye hazır olması sağlanmalıdır.⁸⁵

Cinsel istismara uğrayan mağdur çocuk büyük bir travmaya maruz kalmaktadır. Doğal olarak çocukta olayın ardından değersiz ve çaresiz hissetme ve ağır ruhsal sarsıntı gibi belirtiler görülmektedir. Buna rağmen uygulamada, bir suç soruşturması kapsamında mağdur çocuğun beyanının tespiti yapılırken veya muayene sırasında, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında bu sarsıcı durumun çeşitli oranlarda tekrarlandığı görülmektedir. Dolayısıyla hekim veya diğer sağlık çalışanlarının, mağdur çocuğa gerekli ilgiyi göstermesi ve onun psikolojik durumunu dikkate alarak, yargılayıcı olmayan bir bakış açısı ile davranması, mağdurun ikinci bir sarsıntıya maruz kalmaması adına oldukça önem arz eder.⁸⁶

⁸² “Akut olguların değerlendirme süreci olarak da adlandırılmaktadır.” (Bkz. AŞIRDİZER, Mahmut, “Acil Servislere Başvuran Çocuk ve Kadın İstismarı Olgularına Hekimlerin Yaklaşımı”, “Türkiye Klinikleri Journal of Surgical Medical Sciences”, 2 (50), 2006, s.39-48, s.44.

⁸³ KOÇ/CAN, s.202,204.

⁸⁴ DERMAN, Orhan/KARATAŞ, Kasım, “Çocuk İstismarı ve İhmaline Yaklaşım Temel Bilgiler”, “Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Derneği Yayınları”, Ankara, 2015, s.74-75.

⁸⁵ AŞIRDİZER, s.44; KOÇ/CAN, s.203-204.

⁸⁶ AŞIRDİZER, Mahmut/YAVUZ, Sunay/ZEYFEOĞLU, Yıldırım, “Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları”, Manisa, 2005, “<http://tjofmap.tripod.com/sitebuildercontent/silebuildcrfiles/kitap.pdf>, s.354”(Erişim Tarihi:01.01.2021).

Çocuğun davranışları, ruh hali, zihinsel durumu ayrıca annesi, babası, kardeşleri ve arkadaşları olan ilişkileri ile ailesinde daha önceden benzer olay olup olmadığı da tespit edilmelidir.⁸⁷ Mağdurun vücudunda yer alan suç nedeniyle gerçekleşme ve bulunma ihtimali bulunan alet izi, ısırık izi, meni, kan gibi belirtiler tespit edilmelidir. Ayrıca olay yerinden veya şüpheliden elde edilecek bulgularla karşılaştırılmak üzere mağdurun bedeninde kalması muhtemel “kan, saç, kıl, meni, tükürük gibi örneklerin” de temini beden muayenesi sırasında titizlikle yapılmalıdır.

Çocuğun da muayene işlemine rıza göstermesi önemlidir: Bunun geçerli olabilmesi için, ilgilinin serbest iradesine dayanmalıdır. Bu hak etraflıca rıza göstermeme hakkı olduğu da hatırlatılarak anlatılmalıdır. İlgiliye, hangi muayeneveya örnek alma işlemlerinin yapılacağı açıklanmış olmalıdır. Aksi halde rızanın geçerli olmayacağı savunulabilir. Buna rağmen beden muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemi bitinceye kadar daha önceden rızasını açıklayan ilgili kişi rızasından dönebilir.⁸⁸

Uygulamada mağdurun 15 yaşını ikmal etmemesi durumunda kanuni temsilcisinin, 15 yaşından büyük olmakla birlikte henüz reşit olmamış çocuğun ve veli veya vasisinin yazılı bir form ile rızalarının olduğu belgelenmekedir. Söz konusu formda; beden muayenesine, vücuttan örnek alınmasına, fotoğrafının çekilmesine, olayla ilgili bilgilerin ve delillerin adli makamlara paylaşılmasına rıza gösterdiği açık bir şekilde yazılmalıdır. CMK’nın 76’ncı maddesi gereğince “delil elde etme durumu hariç olmak üzere mağdurun isteği dışında muayenesi yapılmamalı ancak muayene olmamasından dolayı uğrayabileceği zararlar hakkında bilgi verilmeli yine de muayeneyi kabul etmiyorsa, muayeneyi kabul etmediğine dair kendisi ya da kanuni temsilcisinin imzası alınmalıdır”⁸⁹

Mağdur çocuğun fiziksel muayenesinin birden fazla yapılmasından mümkün olduğunca kaçınılmalı ve gerek duyulursa yaşı itibarı ile bir kısım çocukların muayenesi genel anestezi altında olmalıdır.⁹⁰ Hekim muayeneden önce çocuk ile

⁸⁷ AKSOY Ercüment / İNANICI Mehmet Akif / POLAT Oğuz / SÖZEN Şevki / YAVUZ Mustafa Fatih, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, “Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı”, “Türk Tabipler Birliği Yayını”, Ankara, 1999, s.135-146.

⁸⁸ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.296.

⁸⁹ AŞIRDİZER/YAVUZ/ZEYFEOĞLU, “Adli Tıp Stajı Ders Notları”, s.353.

⁹⁰ “Burada genel anestezinin ölüme neden olabilecek nitelikte ağır bir tıbbi müdahale olduğu dikkate alındığında, kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi ilkesinin ihlal edildiği” savunulmuştur. Bkz.

görüşerek genital muayeneye hazırlamalıdır. Hekim bunu yaparken çocuğun mahremiyetini korumalı ve muayene ortamında bulunması zorunlu kişiler haricindeki kişileri odadan çıkarmalıdır. Muayenenin sarsıcı olması durumu göz ardı edilmeyerek, mağdur çocuğa karşı sağlık personelinin ve hekimin yaklaşımının mümkün olduğu kadar yumuşak ve güven verici olmasına dikkate edilmelidir.⁹¹

Mağdurun fiziksel muayenesinde cinsel istismara ilişkin belirtilerin bulundukları bölgeler özellikle bölgeler özellikle kontrol edilmeli, mağdurun ensesinde, kol ve bacaklarında görülen lezyonlar tarif edilmeli ve renkleri belirtilmelidir. Fiziksel muayenenin bitiminden sonra genital bölgede bulunan bulgular tespit edilmelidir.⁹² Uygulamada cinsel istismar vakalarında yapılan genital muayene sırasında herhangi bir iz veya emare tespit edilememesine rağmen olayın gerçekleştiğine dair birçok soruşturmaya rastlanmaktadır.⁹³ Cinsel istismar veya saldırı olaylarında muayene işleminin, adli tıp uygulamaları bakımından üç ana amacı bulunmaktadır:⁹⁴ Bunlar; “olayda fiziksel şiddet kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi, vücuda organ veya sair bir cisim duhulü olup olmadığının ve sonuçlarının belirlenmesi ile imkân olması durumunda saldırganın kimliğinin saptanmasına” çalışılmalıdır. Cinsel istismar vakalarında adli rapor üçer sayfadan oluşan “Genel Adli Muayene Formu ile Cinsel Saldırı Muayene Formu” kullanılarak hazırlanmalıdır.⁹⁵

1.1.1.6. Ölü Muayenesi ve Otopsi

Ölenin adli muayenesi, CMK’nın 86’ncı maddesinde düzenlenmiş olup, ölen kişinin bedeninin dış yüzeyinde bulunan bulguların tespitini ifade eder. Bu muayenede öncelikle ölünün kimliği kendisini tanıyanlara gösterilerek belirlenmeye çalışılır. Olayın özelliğine göre gerekirse, bir adli soruşturmada ölünün bedeni olayın şüphelisi yakalanmış ise, teşhis etmesi için şüpheliye de gösterilebilir. Ardından

ÇETİN, Gürsel, “Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi”, “Hukuk ve Adalet Eleştirisi Hukuk Dergisi”, Sayı, 6-7, Ekim, 2005, s.27 – 28.

⁹¹ KOÇ/CAN, s.203-205; AKSOY/İNANICI/POLAT/SÖZEN/YAVUZ, s.135-146.

⁹² KOÇ/CAN, s.205-205; AKSOY/İNANICI/POLAT/SÖZEN/YAVUZ, s.135-146.

⁹³ Bkz. KOÇ/CAN, s.205; KÖK, Ahmet Nezih, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, EÜHFD, C:X, S:3-4, Erzincan, 2006, ss.3-13, s.10.

⁹⁴ KOÇ/CAN, s.213; AKSOY/İNANICI/POLAT/SÖZEN/YAVUZ, s.135-146.

⁹⁵ GÜNDOĞMUŞ Ümit / HANCI Hamit, “Birinci Basamakta Adli Hekimlik Uygulamaları”, “Sürekli Tıbbi Eğitim Dergisi”, C:12, S:9, 2003, s.342.

ölenin ölüm zamanı ve ölüm sebebini tespit etmek bu muayene işleminin ana amacıdır. Bu amaca ulaşmak için cansız beden üzerindeki tüm bulgular tespit edilir ve tutanak altına alınır.⁹⁶

CMK'nın 86/3 maddesine göre ölü muayene işlemi, Cumhuriyet savcısı tarafından bir hekim refakatinde uygulanır iken bedenın dış muayenesi, sadece hekim herhangi bir kişinin cilt altı dokularına girmeden canlı bedeninin yüzeysel incelenmesi suretiyle yapılır. Bir soruşturma işlemi olan ölü muayenesinin içinde, bir soruşturma kapsamında yapılandış beden muayenesi de bulunur. Beden muayenesinde, şüphelinin, mağdurun veya diğerk kişilerin bedenleri üzerindeki herhangi bir iz veya bulgu delil olarak tespit edilirken, ölü muayenesinde ise, ölüm zamanı ve sebebi anlaşılmaya çalışılır. Dış beden muayenesinin amacı doğrudan delil elde etmektir, ölü muayenede ise bu amacın yanı sıra elde edilmiş diğerk delilleri değerklendirme amacı da vardır.⁹⁷

Uygulamada klasik otopsi olarak bilinen uygulama, beden muayenesinden farklı olarak ölenin içinin cerrahi yöntemlerle açılması suretiyle yapılır. Ana amacı ölüm zamanını ve sebebini tespit edebilmektir. Cesedin uygun olması koşuluyla 3 boşluğunun “baş, göğüs ve karın bölgelerinin” açılarak incelenir.⁹⁸ CMK'nın 87'nci maddesine göre otopsi, “Cumhuriyet savcısı huzurunda biri adli tıp, diğerk patoloji uzmanı veya diğerk dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır.” Beden muayenesini bir hekimin yapabileceğiki düşünıldüğünde, otopsi işlemi ile aralarında hazır bulunacaklar açısından da farklılık bulunduğuki görülecektir.

Ölü üzerinden elde edilen atış artığiki için vücudun çeşitli yerlerinden, elden ve yüzden svap alınması CMK'nın 160'ıncı maddesi kapsamında genel soruşturma işlemleri olup beden muayenesi kapsamında değildir. Ölü üzerinden örnek alma, ölü muayenesi veya otopsinin konusu olabilir.⁹⁹ Beden muayenesi, yaşayan insanlar üzerinde delil elde etmek amacının olduğı, buna ilişkin “CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliğiki” hükümlerinden oldukça net bir şekilde anlaşılmaktadır. Ölü muayenesi

⁹⁶ CENTEL/ZAFER, s. 279-280.; KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp..., s. 17.

⁹⁷ İPEKÇİOĞLU, “Ceza Muhakemesi Hukukunda”, s.25

⁹⁸ CENTEL/ ZAFER, s. 280.

⁹⁹ NUHOĞLU, “Beden Muayenesi”, s.326.

ve otopsi işlemleri, beden muayenesinden farklı olarak olay yeri inceleme gibi değerlendirilir. Bu sebeple mevzuatımızda belirtilen ve sıkı şartlara tabi beden muayenesi koşullarının oluşması aranmaz.

Sonuç olarak, beden muayenesi, ölü muayene ile otopsi gibi soruşturma işlemleri teknik bilgi gerektirmesi bakımından uzman bir inceleme gerektiren soruşturma işlemidir. Ancak, beden muayenesinin yapılma amacı ise, ölü muayene ve otopsiye başvurma amacından farklı olarak, mağdurun veya diğer kişilerin bedeni üzerinde bulunan suça ilişkin bulguları tespit etmektir.

1.1.2. Mağdurun Vücudundan Örnek Alınması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdur, şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin vücutlarından “kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin” temini 75 ve 76'ncı maddelerde düzenlenmiştir. Burada sayılan vücut numuneleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Diğer bir deyişle diğer vücut numuneleri olan “cinsel salgı, idrar veya dışkı gibi örnekler”de bu madde kapsamında temin edilecektir.¹⁰⁰

Yönetmeliğin 3. maddesine göre, “bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyaldır”. Bu materyaller iki amacı gerçekleştirmek maksadıyla mağdur, şüpheli veya sanık ile diğer kişilerden alınır.

Öncelikle, işlenen ve bir adli soruşturmaya konulan suça dair delil elde etme amacı taşır. Giyilen kıyafetler dışında açıktakalan cilt bölgelerine “sıçramış kan, tükürük gibi lekeler, ateşli silah kullanımı sonucu ellerde bulunabilen svaplardan, barut artıkları, mağdurun genital organında bulunabilecek meni salgısı gibi unsurlar” olaya konu suçun aydınlatılmasında delil niteliği taşıyabilir. Bunun yanında aynı şekilde “vücutta bulunan kıl parçaları ya da mağdur ile failin boğuşması sonucu mağdurun üzerinde kalan faile ait kan, kıl, kepek, deri hücresi gibi maddeler” delil olabilecek niteliktedirler.¹⁰¹

¹⁰⁰ YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Bası, Seçkin, Ankara Nisan 2019, s. 259.

¹⁰¹ GÜNGÖR/BAKŞI, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”

Vücuttan örnek almanın diğer amacı ise, olay yerinden veya olayın diğer tarafından temin edilen numune ile karşılaştırma yapma ihtiyacıdır. Suça konu olaya ilişkin elde edilmiş delil niteliğindeki biyolojik bir maddenin ait olduğu kişinin tespiti, laboratuarda yapılacak kriminal analiz ve incelemeler sonucu elde edilecek verilerin olay yerinden, şüpheli veya mağdurdan alınan bu referans numunelerden elde edilecek olanlarla karşılaştırılması gereklidir.¹⁰² Bunun sonucunda şüphelinin veya sanığın atılı suçu işleyip işlemediği hususunda somut bir delil temin edilerek kanaat oluşumuna katkıda bulunulacaktır.

İlgili Yönetmeliğin 23. maddesine göre, “kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örneklerle vücut yüzeyinden başkasına atı olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanı tarafından alınabilir.” Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere yukarıda değinildiği gibi, barut izi tespiti ve elbiseler üzerinde yapılacak inceleme ve numune alma işlemleri “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” tedbiri kapsamında kalmayacağı değerlendirilmektedir.¹⁰³

Mağdur veya şüpheliden kan örneği alınması işleminin vücut dokunulmazlığının korunması hakkına ilişkin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi’ne gündemine gelen bir husustur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹⁰⁴ ilgili kararında: “icrasının şekli itibariyle çok hafif derecede bir etkisinin olması ve bu nedenden dolayı da ilgisinden beklenebilecek nitelikte bir yükümlülüğün, vücut bütünlüğüne bir saldırı olarak kabul edilemeyeceğini” ifade etmiştir.¹⁰⁵ Öğretide;¹⁰⁶ mevzuatta yer alan kan örneği alınması soruşturma işlemi neticesinde gerçekleştirilen tıbbi işlemin, tehlikeden ve bir takım risklerden uzak,

¹⁰² GÜNGÖR/BAKŞI, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”

¹⁰³ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 460.

¹⁰⁴ BVerfG NSTZ 1996, s. 60; (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan (2017). “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku bağlamında Türk Ceza Muhakemesi hukukunda adli DNA analizleri”, “Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 2017”; 5(2):29-87. s.42; “<https://doi.org/10.26650/JPLC360265>” (Erişim Tarihi:01.12.2020)

¹⁰⁵ BVerfG 17, s. 115. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...” s.42)

¹⁰⁶ Neuser, s. 80; Klumpe, s. 162, 164; Pieroth/Jarass, Grundgesetz, m. 2. pn. 87; Münch/Kunig-Kunig, GGK I, m. 2 pn. 65; OLG Köln NSTZ 1986, s. 234. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku....,” s.42.)

işlenen suç ile belli bir oranda ölçülü olması durumunda Anayasaya uygun olarak kabul edileceği savunulmaktadır.¹⁰⁷

Burada da karşımıza bu soruşturma işleminin uygulanmasına tarafın rıza göstermesi çıkmaktadır. Tıp hukukunda rızaherhangi bir tıbbi müdahaleden ciddi sayılabilecek operasyonel tıbbi müdahalelere kadar bir hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının şartlarının arasında yer almaktadır. Örneğin; bir kişiden kan alınması durumunda bile, vücuda iğne ile tıbbi bir müdahale gerçekleşmiş olacağından ilgilinin rızasının bulunması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu hususta Yargıtay 13. Ceza Dairesi 2012/17565 Esas ve 2012/23123 Karar sayılı 07.11.2012 tarihli bir kararında¹⁰⁹:

“İstanbul ili Kağıthane ilçesinde meydana gelen oto hırsızlık olayı ile ilgili olarak araç üzerinde yapılan inceleme sonucunda elde edilen biyolojik bulgular ile müştekiden alınan kan örneklerinin mukayesesinin yapılması amacıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78 ve 79. maddeleri gereğince genetik moleküler inceleme kararı verilmesine yönelik İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının talebinin, müştekinin rızasının bulunduğu, bu halde 5271 sayılı Kanunu'nun 76/2. maddesi uyarınca herhangi bir emir ve karara gerek bulunmadığı gibi örneklerle temin edilen delillerin mukayesesi için dahi verilmesi gereken herhangi bir karara veya onaya gerek bulunmadığı gerekçesiyle reddine dair İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 13.03.2012 tarihli ve 2012/244 değişik iş sayılı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin İstanbul 31. Asliye Ceza Mahkemesinin 16.03.2012 tarihli ve 2012/38 değişik iş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığının 07.06.2012 tarih ve 2012/9953/33887 sayılı Kanun Yazarına bozma isteminde bulunulduğundan bu işe ait dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 25.06.2012 tarih ve 2012/158951 sayılı ihbarnamesiyle dairemize gönderilmekle incelendi”

Kararın devamında;

¹⁰⁷ AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku..., s.42

¹⁰⁸ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Aydınlatma ve Rıza”, “Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Baskı”, İstanbul, “Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları” –MÜHF, 2007, s.85.

¹⁰⁹ Uyap.gov.tr (Erişim Tarihi:08.06.2021)

“5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78. Maddesindeki 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır. Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır. Aynı Kanun'un 79/1. maddesindeki 78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. Hükümleri birlikte değerlendirildiğinde suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hâkim kararı ile mümkün olduğu gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumunun ihbar olunduğu anlaşılmış olmakla; 5237 sayılı TCK'nın 26/2. madde ve fıkrası uyarınca, ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk nedenidir. 5271 sayılı CMK'nın 76/2. madde ve fıkrası uyarınca, diğer kişilerin (mağdurun) beden muayenesi ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnek alınması işleminde diğer kişinin (mağdurun) rızasının varlığı hâlinde hâkim veya mahkemeden, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yoktur. Ancak; 5271 sayılı CMK'nın 78. maddesi uyarınca, 75 ve 76. maddeye göre alınan örnekler üzerinde... elde edilen bulgunun şüpheli ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için... moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hâkimden karar alınması, 79/1. madde ve fıkrasının âmir hükmüdür.

Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararına gerek bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle; Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden istemin kabulü ile İstanbul 31. Asliye Ceza

Mahkemesi'nin 16.03.2012 tarih ve 2012/38 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309/4-a. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesine, 07.11.2012 tarihinde oy birliğiyle karar verildi”

Bu kararda tartışılması ve ayırt edilmesi gereken nokta: mağdurun rızasının varlığı durumunda “beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” hâkim kararına veya Cumhuriyet savcısının talimatına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak CMK'nın 78 ve 79/1'nci maddeleri uyarınca, mağdurdan rızası ile alınan kan örneği ile suç konusu alandan elde edilen bulguların mukayese edilmesi için yapılacak moleküler genetik inceleme işlemi açısından tarafın rızası yeterli olmayacağından hâkim kararı alınması kanuni bir zorunluluktur.

Örnek ve örnek alma kavramları gibi bir kısım tanımlar Ceza Muhakemesi Kanununda yapılmamıştır. 5271 sayılı CMK ile aynı tarihte, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te ise “örnek, iç ve dış beden muayenesi” tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin 3'ncü maddesinde “örnek”; “*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal*”; “*dış beden muayenesi*”; “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinde gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme*”; “*iç beden muayenesi*” ise: “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokuların incelenmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Vücuttan alınan örnekler; “kan, saç, kıl, kemik, tırnak, deri parçası gibi doku örnekleri ve idrar, tükürük, sperm, vajinal ve anal yayma gibi vücut sıvılarından” oluşmaktadır. Örnek alma işlemi, CMK anlamında bir soruşturma kapsamında ancak usulüne uygun olarak verilmiş bir kararla, bir hekim veya kimi ayrık hallerde hekim nezaretindeki bir sağlık personeli tarafından yerine getirilir.¹¹⁰

Bir kısım yazarlara göre “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” tedbirlerindeki amacın belirti olarak nitelendirilebilecek delillerin ve ortaya çıkardığı izlerin elde edilerek yorumlanması olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada

¹¹⁰ DAĞ, Güray, “Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması”, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.249.

doğal belirti sıfatında olan bu emareler, insan iradesi dışında var olduklarından objektif niteliğe sahiptirler.¹¹¹ Bu durum onların delil olma nitelikleri bakımından somut bir unsur olarak diğer delillere nazaran önemini ortaya koyar. Ancak buradaki temel önemli nokta, bu belirtilerin şeklen sağlamlığı ile mümkündür.¹¹²

1.1.3. Diğer Kişiler

Ceza Muhakemesi Kanununda diğer kişiler, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlıklı 76. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Burada şüpheli veya sanıkdışındaki kalan kişiler hakkında bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla “iç/dış beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması” kararının uygulanması şartları ifade edilmiştir.

CMK’nın 75. maddesinde ise sadece şüpheli veya sanığın “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ayrıntılı bir şekilde mevcuttur. Kanun koyucu burada ayrıma giderek suçu işlediği düşünüldüğünden ötürü takibata uğrayan ile diğer kişileri farklı kıstaslara tabi tutmuştur. CMK’nın 76’ncı maddesindeki düzenlemenin başka bir amacının olduğu söylenemez.¹¹³

Maddenin düzenlenmesi bakımından öncelikle dikkat çeken husus, madde başlığında her ne kadar “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” yazılmış ise de; maddenin devamında mağdur ve soy bağı araştırılan çocuk da bu işlemin konusu olarak ele alınmıştır. Bu sebeple uygulamada, mağdur olmayan veya soy bağı araştırılması gerekmeyen çocukların dışında kalan kişilerin beden muayenelerinin yapılıp yapılamayacağı veya vücutlarından örnek alınıp alınamayacağı hususunda tereddütler oluşmaktadır.¹¹⁴

Öğretide bu maddenin kısıtlayıcı olması dikkate alınarak mağdur ve soy bağı araştırılması gereken çocuktan bahsedildiği için, bunlar dışında kalan kişiler hakkında bu hükmün uygulanamayacağı, sadece belirlenen kişiler üzerinde “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının” olanaklı olduğu savunulmuştur.¹¹⁵

¹¹¹ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.620.

¹¹² YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.620.

¹¹³ ÜNVER/ HAKERİ, s. 288.

¹¹⁴ CENTEL/ ZAFER, s. 273.

¹¹⁵ ÜNVER/ HAKERİ, s. 288.

Bu belirsiz durum Yönetmelik düzenlemesi ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Yönetmeliğin 7’ncimaddesinde “mağdurun ve diğer kişilerin dış ve iç beden muayeneleri” düzenlenmiş iken 8’nci maddesinde aynı “kişilerin vücutlarından örnek alınması” düzenlenmiştir. Yönetmelikte net olarak mağdur ve diğer kişiler ayrımı yapılmıştır. Oysa diğer kişiler kavramı kanun düzenlemesinde mağduru da içine alan şüpheli veya sanık dışındaki kişileri içine alan bir terimdir.¹¹⁶

Madde metninde mağdur ve diğer kişiler kavramı sadece bir soruşturma ile ilgisi olan ve yaşayan kişileri kapsamakta olup soruşturmaya ölen veya maktul olarak dâhil olan ölü şahıslar üzerinde yapılacak “beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması” işlemleri, CMK’nın 76’ncı maddesi hükmüne tabi olmayıp CMK’nın 86-87 maddelerinde düzenlenmiş “adli muayene ve otopsi” hükümlerine göre yapılır.¹¹⁷

Şüpheli ve sanık hakkında yapılan düzenlemede her ne kadar aksi yapılmış olsa da; diğer kişilerin dış beden muayenesi CMK’nın 76. maddesinde farklı olarak bir düzenleme içermemiş, iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasını aynı koşullarda kabul etmiştir. Diğer kişiler yürütülen soruşturma kapsamında suç işleme şüphesi altında olmadığından kanun koyucu, bu kişilerin beden muayenesine daha sert ve net güvenceler getirmiş, iç beden muayenesiyle aynı koşullara bağlamıştır.¹¹⁸

Yukarıda değinilen çelişkili durum açısından bir değerlendirme yapmak gerekir ise; CMK’nın 76’ncı maddesinin başlığında “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, madde metninde ise “mağdur” ve “soy bağının araştırılmasına gerek duyulan çocuk” ifadelerine yer verildiği açıktır. Buna rağmen Yönetmeliğin 3’üncü maddesinde mağdur “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi” olarak tanımlanmış 7 ve 8’inci maddelerinde ise “mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuk” dışında “diğer kişiler” ibareleri muhafaza edilmiştir.

Diğer kişiler kavramı üzerinde görüldüğü üzere bir belirsizlik söz konusudur. Öğretide bir kısım görüşe göre, diğer kişiler kavramı mağdur, çocuk ve diğer kişileri

¹¹⁶ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.295.

¹¹⁷ KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp., 07, s.261; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1002; MAHMUTOĞLU s.18; ÖZBEK/DOĞAN /BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.455; ÜNVER/HAKERİ, s. 278.

¹¹⁸ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.89.

kapsamaktadır.¹¹⁹ Diğer bir kısım görüşe göre ise “diğer kişiler kavramı mağduru da içine alacak şekilde geniş bir kavram olup madde metninde sadece mağdura yer verilmesi” yerinde değildir.¹²⁰

Öğretide diğer kişiler kavramının mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuktan daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıktığı savunulmaktadır.¹²¹ Örneğin; cinsel istismar veya cinsel saldırı suçlarına konu eylemler neticesinde meydana gelmiş gebelik ve doğum nedeniyle doğan çocuktan alınan örnek üzerinde karşılaştırma yapmak maksadıyla vücudundan örnek alınması mümkündür. Bu durumda diğer kişiler kavramının suç soruşturmasında belirleyici bir hale geleceği görülmektedir. Dolayısıyla kanun metninin diğer kişi kavramını tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açık bir şekilde ele alması gerekir. “Diğer kişiler” kavramı kanunun düzenlenmesine göre “mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuk” dışındaki kişileri de kapsadığı aşîkârdır.

Burada Yönetmelik kanunla getirilmemiş bir düzenlemeyi genişletmiş ve uygulama alanını farklılaştırmıştır. Kanunun belirlediği sınırlar dışına çıkacak şekilde diğer kişiler hakkında yapılacak soruşturma işlemlerinin Yönetmelikle düzenlenmesi bir ihtiyaçtan doğduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple CMK’da ilgili madde kapsamında yapılacak bir değişiklik ile açıkça “diğer kişilerin beden muayeneleri ve vücutlarından örnek alınması” da kanunda düzenlenmelidir.¹²²

1.1.4. Tanıklıktan Çekinebileceklerin Beden Muayenesi ve Örnek Alınması

CMK’nın 76/4 maddesinde tanık olmaktan çekinebilecek kişiler, çekinme haklarının olması nedeniyle “beden muayenesinden veya vücuttan örnek alınmasından” kaçınabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ceza muhakemesi hukuku sistematığına uygun olarak “kişinin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması” ilkesi gereğince kanunda yer bulmuştur.¹²³

¹¹⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1010.

¹²⁰ CENTEL/ZAFER, s.274.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. NUHOĞLU, s.331.

¹²² ÜNVER/ HAKERİ, s. 288.

¹²³ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 465.

“İnsan onuruna saygı gösterme ve insanın özünün dokunulmazlığı” gibi unsurlar kanun koyucuya bu madde düzenlenmesinde yön vermiştir.¹²⁴ Ancak uygulamada tanıklıktan çekinme sebepleri kendisinde bulunan kişiye, öncelikle bu hakkı olduğu hatırlatılarak “beden muayenesinden veya vücuttan örnek alınmasından” da bu kapsamda kaçınılabileceği müdahaleye başlamadan önce ihtar edilmedir.¹²⁵

Ceza muhakemesi kanunumuzun büyük oranda esinlenildiği Alman Hukukunda tanık sıfatı taşıyan şahısların iç beden muayeneleri için rızalarının olması gerektiği ve bu şart gerçekleşmediği takdirde zorla muayene yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak dış beden muayenesi için farklı bir uygulama benimsenmiş, tanık sıfatı taşıyan kişiler açısından rıza göstermeseler dahi zorla muayeneleri yapılabilecektir.¹²⁶

CMK düzenlemesi ve Yönetmelik gereğince çocukların da diğer kişiler kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Bu sebeple suça sürüklenen veya mağdur olmayan çocuklar, diğer kişiler kavramı kapsamında dış beden muayenesi bağlamında ele alınırlar.¹²⁷ Soy bağı araştırılacak çocuk açısından ise CMK’nın 76/3’ncü maddesi uyarınca beden muayenesinin yapılmasında bir sakınca yoktur.

Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar çocuk ve akıl hastası ise çekinmesi konusunda kararı verme yetkisi veli veya vasisine aittir.¹²⁸ Çocuk veya akıl hastasının, yaşı ve mevcut durumu dikkate alınarak tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda iseler, onların da görüşü sorulur. Ancak CMK’nın 45/2 maddesinde çocuk veya akıl hastasının veli veya vasisinin, şüpheli veya sanık olması durumunda bu kararı veremeyecekleri düzenlenmiştir. Bu durumda CMK’nın 76/4 maddesi gereğince bu konuda hâkim tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, bu durumda da kanunî temsilci dava devam eden safhalarında şüpheli/sanık konumunda bulunmazsa bir diğer deyişle şüpheli veya sanık sıfatı bir yargı kararı ile

¹²⁴ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 265.

¹²⁵ SOYASLAN, s. 265.

¹²⁶ NUHOĞLU, “Beden Muayenesi”, s.332.

¹²⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 526.

¹²⁸ TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Bası, Ankara, Mayıs 2011, s.212.

düşerse, yeniden iznine başvurulur. İzin verilmemesi durumunda elde edilen delil kullanılamaz.

Bu haliyle çocuğun çekinme hakkı ve olayın özelliği yok sayılarak veli/vasisi aracılığıyla delilin kullanılmamasına karar vermesi durumunda; şikâyet hakkı da çocuğun kanuni temsilcisine devredilmiş olacaktır. Sonuç olarak, çocuğun şikâyetçi olduğu ve olayın özelliği itibari ile ispat açısından önemli bir delilin veli/vasi kararıyla kullanılmamasına karar verildiği durumlarda, soruşturma dosyasında başkaca bir delil olmaması durumunda sanık veya şüpheli lehine karar verilecek ve çocuk şahısın şikâyeti etkisiz kalacaktır.¹²⁹

Şüpheli/sanık için tanıklıktan çekinme gerekçelerine dayanarak muayeneden ve örnek alınmasından kaçınma şansı bulunmamaktadır.¹³⁰ Öğretide CMK’da düzenlenen tanıklıktan çekinme sebepleri hususunda bir ayrıma gidilmemesi, “beden muayenesinden veya vücuttan örnek alınmasından” tamamen kaçınma imkânı verilmesi eleştirilmektedir.¹³¹

CMK’nın 76/4 maddesinde çocuklarla ilgili yapılan düzenlemenin iç hukuk kuralı gibi uygulanan ve Anayasamız gereğince bağlayıcı olan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin” 12’inci maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.¹³² Şöyle ki; sözleşmenin ilgili maddesinde “*taraf devletlerin, çocukların görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması durumunda kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını öncelikle çocuklara, yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacağı*” düzenlenmiştir. Bu kapsamda, çocuk hakkında bir adli soruşturma veya kovuşturma bulunması durumunda; çocuğun beyanının alınması veya kanuna uygun olarak atanmış temsilci yoluyla dinlenilmesi fırsatının çocuğa sağlanmasının kanun düzenlemesinde olması gerekir.

CMK’nın 76/4 maddesinde çocuğun görüşünün alınmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Alınan bu görüş doğrultusunda işlem yapılmasının zorunlu olup olmadığı

¹²⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1011.

¹³⁰ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 869.

¹³¹ TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 298; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 869.

¹³² DOĞAN,Recep, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi..”, s.122.

hususunda herhangi bir aydınlatıcı düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, uygulamada 15 yaşını doldurmuş olan bir çocuğun çekinme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olarak kabul edilmektedir. Bu durumda çocuk, tanıklıktan çekinme hallerinin bulunması durumunda bu gerekçeye dayanarak muayeneden veya örnek vermekten de kaçınma hakkını tek başına kullanabilmektedir. Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamaları çocuğu bu hakkını tek başına kullanabileceği yönündedir. Hatta Yargıtay şikâyet hakkının dahi çocuk tarafından kullanılabilmesi yönünde görüş belirtmektedir. Şöyle ki; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15 yaşını dolduran çocukların şikâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde görüldüğü için çocukların kanuni temsilci onayı olmaksızın tek başına bu haklarını kullanabilecekleri gibi şikâyetlerinden de vazgeçebilecekleri belirtilmiştir.¹³³

CMK'da ele alınan husus “beden muayenesinin veya örnek alınması” konusunda çocuk zihninde uyanan hukuki anlamı ve sonuçlarını algılayabilmesi durumunu ifade eder. Diğer bir deyişle çocuğun bir soruşturma işlemi kapsamında vücuduna müdahaleye izin vermenin hukuki anlamı ve sonuçları hususunda yetkin olması hali olarak ele alınabilir.¹³⁴ Kanun hükmüne göre, beden muayenesini kavrayabilecek konumda olan çocuk, bu hususta bir karar verebilir ise beden muayenesinin yapıp yapılmamasına kendi başına karar verecektir. Ancak mevcut haliyle CMK'nın 76/4 maddesi, CMK'nın 45/2 maddesinde kabul edilen şartlara uymadığı gibi,¹³⁵ karar verebilme yetkisinin de tek başına kişiye verilmesinin kabul edildiği günümüz anlayışına da uygun değildir.¹³⁶

Kanaatimizce Medeni Kanuna göre 15 yaşını dolduran çocuğun temyiz kudretini haiz olduğu, çekinme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu TCK'nın

¹³³ Yargıtay Genel Kurulu'nun 15.04.1942 tarih ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “ayırt etme gücüne sahip küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Nitekim, ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 12.5.2014 tarih ve 2013/32195 E., 2014/18534 K. sayılı ile Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 7.5.2015 tarih ve 2013/7341 E., 2015/6190 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.”

¹³⁴ CENTEL/ZAFER, s. 299.

¹³⁵ CMK'nın 45. madde düzenlemesiyle 76/4 düzenlemesi arasında çelişki olduğuna dair bkz.: AKBULUT, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, “Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan”, Yıl 2013, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 562, dipnot 75.

¹³⁶ Biyotıp Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde bir tıbbi müdahale için kişinin karar verme yeteneğinden bahsetmektedir. Bunun yanında Alman Ceza Muhakemesi 81 c maddesinde ise kişinin müdahale sırasında karar verebilecek yeteneğinin olup olmadığını düzenlemektedir.

26/2 maddesi gereğince bu hakkın çocuğun mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olduğu değerlendirilmelidir.¹³⁷

Ceza Kanunumuzda ise bazı suçlarda 15 yaş sınırı esas alınmakta ve Yargıtay 15 yaş iktimal etmiş çocuğun rızasını¹³⁸ olup olmadığını kabul etmekte ve buna dayanarak şikâyet hakkının mutlak olarak bu kişilere ait olduğu benimsenmektedir. Bu görüş, CMK'nın 76/4 maddesinin Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları ve kanunla uyuşmamaktadır. Şöyle ki; veli veya vasinin muayaneden çekinme hususunda tek başına yetkili olması sebebiyle, çocuğun muayenesine rıza göstermemesi durumunda, 15 yaşını iktimal etmiş çocuğun şikâyetine rağmen bedeni muayene edilemeyecek ve önemli bir delil temin edilemediğinden beraat kararı verilmesi kuvvetle muhtemel olacaktır.¹³⁹ Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Rızanın Kapsamı ve Aranamayacağı Haller" başlıklı, 31. maddesinde çocuğun üstün yararı dikkate alınarak bazı hallerde rıza aranamayacağı düzenlenmiştir.¹⁴⁰

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. Bu sebeple çekinme hususunda karar verme hakkının bu işlemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuğa ait olması faydalı olabilirdi.

¹³⁷ “Rıza için rıza gösterenin hangi menfaatlerden ne oranda vazgeçtiğini, bu vazgeçmenin ne gibi sonuçları olacağını algılayacak durumda olması gerektiği aranmaktadır” WALTER, Gropp, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Ön tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 227(Çev. Faruk TURHAN)

¹³⁸ Yargıtay bu konudaki bir kararında; “Sanığın suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip mağdurenin rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetten kısıtlama eylemi 109/1-3/f.5 maddesi kapsamında ise de, mağdurenin rızası 26/2 gereğince fiili suç olmaktan çıkarak hukuka uygun hale getirmektedir”, CGK, 11.03.2008 gün ve 253-52, İLHAN, Abdulkadir/EREL, Kemalettin/FAZLA, Yüksel/ÖRER, Fatma Betül/ÇAKIL, Dursun/KÖSE, Mehmet/HALİTOĞLU, Coşkun/BOZOĞLU, Süleyman/KURŞUN, Ömer Faruk/KIR, Oğuzhan, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları” (2005-2015), Ankara 2015, s. 96.

¹³⁹ HAKERİ, s. 224.

¹⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Rızanın Kapsamı ve Aranamayacağı Haller” başlıklı, 31. maddesi; “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir. Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir”

Bir suç soruşturmasında kanuni temsilci tarafından kullanılan çekinme hakkı ile çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemle ilgili olarak önemli bir delilin temin edilmesi engellenebilir. Öğretide¹⁴¹ kanuni temsilciye kanun maddesi gereği bu hakkın tanınması sebebiyle aleyhine delillerin kullanılıp kullanılamayacağı hususunda kanuni temsilcinin görüşünün alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kanuni temsilcinin onay vermemesi durumunda; delil mahiyetinde bulunan beden muayenesi işlemi şüphelinin aleyhine kullanılamayacaktır. Diğer bir sorun ise, kanunî temsilcinin soruşturmanın başında şüpheli veya sanık olması, ancak sonradan takipsizlik kararı veya başka bir şekilde şüpheli veya sanık olmaktan kurtulmuş olması halinde; hâkim kararıyla kişinin beden muayenesi yapılır ve sonucunda temin edilen delil, “kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamamasına ilişkin kanuni düzenleme” gereğince delil kullanılmamaya devam edilecek midir?

Kanaatimizce; kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık sıfatı kalmadığından rızasının alınmasına gerek kalmayacaktır. Fakat bu durumda da beden muayenesinin yapılmasına rıza gösterip göstermeyeceği önemli olacaktır. Bu durum olsa dahi hâkim kararı ile çocuğun beden muayenesi yapıldığı için soruşturma işleminin ilk halinde olan sıhhati dikkate alınarak delil olarak kullanılabilir. Uygulamada bu tür olaylara genellikle aile içinde işlenen suçlar ve cinsel suç soruşturmalarında rastlanmaktadır.¹⁴²

Sonuç olarak, kanun koyucu tarafından beden muayenesinden çekinmeye dair kanun maddesi ile tanıklıktan çekinmeye dair CMK’nın 45/3 maddesi arasında uyum gözetilmelidir. Bunun yanında uygulamada sık sık karşılaşıldığı üzere kanuni temsilcinin mağdur çocukla ilgili makul olmayan ve çocuğun aleyhine olarak kabul edilebilecek çeşitli nedenlerle beden muayenesine izin vermeyebilir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından çekinmeye ilişkin düzenlemenin yeniden ele alınması uygun olacaktır.

¹⁴¹ SOYASLAN, s. 259.

¹⁴² AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.102.

1.1.5.Beden Muayenesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17. maddesi¹⁴³ gereğince vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı Anayasa tarafından korunmaktadır. Ancak Anayasal bir kısım temel haklar gibi “vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı” da Anayasanın belirlediği şartlara göre sınırlandırılabilir. Devletin “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi anayasal görevleri de vardır. Bu kapsamda gerekli tedbirler alınmalıdır.

Anayasal güvence sağlanan temel haklar Anayasa Mahkemesine göre; “temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi” gibi sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasamız insanı birey olarak göstermek yerine, sosyal bir varlık olarak toplum içinde yaşayan bir varlık olarak düzenlemiştir. Nitekim devletin yargı yetki ve görevi kapsamında “suçların aydınlatılması vs. gibi sebeplerle bir kamu yararının¹⁴⁴ bulunması” durumlarında, insan haklarına yönelen bazı sınırlamalara katlanmasını devleti oluşturan ve vatandaşlık bağı ile o devlete bağlı bireyden beklemektedir.

Anayasa Mahkemesi¹⁴⁵ temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda rejimi belirleyen Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca temel hakların yalnızca kanunla

¹⁴³ “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” Anayasa Madde 17 – “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGereke=False&wordsOnly=False>”, (Erişim Tarihi: 29.11.2020) : Anayasa Mahkemesine göre kamu yararı kavramı: “Anayasa Mahkemesince ‘kamu yararı’ konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır [...] kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayırık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.”

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-4>

ve demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması durumunda sınırlanabileceği öngörmüştür. Bu sınırlamaların hiçbir şekilde hakkın özüne dokunamayacağına değinmiş, devletin temel esası olan Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine¹⁴⁶ aykırı olamayacağına karar vermiştir.¹⁴⁷

Ayrıca kanunda öngörülen ve sınırlama getiren yasal düzenlemenin önemli Anayasal ilkelerden olan belirlilik ilkesine¹⁴⁸ uygun olması gerekir. Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasamız ve Anayasa Mahkemesine benzer şekilde sınırlamanın kanun tarafından yapılması, sınırlamaya dayanak kamu yararının ağır basması,

7 b a - 8 6 b e -dadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", (Erişim Tarihi: 29.11.2020)

¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: "http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", (Erişim Tarihi: 29.11.2020) "*Ölçülülük amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder; ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmalı, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir*", Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih- Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: "http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", (Erişim Tarihi: 29.11.2020), "*Kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunun belirtildiği kararlarında ölçülülük ilkesi şu şekilde açıklanmaktadır: Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, 'orantılılık' ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da 'ölçülülük ilkesi' gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.*"

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: "http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47b a - 8 6 b e - dadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", krş. Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı:16.12.2020 - 29564, "http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", (Erişim Tarihi: 29.11.2020)

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi E: 2014/122, K: 2015/123, T: 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016 - 29640, "http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/004ab030-d a 0 2 - 4 6 2 b - 9 9 9 0 -4cad78525c9?highlightText=kişisel%20veri&excludeGerekce=False&wordsOnly=False", (Erişim Tarihi: 29.11.2020): "*Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadaki belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*"

orantılılık ilkesine uygun hareket edilmesi,¹⁴⁹ kamusal yararın niteliğine bakmaksızın hakkın çekirdeğine kesinlikle dokunulmaması,¹⁵⁰ belirlilik ilkesi gereklerine uygunluk, açık ve anlaşılır olma¹⁵¹ gibi ilkelere riayet edilmesi gereğini vurgulamıştır.

Şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin katılma yükümlülüğü bulunmamakla beraber katlanmakla yükümlü oldukları muayenenin kapsamı, § 81c, Alman CMK(StPO)’de şüpheli veya sanığın muayenesine oranla oldukça sınırlandırılmıştır.¹⁵² Buna göre, kanunla sınırlandırılan özgürlük çerçevesinde bir suç soruşturması kapsamında mağdur, şüpheli veya sanığın ve diğer kişilerin belirli oranda özgürlükleri kısıtlanarak CMK’nın 76’ncı maddesinde¹⁵³ düzenlenen mağdurun beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasının hukuk devletinde olabilecek türden uygulamalar olduğu kabul edilmelidir.

Ceza muhakemesi uygulamalarında bir suç soruşturması söz konusu olduğunda maddi gerçeğe ulaşmak için “suça konu olayın aydınlatılmasını sağlamak ve muhakeme sonucunda verilecek kararların uygulanmasını temin etmek ve kolaylaştırmak” için bazı tedbirler alınmaktadır. CMK’da düzenlenen bir kısım tedbirler, keşif ve bilirkişi incelemesine de benzemektedir.¹⁵⁴ “Beden muayenesi ve

¹⁴⁹ BVerfG StV 2001, s. 380; BVerfG 65, s. 44; BVerfG NJW 2004, s. 1001. (Naklen)AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku..., s.44.

¹⁵⁰ BVerfG 34, s. 245; BVerfG 80, s. 373. (Naklen)AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku..., s.44

¹⁵¹ BVerfG 65, s. 44; BVerfG 92, s. 197. (Naklen)AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku..., s.44

¹⁵² WOLTERS, s.39.

¹⁵³ Madde Gereçesi: “Bu düzenlemede, mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması hususunda, iç ve dış beden muayenesi ayırımına yer verilmemiştir. Mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması hususunda da, hâkim mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilir. Ancak, bunun için, mağdurun sağlığının tehlikeye düşürülmemesi gerekir. Keza, mağdurun vücutu üzerinde cerrahi müdahalede bulunulamaz. Maddenin ikinci fıkrasına göre, mağdurun açık rızasının varlığı halinde, birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hükümle mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulunmaktadır. Mağdurun rızasının ikinci fıkra olarak eklenmesi nedeniyle, 76 ncı maddenin ikinci fıkrası teselsül ettirilmek suretiyle üçüncü fıkra olarak düzenlenmiştir. Buna göre, örneğin cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması durumunda, hamile kalan çocuğun soy bağının tespitine ihtiyaç bulunabilir. Bu durumda, maddenin üçüncü fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun mağduru konumunda olmayan çocuğun soy bağının araştırılmasına yönelik tıbbî tahlillerin yapılabilmesi için, birinci fıkrada öngörülen şekilde karar verilmesi gerekmektedir. 76 ncı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları ise, dördüncü ve beşinci fıkralar olarak aynen muhafaza edilmiştir.”

¹⁵⁴ ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.257-258.

vücuttan örnek almanın” hukuki niteliği hususunda öğretide savunulan bir görüşe göre, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” vücuda müdahale niteliğinde olduğu ve soruşturmada bir araç olma özelliği sebepleriyle karma nitelikli bir soruşturma işlemidir.¹⁵⁵

Başka bir görüşe göre ise; “beden muayenesi bir yönüyle bilirkişi incelemesi ve keşif; diğer yönüyle de kişinin beden bütünlüğüne bir müdahale oluşturması nedeniyle koruma tedbiridir.”¹⁵⁶ Benzer nitelikteki bir diğer görüşe göre ise, “muayenenin hekim ya da sağlık mesleği mensupları tarafından yapılmasının zorunlu olduğu hâllerde hem bilirkişilik hemde keşif niteliğini barındırmakla birlikte beden muayenesi, temel hak ve özgürlüklerden özellikle kişi dokunulmazlığına karşı ağır bir müdahale oluşturduğu için bir koruma tedbiri olduğu da söylenmelidir.”¹⁵⁷ Bu görüşlere paralel olarak “beden muayenesinin hem bilirkişi incelemesi hem de koruma tedbiri niteliğinde olduğu da belirtilmektedir.”¹⁵⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun sistematığına göre, “beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın” bulunduğu bölüm itibariyle, bir kısım soruşturma işlemleri ile birlikte düzenlenen “gözlem altına alınma, keşif ve otopsiden” farklı olduğu ifade edilebilir. Nitekim gözlem altına almanın amacı şüpheli ya da sanığın eylemi gerçekleştirdiği esnada ceza ehliyeti olup olmadığını belirlemek, keşifin amacı olay yerinin tespitiiken otopside ise ölü kimsenin bedeninin usulunce incelenmesidir. Bu nedenle, anılan soruşturma işlemlerinin doğrudan bir delil olma özelliği bulunmamakta sadece delillerin değerlendirilmesi hususunda yardımcı olmaktadır.¹⁵⁹

Uygulamada bazen suçtan bedensel anlamda zarar görenin kolluk görevlileri tarafından alınarak muayene edilmek üzere nezaret altında sağlık kuruluşuna götürülmesi bir nebze olsun özgürlüğünden mahrum kalması sonucu doğurur. Bu durumda sadece suçtan zarar görenin vücut bütünlüğüne bir tıbbi müdahalenin yapılmasının yanı sıra hürriyetine ve özgür iradesine de müdahale bulunulmuştur.

¹⁵⁵ CENTEL, ZAFER, s.264.

¹⁵⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/SAYGILAR /ALAN, s. 454; ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 569.

¹⁵⁷ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 460.

¹⁵⁸ MAHMUTOĞLU, s. 2.

¹⁵⁹ İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi., s. 22.

Ceza Muhakemesi Kanunu sistematüğinde düzenlendiğı bölüm dikkate alındığında, bu bölümdeki düzenlemelerin ortak özelliğı uzmanlık gerektiren bir inceleme gerektirmeleridir. Bu sebeple, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” da koruma tedbiri niteliğindedir. Fakat bu tedbirin karma bir niteliğı de dikkat çekmektedir. Kanunda düzenlenme şekli itibari ile de CMK’da yeralan bir kısım koruma tedbirlerine benzediğı değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce hukuki bir çare olarak görülen “koruma tedbiri olma niteliğı ağır basan karma nitelikteki bu işlemin koruma tedbirleri arasında düzenlenmesi daha isabetli” olacaktır.¹⁶⁰ İşlem uygulanırken “belirli bir şüphe yoğunluğunun varlığı halinde uygulanabilmesi, hükümden önce bir temel hakkı sınırlaması, geçici nitelikli olması, delil elde etme amacıyla gerçekleştirilmesi, hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı kararına dayanılarak uygulanması koruma tedbirleri ile ortak özelliklerindendir.”¹⁶¹

Örneğın; bir kısım görüşe göre öğretide; beden muayenesi insan teftişı olarak isimlendirilmiştir.¹⁶² Basit muayene yapılırken aramaya dair arana şartlar kıyasen uygulanmalı, diğeri muayene türleri hâkimler tarafından keşif hükümleri çerçevesinde bilirkişilik kurumunca yaptırılmalıdır.¹⁶³

Keşif konusunun yaşayan kişiler olduğı durumlar, mahkemenin kişilerin vücudunda değişiklik ya da durumlara ilişkin muayene niteliğinde olmayan incelemelerde bulunması halleridir. Örneğın mağdurun vücudundaki yaralanma yerinin incelenmesi keşif niteliğindedir. Aslında görülmekte olduğı gibi tüm bu işlemler delil elde edilmesi, elde edilen delilin güvenilirliğinin denetlenebilmesi ve delil tespitin belli bir sonuca bağlanabilmesi için gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla nitelikleri gereğı benzerlik gösteren ve kimi zaman paralel uygulanan kurumlardır. Keşfi gerçekleştiren yargılama süjesi gerektiğinde yani keşif faaliyeti konusu teknik ve

¹⁶⁰GÖKÇEN Ahmet/BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim/ALŞAHİN, Mehmet Emin, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2.Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018, s.3.

¹⁶¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 436.

¹⁶² KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.788;CENTEL/ ZAFER, s.295.

¹⁶³ CENTEL/ZAFER, s.295.

özel bir bilgiyi gerektiren bir inceleme yapılması zorunluluğundaysa, incelemenin bilirkişi tarafından yapılmasına karar verebilecektir.¹⁶⁴

Bilirkişi ise, “ispatı gereken ve hâkimin uzmanlık alanına girmeyen konularda uzmanlık bilgisine sahip olan, bu bilgiyle çeşitli olgu ya da tecrübe durumlarına ilişkin bilgi aktarabilen ya da belirli olayları değerlendirip sonuç çıkarabilen ve görevlendirilmesi üzerine ispata ilişkin çözümü gereken bir sorunun değerlendirilmesinde mahkemeye veya hâkime, kanunun olanaklı kıldığı durumlarda Cumhuriyet savcısına ve daha genel bir ifadeyle de ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan makamlara yardımcı olan kimsedir”¹⁶⁵

Bilirkişi hukuksal niteliği itibariyle mahkemenin veya hâkimin kararıyla ya da kanunun izin verdiği durumlarda Cumhuriyet savcısına yardımcı niteliğindedir.¹⁶⁶

Bilirkişi yargılama sırasındaki özelliği itibariyle “hâkimin uzmanlık alanına girmeyen ve özel bir uzmanlığı gerektiren ispata ilişkin sorunların çözümünde” hâkime yardımcı olan kimsedir. Dolayısıyla da CMK’nın 67/3 maddesi gereğince, “bilirkişi hâkimin yerine getireceği fonksiyonu üstlenerek hâkimin görev alanına giren konularda görüş açıklayamaz ve değerlendirme yapamaz.”

Kimi durumlarda ise hâkimin bilirkişiye başvurması hali zorunlu kabul edilmiştir. Yargıtay bir kararında “hâkim bir uyuşmazlık çözerken hangi hususlarda uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder. Ancak, sanığın bilincinin incelenmesi gibi belli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren, özel bilgiyi gerektiren incelemelerde bilirkişi tayinini zorunlu olarak yapar” şeklinde hüküm vermiştir.¹⁶⁷

Bu karardan da anlaşılacağı üzere “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” gibi soruşturma işlemi muhakkak bir uzmandan yardım almak suretiyle yerine getirilmelidir. Bu yönüyle bu işlemlerin bilirkişi incelemesine benzediği söylenebilir.

Öğretide bir kısım görüşe göre; mahkeme, hâkim ya da Cumhuriyet savcısı bakımından, kanunda öngörülen herhangi bir incelemenin yapılmasının gerekli olması halinde, bu incelemenin konusunda uzman olan kimseler tarafından

¹⁶⁴ CENTEL/ZAFER, s.315.

¹⁶⁵ YILDIZ, Ali Kemal “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, EÜHFD, 2006, S:3-4, s.274.

¹⁶⁶ YILDIZ, s.276.

¹⁶⁷ Yargıtay 1.CD. 01.03.1991, 1991/391E., 1991/599K., www.kazancı.com (Erişim Tarihi:01.12.2021)

gerçekleştirilmesi ve bu konularda muhakeme makamlarının kendileri bir değerlendirme yapması ve sonucuna göre karar verebilmelidir. Ancak, bu tür incelemelerin gerekip gerekmediği konusunda yargılama organlarınca bir karar verilmesi de mümkündür. Örneğin; kişinin beden muayenesinin yapılması durumunda muayene işlemi ancak bir hekim ya da sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabilmesi durumuyla birlikte, soruşturmaya konu bir olayda bu muayenenin gerekip gerekmediği konusunda Kanunda öngörülen şartlar kapsamında yargı organlarınca bir değerlendirme yapılarak karar verilecektir.¹⁶⁸

1.1.3.1 Beden Muayenesi Ve Arama İlişkisi

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

Dış beden muayenesi, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, "Tanımlar" başlığı ile düzenlenen 3'ncü maddesi: "*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini...ifade eder*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. 5'nci maddesinde ise "şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi" başlığı altında düzenleme yapılmıştır.

Yönetmelik madde 5 "*(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.(2)Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. (3)Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (4)Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.*" hükmolunmuştur.

Şüpheli/sanığın dış bedeninin muayenesinin yapılması işlemi, CMK'da düzenlenmemiştir. Sadece dış beden muayenesi diğer kişiler bakımından uygulama

¹⁶⁸ YILDIZ, s.286-287.

ele alınmıştır. Diğer kişilerin dış beden muayenesi farklı hükümlere bağlanmamış, CMK'nın 76'ncı maddesinde esasen "iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıyla" aynı koşullar öngörülmüştür.¹⁶⁹

Arama ise, bir suça konu şüpheli, suç delillerinin veya müsadere edilmesi muhtemel eşyaya el konulması maksadıyla ev, işyeri, araç veya diğer yerlerde gerçekleştirilen araştırma ve inceleme faaliyeti olarak tanımlanabilir.¹⁷⁰ CMK'nın 116'ncı maddesi gereğince *yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın* ; 117'nci maddesinde ise *"şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin"* üstünün aranabileceğine hükmolunmuştur.¹⁷¹

Üst aramasını *"Üst araması, beden muayenesine dönüşmeyecek tarzda kişinin üzerinde yapılan arama olup, aynı zamanda kişinin beden dokunulmazlığına da dokunan bir arama türüdür."* şeklinde tanımlamıştır.¹⁷² Ancak beden muayenesi ve arama, bu noktada üst araması elbette ki ayrı işlemlerdir. Buna göre bedenin muayenesinde, vücut boşluklarının ve organların tıbbi müdahalelerle ve tıbbi araçlar kullanılarak incelenmesi söz konusu iken, üst aramasında "elbisenin, vücudun veya vücut boşluklarının elle yoklanması veya gözle incelenmesi" şeklinde bir arama yapılmakta olup, tıbbi nitelikte bir müdahale bulunmamaktadır.¹⁷³

Örneğin; bir kişinin ağzındaki veya koltuk altındaki şeyin çıkarılması ve alınması eyleminde dış beden muayenesine ilişkin hükümler olmayacaktır. Burada aramaya ilişkin hükümler uygulanması yeterlidir. Zira burada vücudun dış yüzeyinin aranması ve incelenmesi söz konusudur.¹⁷⁴ Görüldüğü gibi arama yalnızca elle yoklama yahut gözle inceleme ile sınırlıdır, arama tedbiri herhangi bir araç kullanımına veya vücuda müdahaleye izin vermez.¹⁷⁵

¹⁶⁹ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.89.

¹⁷⁰ CENTEL/ZAFER, s.409; KILIÇ, Ümmügülüm, "Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", "Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi", İstanbul 2010, s.105.

¹⁷¹ KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s.105.

¹⁷² KESKİN KIZIROĞLU Serap "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", "AÜHFED, 2009, C.58, S.1", s.146.

¹⁷³ ŞANLI, Nurcihan, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul 2014, s.78.

¹⁷⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.621.

¹⁷⁵ KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s.106

Beden muayenesi ile bir suç soruşturmasında eylemin, mağdur bedeninde oluşturduğu bulgular, suç işleyen kişinin tespitine yaramayan ve suçun işlenme şekline dair veri elde etmeye uygun olmayan, “dış boşluğu, deri tahribatı, hastalık durumu gibi eylemlerin sonuçları” gibi hususlar da incelemenin konusu olabilmektedir. Burada karar mercii bakımından, yeterli şüphe ve makul bir gerekçe ile tespit edilmesi mümkün iz veya emarelerin tespitine ilişkin bir kanaat gereklidir.¹⁷⁶

Yine belirtmek gerekir ki, üst aramasını kanun çerçevesinde görevlendirilen bir memur, kolluk görevlisi yapabilirken, beden muayenesi ancak bir hekim veya sağlık personeli tarafından yapılabilmektedir. Vücudun aranmasının temel amacı vücut yüzeyinde, vücut boşluklarında, elbise altında yahut arasında saklanmış olan delillerin bulunmasıdır.¹⁷⁷ Beden muayenesinde ise, vücudun niteliği, yapısı daha doğrusu vücut kısımlarının incelenmesi amacı ağır basmaktadır.¹⁷⁸ Bu noktada uygulamanın amacı ve kullanılan araçlar bu iki kurumun birbirinden net bir şekilde ayrılmasına sebep olacaktır.

Öğretide bir kısım görüşe göre, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi hususunda CMK’da bir hüküm bulunmamasının sebebi, dış beden muayenesinin yapılmasına dair bir karar alınmadan bu işlemin yapılabilmesi, başka bir deyişle soruşturma/kovuşturma makamlarının bu işlemleri kendiliğinden yapabilecek olmaları olarak belirtilmiş, Yönetmelik düzenlemesinin de bu yönde yanlış olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁹ Yönetmelik hükmünün bu kadar ayrıntılı düzenlemesine karşı, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükmü çerçevesinde, dış beden muayenesinin CMK’da düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹⁸⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu ile Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; mevcut kanuni düzenlemelere göre, vücudun dış yüzeyinde yapılacak bir muayenenin arama olarak değerlendirilemeyeceği, bu işlemin dış beden muayenesi

¹⁷⁶ TURHAN, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s.295,296.

¹⁷⁷ ŞANLI, s.79.

¹⁷⁸ KILIÇ, “Nemo Tenetur İlkesi..”, s.106.

¹⁷⁹ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s.61.

¹⁸⁰ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.90, ÖZKAN, Ceren, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir 2018, s.85.

olduğu söylenmelidir. Sonuç olarak kişinin üzerinde yapılabilecek aramanın ancak kişinin üzerinde bulunan elbiselerin aranması ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir.¹⁸¹

1.1.3.2. Beden Muayenesinin Koruma Tedbiri Niteliği

Ceza muhakemesinde, kural olarak muhakemenin yapılması, muhakemenin sonunda verilmesi muhtemel mahkûmiyet kararlarının infaz edilmesi ve muhakeme masraflarının tahsil edilebilmesini sağlamak amacıyla, yargı organları tarafından, bazı gecikmesinde sakıncalı hal bulunan olaylarda, geçici ve hüküm verilmeden önce bir kısım insan hakkı ve kişi özgürlüğüne müdahale öngören tedbirlere verilen genel isim koruma tedbirleridir.¹⁸²

Koruma tedbirlerin evrensel hukuku ilgilendiren yönü de vardır. Bu tedbirlere ilişkin düzenlemelerin uygulanma şekli ve usulü bir ülkenin hukuk sisteminin güvenirliliği ile ilgili olumlu veya olumsuz bir kanaat oluşması için kriter olarak kabul edilir. Bu tedbirler o kadar belirleyici ve önemlidir ki; temel ilkeleri ülke anayasalarında yer alır. Anayasamız'ın 19. maddesinde konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. “Ceza muhakemesi önlemlerine karşı AİHS tarafından öngörülen güvenceler, soruşturmanın başladığı andan itibaren cezanın tespit ve tayini sonrası kanun yolu aşamasında da koruma sağlar.”¹⁸³

Öğretide “*koruma tedbirleri*” yerine “ihtiyati tedbir, usul tedbirleri, zorlayıcı önlem ve ceza yargılaması önlemi” gibi terimler kullanılmaktadır, ancak yazarların çoğunluğu koruma tedbirleri terimini tercih etmektedir.¹⁸⁴ Sonuç olarak ceza muhakemesi uygulamamızda genel olarak koruma tedbiri teriminin kullanıldığı söylenebilir.¹⁸⁵

Koruma tedbiri kanunlarda düzenlenen tehlike tedbirinin bir çeşidi olarak ele alınır. Yargılama makamlarının yargı görevlerini yaparken, hüküm vermelerini kolaylaştıran üçüncü vasıta, koruma tedbiridir. Herhangi bir yakın tehlikenin varlığı

¹⁸¹ KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s.108.

¹⁸² ÖZTÜRK vd., s.287.

¹⁸³ ÜNVER/HAKERİ, s.299.

¹⁸⁴ ÖZTÜRK vd., s.287.

¹⁸⁵ ÖZBEK vd., s.251.

durumunda önleme mümkün değilse, yargılamanın sonucunu tehlikeli sonuçtan ki ancak koruma tedbirleri ile koruyabiliriz.¹⁸⁶

Koruma tedbiri, yukarıda belirtildiği gibi muhakemenin yapılması ve sonucunda verilen kararın infazını kolaylaştırmak ve yargılama giderlerini karşılamak amacıyla hükümden önce kişi hak ve özgürlüğüne müdahale öngören kanuni uygulamalar olarak tanımlanabilir.¹⁸⁷ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması çabasında olan yargı mercilerinin araç olarak kullandığı koruma tedbirleri, suç işlendikten sonra delilin kaybolmadan temini veya verilen hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alınması gereken tedbirleri de ifade eder.¹⁸⁸

Koruma ifadesinden kasıt, tedbire konu delil veya elde edilme ihtimali olan bir delilin kaybolmadan temini amacını ifade etmektedir.¹⁸⁹ Koruma tedbirlerinin uygulanmasının ana amacı, sanığın mahkemede hazır bulunmasını temine, suç delillerini korumaya, verilmesi muhtemel mahkûmiyet hükmün infazını sağlamaktır. Bu yönden değerlendirilir ise; koruma tedbirleri “kişinin vücuduna, özgürlüğüne, mülkiyet hakkına, zilyetliğine yahut konut dokunulmazlığına” yönelik olabilir.¹⁹⁰

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” işlemlerinin Alman CMK’da da “bilirkişi ve keşif” başlığı altında ancak koruma tedbirlerine benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir.¹⁹¹ CMK’nın düzenlemesi de bu düzenlemeye paralel şekilde hazırlandığını ortaya koymaktadır.

Koruma tedbirleri henüz hüküm verilmeden önce kişi özgürlüğü gibi temel bir hakkı sınırladığından çoğu kez hakkında tedbir kararı verilen kişiler tarafından zorlayıcı bir unsur olarak ele alınır. Bu zorlama eylemi ile beden muayenesinde, bu soruşturma işlemine karar verildiği aşamada, henüz suçsuzluk karinesi altında bulunan, suçluluğu yargı kararıyla sabit hale gelmemiş bir kişiye karşı, kişinin “vücut

¹⁸⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.299.

¹⁸⁷ ÖZBEK vd., s.252, KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s.96.

¹⁸⁸ DAĞ, s.256.

¹⁸⁹ 189 ÖZBEK vd., s.252; ÜNVER/ HAKERİ, s.300

¹⁹⁰ ÜNVER/ HAKERİ, s.300

¹⁹¹ DAĞ, s.241

dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve hareket özgürlüğü gibi haklarına” müdahale edilmektedir.¹⁹²

İnsan hakları ve kişi özgürlüklerine müdahale özelliği taşıdıklarından ötürü koruma tedbirleri, Anayasa m.13 ile AİHS m.8/2 maddeleri gereğince ancak yasada düzenlenmeleri koşulu ile uygulanabilir.¹⁹³ Bu bağlamda “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” soruşturma işlemi CMK’nın ilgili maddelerinde bazı koşullar öngörerek düzenlendiği için uygulanmasında sakınca olmayacaktır. Çünkü “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının” kanunlarımızda yasal dayanağı mevcuttur.¹⁹⁴

Ceza Muhakemesi kanunumuz gereğince koruma tedbirinin uygulanabilmesi için bir suç soruşturmasında, suçun işlendiğine dair şüphenin belli bir yoğunlukta olması gerekmektedir. Soruşturmanın başlangıcı için her ne kadar makul derecede şüphe yeterli ise de; koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bu şüphenin belirli derecede olması gerekir.¹⁹⁵ Şüphenin derecesi, koruma tedbirinin temel hak ve özgürlüklere getireceği müdahalenin özellikleri göz önüne alınarak, yasa koyucu tarafından kanunda ifade edilmiştir.¹⁹⁶

Şüphenin değerlendirilmesi soruşturma dosyası kapsamındaki delillerden soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılır. Koruma tedbirlerine hükmedilmesi için kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin dayanağını oluşturan şüphenin, soruşturmanın başında aranan başlangıç şüphesinden yoğun bir şüphe olması zorunludur¹⁹⁷ tedbirin türüne göre şüphenin derecesi “makul” ya da “kuvvetli” olarak nitelendirilir.¹⁹⁸

¹⁹² KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi, s.97; BAYZİT, Tuğba, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir, 2007, s.20.

¹⁹³ ÖZTÜRK vd., s.287.

¹⁹⁴ DAĞ, s.257.

¹⁹⁵ ÖZBEK, s.252.

¹⁹⁶ ÖZBEK, s.253.

¹⁹⁷ Benzer yönde karar için bkz. YCGK 25.11.2014 tarihli, 9-610/512 sayılı Kararı, “www.kazancı.com” (Erişim Tarihi: 18.10.2020)

¹⁹⁸ ÜNVER/ HAKERİ, s.303.

Koruma tedbirlerine başvurmak aranan başka bir şart da *görünüşte haklılık* unsurudur.¹⁹⁹ Koruma tedbirine başvurmanın kesin olarak haklı olup olmadığı bu aşamada tespit edilemez. Bu, ancak yargılamanın sonunda anlaşılabilecektir.²⁰⁰ Yanlış uygulanma riskinin olduğu göz ardı edilemez. Risk dikkate alındığında koruma tedbirine başvurulmasında “görünüşte haklılık” ile yetinme zorunluluğunun olduğu ifade edilebilir.²⁰¹ Terimin kullanılış şeklinden ve sonuç olarak bir tedbir olmasından ötürü bu durum kabullenilmelidir.

Belli bir amaca ulaşmada araç olma ve geçici olma özellikleri ile koruma tedbirleri haklı olup olmadığı ancak yapılacak yargılama sonucunda belirli olan soruşturma işlemleridir. Bu işlemlere haklılık henüz netleşmeden belirli bir oranda kanaat ile başvurulması zorunluluğu genel kabul gören bir gerçektir. Belirtilen ifadeler, bu soruşturma işlemlerinin haksız olarak uygulanmasının doğal olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Haksız olarak uygulanması bir risk olup ayrıksı olarak görülmesi ve rastlanılması gereken bir durumdur. Sonuç olarak koruma tedbirlerine asgari olarak “başvurulduğu anda haklı görünmesi şartı” aranmalıdır; haklılıktan kasıt, soruşturma işlemlerinin özellikleri gereği özde değil görünüşte bir haklılık olacaktır.²⁰²

Son olarak koruma tedbirleri kanaatimizce yasaların ve hukuk devletinin temel ve en önemli ilkelerinden olan ölçülülük/orantılılık ilkesine uygun olması gerekir. Bu ölçü, koruma tedbirine başvurmakla “elde edilecek yarar” ve uygulanma sonucu “ortaya çıkacak zarar” arasında kabul edilebilir, mantıklı bir değerlendirme sonucunda tedbirin uygulanmasına karar vermeyi sağlayan bir unsurdur.²⁰³

Bir suç soruşturmasında koruma tedbiri yerine, başka bir alternatif işleme başvurulması mümkün olduğu durumlarda kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan tedbirlere başvurulmaması ceza muhakemesi hukukumuzda “ikincillik ilkesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Çoğunlukla “ikincillik ilkesi”, “gereklilik ve aşırılık

¹⁹⁹ “Bunun için bu ön şarta ihtimal sebepleri demek de mümkündür. Muhakemenin her dalında söz konusu olabilen ihtimal sebepleri ceza muhakemesinde suçluluk şüphesi sebepleri olarak gözüktür ve isnadın esası hakkında bir araştırmayı gerektirir” Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi...,s.302.

²⁰⁰ CENTEL/ ZAFER, s.339; DAĞ, s.259.

²⁰¹ CENTEL/ ZAFER, s.339.

²⁰² ÜNVER/HAKERİ, s.305.

²⁰³ ÖZTÜRK v.d, s.290.

yasağı ilkeleriyle” birlikte anılmaktadır. Bu ilkenin “hukuk devleti ilkesi” ile yakından bir ilgisi bulunmaktadır.²⁰⁴ Soruşturmada gerekli görülmediği hallerde koruma tedbirlerine başvurulmaması bu anlamda değerlendirilmelidir. Böylece “ikincillik ilkesi de gözetilerek aşırılık yasağına da uyulmuş olacaktır.”²⁰⁵

Kanaatimizce, yukarıda açıklanan hususlar kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekir ise, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” soruşturma işlemi, birkoruma tedbiridir. Koruma tedbirlerinin uygulanma şartları ve özellikleri dikkate alındığında, “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” tedbirinde de bunlara rastlanır. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki; temel hak ve özgürlüklere, bilhassa vücut dokunulmazlığını ihlal eden nitelik taşıması, yasa koyucu tarafından tedbirin uygulanabilmesinin belirli koşullara bağlanmış olması ve koruma tedbirleri ile diğer ortak özellikleri tedbirlerin, koruma tedbiri özelliklerinin öne çıktığını göstermektedir.

²⁰⁴ KIZILARSLAN, Hakan, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi”, “TBB Dergisi, 2019, S:144”, ss.59-105, s.65.

²⁰⁵ ÖZBEK vd., s.254.

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİR İLE İLGİLİ TIP HUKUKU VE DİĞER BELİRLEYİCİ İLKELER

2.1.TIP HUKUKU İLKELERİ

2.1.1.Tıbbi Müdahalenin Rızaya Bağlı Olması

Tıbbi müdahale, “tıp mesleğini icraya yetkili hekim veya bir kişi tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti”²⁰⁶ ifade etmektedir. Öğretide yapılan başka bir tanımlamaya göre “Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelerle kadar uzanan her çeşit faaliyettir.”²⁰⁷ Tıbbi deontoloji bakış açısı ile tıbbi müdahale, hekim tarafından öncelikle genel bir incelemenin ardından, gerekmesi durumunda kişinin yararına bir müdahalenin gerçekleştirilmesi durumu olarak tanımlanmıştır.²⁰⁸

Bu bağlamda “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” tıbbi bir müdahale niteliği taşır. Vücuda yapılan tüm müdahaleler, tıbbi müdahale şartlarına tabi olmalıdır. Bu şartlar arasında en önemlisi ilgilinin rızasının alınmasıdır.²⁰⁹ İlgilinin rızası alınmaksızın insan bedenine yönelik tıbbi müdahaleler hukuka uygun olmayacaktır. İlgilinin rıza göstermemesi durumunda hekim veya ilgili sağlık personelinin yeteri kadar bilgilendirme yaptıktan sonra hâkim kararı olmaksızın hastaya müdahale edilemeyeceği de ifade edilmiştir.²¹⁰

²⁰⁶ AYAN, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s.5.

²⁰⁷ YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, İstanbul 2003, s. 24.

²⁰⁸ ŞEHİSUAROĞLU Bedi N./TERZİOĞLU, Arslan, Tıbbi Deontoloji, 2.Baskı, İstanbul Bayda Basım Dağıtım, İstanbul, 1983, s.53.

²⁰⁹ FİNCANCI, Şebnem Korur/YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 143.

²¹⁰ DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül, Tıp Etiğinde Esaslar, İstanbul 2015, İstanbul Tıp Kitabevi, s.51

Rıza, Arapça kökenli bir kelimedir. Sözlük anlamı itibari ile “istemek, izin vermek, olur bildirmek ve onamak” anlamlarına gelmektedir.²¹¹ Rıza kavramı yerine onama ve olur verme gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Fakat rıza kavramı TCK’da yer aldığı gibi, bu kavramın kullanımı bilim çevrelerinde benimsenmiştir. Kanaatimizce, alışlagelmiş kullanım olarak rızanın yerine kullanılan yukarıdaki ifadeler tam olarak rıza kavramının içeriğini ve kullanıldığında bıraktığı etkiyi karşılamamaktadır.

İlgilinin rızası sadece iç hukuk düzenlemelerinde yer bulmamış birçok uluslararası belge ve sözleşmeye de konu edilmiştir. Bunlardan güncel olarak en dikkat çekeni İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen tam adı “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”dir.

Bu sözleşme, 11.05.2011 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti adına imzalanmış, 2012/2816 sayılı ve 10.02.2012 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştı. Ancak Cumhurbaşkanlığı tarafından 20.03.2021 tarihli ve 3718 karar sayısı ile Resmi Gazete’de yayımlanan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 3. maddesi gereğince ülkemiz sözleşmeden çekilmiştir.²¹² Bu yönü ile Anayasa gereği iç hukuk düzenlemesi gibi uygulanan sözleşme uygulama alanı bulamayacaktır.

Ancak önemli bir uluslararası belge olması sebebiyle bir kısım hususlarda İstanbul Sözleşmesi’ne atıf yapılacaktır. Mağdurun rızası alınması koşulu sözleşmede net olarak belirtilmiştir.²¹³ Ancak Sözleşmede yer alan bu koşulu Anayasa’nın 17. maddesini dikkate alarak değerlendirmemiz ve bir sonuca ulaşmamız gerekir.²¹⁴ Bilindiği üzere 17. maddeye göre “kişinin vücuduna rızası olmaksızın müdahale edilemez, ancak kanun ile buna istisna getirilebilir.”

CMK’da veya bir kanunla düzenlenmesi şartıyla, diğer bir deyişle kanunda bulunması durumunda ilgilinin rızasının yokluğu halinde de bir tıbbi müdahaleyi

²¹¹ PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Büyük Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul 2007, s. 1457; TDK, Türkçe Sözlük, s. 1657. “<https://sozluk.gov.tr>” (Erişim Tarihi:04.12.2020)

²¹² “<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>” (Erişim Tarihi:08.06.2021)

²¹³ “11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi (kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi), 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Özel olarak kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddet ve ev içi şiddeti hedef alan ilk Avrupa sözleşmesi olma niteliğini taşıyan Sözleşme, bugüne kadar Türkiye dâhil Avrupa Konseyi üyesi 20 ülke tarafından onaylanmıştır. Türkiye, Sözleşme’yi imzaya açıldığı 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalamış, 14 Mart 2012 tarihinde ise onaylamıştır.” “<https://rm.coe.int/1680462545>” (Erişim Tarihi:21.12.2020)

²¹⁴ İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s. 30.

uygulamak mümkündür.²¹⁵ Zira AİHM vücuda yapılan herhangi bir müdahalenin dayanağının ancak kanunla düzenlenmesi koşulu ile olması gerektiğine ilişkin bir kararında, “şüphelinin gözaltında bulunduğu sırada zorla genital muayeneye maruz kalmasını, AİHS’nin 8. Maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali” olarak değerlendirmiştir. Bu kararda, “mahkeme kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelerin kanunla düzenlenmesi, kanunda herhangi bir hüküm olmaması nedeniyle” ilgilinin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir.²¹⁶

Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, kanun gereğince şüpheli/sanık, mağdur ve diğer kişiler üzerinde beden muayenesi yapılabileceği gibi, vücutlarından örnek de almak mümkündür. Fakat tedbir uygulanırken ilgilinin rızasının olmaması durumunda nasıl bir yol izleneceği kanunda düzenlenmemiştir. Uygulamada ilgilinin rızasının bulunmadığı hâllerde bile kişinin “beden muayenesi veya vücutundan örnek alınması” tedbiri uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tam bir karmaşa vardır.

Bu hususta yasal düzenlemelere bakılacak olursa; Yönetmeliğin 18. maddesine göre, “*mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.*” Buna göre, Yönetmelik metninden tam olarak anlaşıldığı üzere öncelikle bir suç soruşturmasında mağdur, şüpheli veya sanık ve diğer kişilerden birisi hakkında usulüne uygun olarak alınmış bir kararın icrası kapsamında müdahale konusunda ilgili bilgilendirilecek, buna karşın hâlâ müdahaleye razı olmazsa karar zor kullanılarak uygulanacaktır.

Yukarıda da değinildiği gibi koruma tedbiri niteliği ağır basan “beden muayenesi ve vücuttan örnek almada” da, koruma tedbirlerinin uygulanmasının özünde bulunan zorlayıcılık vardır. Diğer bir deyişle “beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına” kişinin rızası olmasada zorla muayene edilmesi veya örnek alınması

²¹⁵ ÜNVER /HAKERİ, s. 286.

²¹⁶ “Y.F./Türkiye’ye Karsı (Başvuru no. 24209/94) Karar, Strasbourg/22 Temmuz 2003”, Karar için bkz. CENGİZ, Serkan/TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, “TBBD, S. 52, 2004”, s. 371.

mümkündür.²¹⁷ Öğretide bir kısım yazar tarafından mağdur yönünden ayrıma giderek mağdurun rızasının varlığı bulunmadan “beden muayenesine ve vücuttan örnek alınması” kararı verilemeyeceği savunulmuştur.²¹⁸ Ayrıca zorla muayene yapılması durumunda mağdurun sağlığını tehlikeye sokacak bir durumun ortaya çıkabileceği için mağdurun rızası dışında genital muayenesinin yapılmaması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁹

Şüpheli açısından ise, suçu işlediğinden bahisle hakkında soruşturma yürütülen bir şahıs aleyhine delil olabilecek şeyleri vermeye zorlanamayacağı kural olarak kabul edilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi delil elde etmek amacıyla zor kullanabileceğini kabul etmektedir.²²⁰ Mahkeme, bu tür kararlar uygulanırken zor kullanılarak yapılan tıbbi müdahalenin, ilgili kişide büyük acılara sebep olması halinde bunun onur kırıcı bir muamele teşkil edeceğini de ifade etmiştir.

AİHS “işkence yasağını belirterek bir kimseye zor kullanarak açıklama yaptırmayı yasaklamıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de masumiyet karinesi ile birlikte hiç kimsenin işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmesinde de aynı hüküm mevcuttur.”²²¹

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda zorla beden muayenesinin yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte Yönetmeliğin 18’nci maddesinde mağdur, şüpheli/sanık ya da diğer kişilerin yeteri kadar aydınlatılmalarına karşın rıza vermemeleri halinde kararın uygulanabilmesi amacıyla Cumhuriyet Başsavcılığı’na gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmektedir. Gerekli önlemler konusunda kararın uygulayıcılarına takdir hakkı tanınmıştır. Bu durum yanlış uygulamalara neden olacak mahiyettedir. Ancak burada kararın yerine getirilmesi sırasında yapılacak

²¹⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 460; ÜNVER/ HAKERİ, s.290-291.

²¹⁸ İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi..., s. 31.

²¹⁹ ÇETİN, Gürsel, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma”, “İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi”, Yayın No: 48, İstanbul 2006, s.57-59

²²⁰ KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s.174.

²²¹ GENÇ, Esra, “İşkence Yasağının Türk Anayasa Mahkemesi Ve Aihm Kararları Işığında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler”, Ankara 2015, s.32-33.

zorlamanın, insanlık dışı bir muamele yahut insan onurunu zedeler bir nitelikte olmaması gerekir.

Bir soruşturmada delil elde etmek için zorla muayene yapılması ilk seçenek olmamalıdır. Kişi temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil etmeyecek bir başka bir yolla delil elde edilmesi imkânı bulunmayan durumlarda bu tedbire başvurulduğu takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık söz konusu olmayacaktır. Fakat yine de göz önünde bulundurulması gerekir ki; müdahaleye rıza göstermeyen mağdur, sanık, şüpheli veya diğer kişilere uygulanacak zorlamanın boyutunun Sözleşmenin 3. maddesi ile ilgili olarak kabul ettiği asgari düzey aşacağı ve müdahalenin onur kırıcı veya insanlık dışı muameleye dönüşebileceğidir.²²² Ancak, ilgili kişi, kanun çerçevesinde alınan bir hâkim kararının varlığı durumunda “beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına” katlanma mecburiyetinde kalabilir.²²³

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın zorla yapılmasının Anayasanın 38/5 maddesi kapsamında ele alınan “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmüne aykırılık oluşturacağı öğretide bir kısım yazar tarafından savunulmuştur.²²⁴ Fakat “beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya” katlanma zorunluluğu soruşturmanın gereği olarak uygulanan ve ilgilinin aktif olarak yardım etmek mecburiyeti olmayan bir durumdur.²²⁵

Tam bu noktada üzerinde tartışılması gereken başka bir husus da, ilgilinin tıbbi müdahale yapılmasına rızası olduğunu ifade etmesi halinde bir hâkimlik kararı gerekip gerekmediğidir. CMK'nın 76/2'nci maddesi gereğince mağdur açısından “rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için hâkim kararı alınmasına gerek olmadığı” düzenlenmiştir. Ancak şüpheli/sanığın “beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına” dair aynı yasanın 75'nci maddesinde bu yönde bir

²²² KILIÇ, Ümmügülsüm, “Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü”, “Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Cilt*: 9, Sayı: 18, Temmuz 2019”, Sayfa: 247-278, “<https://www.jurix.com.tr/article/19232>” (Erişim Tarihi:22.10.2020)

²²³ YENİSEY/ NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 661.

²²⁴ SOYASLAN, s. 262.

²²⁵ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s 241.

düzenleme mevcut olmadığından, şüpheli veya sanık rıza gösterse dahi hâkim kararının alınması gerekir.²²⁶

Hiç şüphe yok ki, insan temel haklardan biri olan ve anayasal güvenceye sahip beden bütünlüğüne müdahaleye rıza “hukuk devleti ilkesi ve insan onuru” sınırına tabidir.²²⁷ Bunun yanında devletin yükümlülükleri arasında olan “bir suçun aydınlatılması için şüpheli veya sanığın kendiliğinden başvurarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına rıza göstermeleri hâlinde dahi, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının istemi sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkemenin kararıyla yapılabilecektir.” Ancak öğretide şüpheli/sanığın aydınlatılmış rızalarının varlığı durumunda beden muayenelerinin doğrudan yapılabileceği de ileri sürülmektedir.²²⁸ Kanaatimizce, ceza muhakemesi kanuna doğrudan aykırı olacağından bu görüş yerinde değildir. Bir örnek ile somutlaştırmak gerekir ise, kişi tutuklanmaya da rıza gösterebilir fakat hakkında açılmış bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında usulüne uygun bir hâkim kararı ile tutuklanmayan herhangi bir şahıs ceza infaz kurumuna gönderilemez.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24.maddesinde rıza konusu geniş bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre; “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcurlu ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.*”

²²⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SİRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 458.

²²⁷ CENTEL/ ZAFER, s. 271.

²²⁸ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 864; SOYASLAN, s. 262.

Yönetmelik maddesinden anlaşılacağı üzere “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, kişinin beden bütünlüğüne yönelmiş doğrudan müdahaleyi öngören bir niteliktedir. Vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve özünde tıbbi bir müdahale olan bu davranış sadece tıbbi bir zorunluluk durumunda ve kanun içeriğinde düzenlemesi koşuluyla yapılabilir.²²⁹ Bir soruşturma işlemi olan “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” aynı zamanda bir tıbbi müdahale olması itibarıyla bu müdahaleye ilgilinin rızası olup olmadığı önemlidir.

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” tedbirinin amacı delil elde etmektir.²³⁰ Mağdur, şüpheli/sanık veya diğer kişilerin rızasının bulunmaması durumunda, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gereken önlemlerin alınmasına ilişkin Yönetmelik düzenlemesinin, Anayasanın temel haklar ve kişi hürriyetinin sadece kanun ile sınırlanacağına ilişkin hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.²³¹ Bu sebeple bu sınırlama içeren düzenlemenin kanunla yapılmış olması gerekirdi.

Anayasanın 17/2 düzenlemesine göre, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” Bilindiği üzere, birçok suçta soruşturmaya konu suçun konusunun insan vücudu olduğu dikkate alındığında işlenen suça ait izlerin insan bedeninde kalması, bu delillerin ise beden muayenesi yapılarak tespit edilmesi ve muhakeme sürecinde kullanılması önemli bir ihtiyaç ve bazı zamanlarda zorunluluktur.²³²

Öğretide bir kısım yazar görüşüne göre, “herhangi bir kişinin üstünde, elbiselerinde bir delilin araştırılması üst araması, vücut içinde ve yüzeyinde delil araştırılması ve vücuttan örnek alınması ise vücuda müdahaledir.” Bir kişinin üstü aranırken giyinik

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCE TUNÇER, Asuman, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, “Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C.4, S.2, Temmuz 2018, s: 355-379.

²³⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.619; ÖZTÜRK Bahri v.d, s.364; ÖZBEK Veli Özer vd, s.450.

²³¹ CENTEL / ZAFER, s. 327; DOĞAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi”, s. 130; İNCİ, s. 141; İPEKÇİOĞLU, “Vücuttan Örnek Alma..”, s. 1170; KAPLAN Mahmut/AYDIN, Özgür “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 2, S. 3”, s.128; APİŞ, s. 283.

²³² YENİSEY, NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.620.

vücudunu kontrol ile yetinilebilir; fakat tıbbi müdahale yapılırken çıplak vücut inceleme konusu yapılır.²³³

“Bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılmasına beden muayenesi denir.” Burada fark edilmesi gereken nokta “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” iki ayrı işlemdir.²³⁴

CMK’nın 76/2 maddesinde “mağdurun beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına rızası hâlinde artık hâkim kararına ihtiyaç bulunmadığı” belirtilmiştir. Mağdurlar dışında bulunan kişiler açısından ise Yönetmeliği 18/3 maddesinden²³⁵ hareket edilmesi yerindedir. “Buna göre kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde bu kişiler için soruşturma aşamasında hâkim kararı alınmasına gerek olmayacaktır”²³⁶ Diğer bir deyişle kovuşturma aşaması için bir farklılık ortaya çıkarmazken, soruşturma aşamasında bir Cumhuriyet savcısı kararı ile “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” mümkün olabilecektir. Kanun hükmünü genişleten bir yönetmelik maddesi olması sebebi ile kanaatimizce yeniden gözden geçirilmelidir.

Ceza hukukumuz sistematığında ve uygulamasında rıza, “anayasal güvenceye sahip, kişinin ceza hukukuna göre korunan şahsi ve hukuki değerlerinin, başkası eliyle zarar görmesine izin vermesi olanağı yaratan, bu anlamda söz konusu suç şekline göre, ya haksızlığın oluşmasını önleyici ya da hukuka aykırı bir eylemi, hukuka uygun hale getirici bir etki gösteren hukuki bir müessesedir.”²³⁷

Bunun yanında, rıza göstermemenin suçun maddi öğeleri içerisinde açıkça veya metnin bütününden anlaşıldığı bir kısım suç bakımında rıza, hukuka uygunluk sebebi

²³³ CENTEL/ZAFER, s.296.

²³⁴ ÖZTÜRK vd., s.364.

²³⁵ “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in 18/3 maddesi“Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.”

²³⁶ Yargıtay 14. CD, T. 12.04.2012, E. 2012/ 1955, K. 2012/4351, YAŞAR/ OTACI, s. 936; NUHOĞLU, “Beden Muayenesi”, s.332.

²³⁷ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 258.

yerine tipikliği ortadan kaldıran bir sebep olarak ele alınmalıdır. Örneğin; TCK'nın 99, 101, 116, 132, 133, 141, 163, 245 ve iradesi dışında ifadesi suçun maddi unsuru içinde olan cinsel saldırı suçu TCK'nın 102 ile 103'ncü maddelerinde düzenlenen suçlarda mağdurun rızasının olması durumunda bu suçların unsurlarının oluşmayacağı değerlendirilmiştir.

Tıp ceza hukuku bakımından rıza, hukuka aykırılığı gidermekle birlikte eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Ceza hukuku açısından rıza ile mukayese edildiğinde ise, koşulları ve sonuçları itibarıyla kendine özgü özelliklerinin olduğu görülmektedir.²³⁸ Her şeyden önce tıbbi müdahalelerdeki rıza tipikliği değil, hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına rıza gösterilmesi hususunun hekimler ve tıbbi etik kurallar çerçevesinde rızanın algılanma şekli açısından ele alınması gerekir. Hasta bilgilendirilmesi ve tedaviyi kabul veya red etmesi hakkını belirten Lizbon Bildirgesi,²³⁹ benzer şekilde hastanın rızasının alınmasına yönelik Amsterdam Bildirgesi, herkesin olduğu gibi hastanın da kaderini belirleme ve özgürce karar verebilme hakkı ve hekim yükümlülüğünü içeren Bali Bildirgesi Etik Kuralları bu hususta belirleyici ve yol gösterici uluslararası belgelerdir.

Rızanın açıklanma şekli hususunda da uygulamada bazı esaslar vardır. Buna göre rızanın geçerli olabilmesi için muhakkak sağlık/tıp hukuku ile ilgili mevzuatta öngörülen şekillerde açıklanması gerekir.²⁴⁰

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilen ve Anayasamız gereği iç hukuk düzenlemesi gibi kabul gören Biyotıp Sözleşmesi'nde insan olgusunun önceliği vurgusu yapılmaktadır. Rıza hususundaki 5'ncimaddesinde, “sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu

²³⁸ Bkz. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, vol.6, no.2, 2009, ss.135 - 171.

²³⁹ Ayrıntılı Bilgi için bkz. DEMİRHAN ERDEMİR, s.49.

²⁴⁰ ÜÇİŞİK, Fehim, Sağlık Hukuku, Ötüken Yayınları, 4. Baskı, s.173.

müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, ilgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabileceğinden” söz edilmektedir.

Sözleşmenin 10’ncu maddesinde ise özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre herkesin, kendisinin sağlığı konusundaki bilgiler açısından, özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğu, sağlığı il ilgili toplanan herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahip olduğu gibi, kişilerin, bilgilendirilmeme taleplerinin de gözetilmesi gerektiği, ayrık durumlarda, 2. paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları açısından kanun tarafından sınırlar öngörülebileceği bildirilmektedir.²⁴¹

İç hukuk düzenlemelerinde ise öncelikle, Anayasanın 17. Maddesinde; “tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı” düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliğine kapsamında tıbbi müdahale yapılması için hastanın rızasının gerektiğine yukarıda değinilmişti. Buna paralel olarak 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun”un 70. maddesine göre “*her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar*” şeklindeki düzenleme uyarınca tıbbi girişimde rızanın alınması gerektiğine hükmolunmuştur.

2.1.2. İnsan Onuru

İnsan, akıl ve irade sahibi bir varlık olması nedeniyle doğuştan bir kısım haklara sahiptir.²⁴² Onur kavramı ise sözlük anlamı ile “insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, özsaygı, haysiyet, izzet-inefis” ve diğer bir tanımlama ile de “başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar” şeklinde tanımlanmıştır.²⁴³ İnsan onuru, temel insan haklarının gelişimi için motivasyon unsuru olmakla birlikte,

²⁴¹ ARICAN, s.24.

²⁴² TUMAY, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği Ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, “Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, 9 (2) , 117-130, 2020, “<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/51596/669152>”(Erişim Tarihi:20.04.2022), s.119.

²⁴³ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, “<http://tdkterim.gov.tr/bts/>” (Erişim Tarihi:06.01.2021)

bu hakların temelini de oluşturur. Ayrıca özgürlük ve eşitlik bakımından yapı taşı olarak ifade edilmektedir.²⁴⁴

İnsan onuru kavramı yalnızca sosyoloji bilimini ilgilendiren bir kavram değil, aynı zamanda hukuku da ilgilendiren ve yukarıda ifade edildiği gibi gelişimine katkı sağlayan bir unsurdur. Hukuk devletlerinde kanuni düzenlemelerin yapılması aşamasında insan onuru her zaman dikkate alınır. İnsanlar toplumlar halinde yaşar, toplumda hakları korumak ve onurlu bir yaşam için her yerde insan onurunun varlığı ve önceliği kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, insanı insana, insanı topluma, insanı devlete karşı bir haksızlık karşısında koruyacak olan husus, hukuk olduğuna göre, hukuk için insan onuru kavramı mutlak bir kavram olarak gözetilmesi gerekir.²⁴⁵

İnsan onuru, başka bir tanımlamaya göre “*yalnızca bir kimsenin kendisine atfettiği ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp, aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değerdir.*”²⁴⁶ İnsan onuru birçok bilim dalı açısından önemli olmakla ve farklı tanımlanmakla birlikte, ceza hukuku ve muhakemesi hukukunda kişilerinin onurunun korunması ve kişi özgürlüklerine yönelik yapılabilecek müdahalelerin şeklini ve sınırını belirlemek açısından oldukça önem taşımaktadır. Hiç şüphe yok ki; insan yaratılmış en değerli varlıktır.²⁴⁷ Ancak insanı insana karşı koruma söz konusu olduğunda çıkarların ve değerlerin çatışması gündeme gelecektir. Bu sebeple insan onurunun sınırlarını da belirlemek gerekir.

Beden bütünlüğünün dokunulmazlığı da insan onurunun bir parçası olarak çekirdek anayasal haklardandır.²⁴⁸ Biyolojik olarak insan haklarının temeli, doğumdan itibaren insan vücuduna saygı ile başlamaktadır. Saygı, yaşam boyu dokunulmaz olması

²⁴⁴ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2002, s.25.

²⁴⁵ SEYMEN ÇAKAR, Ayşen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, “http://www.umut.org.tr/userfiles/files/Document/document_13.pdf, s.3”, (Erişim Tarihi:06.01.2021)

²⁴⁶ AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010, s.5.

²⁴⁷ Bkz. Teorinin dini ve sosyolojik temelleri açısından; İsrâ Suresi 70. Ayet Meali “*Andolsun biz Âdemoğluna şan, şeref ve nimetler verdik; onları karada ve denizde taşıdık, kendilerine güzel güzel rızıklar verdik ve onları yarattıklarımızın çoğundan üstün kıldık.*” Tefsiri: “*Böylece âyet insanı dünyada Allah'ın lutfuna en çok mazhar olmuş, en seçkin, en değerli varlık olarak göstermektedir....Böyle olunca insan varlığı, bu âlemdeki bütün varlıkların en değerlisidir...*” “<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/İsrâ-suresi/2099/70-ayet-tefsiri>” (Erişim Tarihi:06.01.2021)

²⁴⁸ KABOĞLU, s. 280.

anlamına gelir. Bu durum insan onurunun hukuk devletinde her platformda öne çıkarılması ve insana karşı her türlü saldırının yasaklanması ile olanaklıdır.²⁴⁹

Modern dünyada insan bedeninin metalaştırılmasını engellemek için özellikle biyotıp alanında insanın beden bütünlüğüne dair tedbirler uluslararası metinlerde kararlaştırılmakta, ülke anayasalarda da bu paralel bir takım koruma maddeleri yer almaktadır. Örneğin, Alman Anayasasının 1. maddesinin ilk fıkrasında insan onurunun her şart altında dokunulmaz olduğunu, herkesin buna saygı göstermesini ve korunmasının tüm resmi kurumların görevi olduğu belirtilmiştir.²⁵⁰ Elbette her tıbbi müdahale, insanın bedensel bütünlüğünü ihlal eden yapıya sahip bir unsur olarak kabul edilmelidir.²⁵¹ Buna dair düzenlemelerin ve korumaların olması da doğaldır.

İnsan onurunun korunabilmesi açısından mevzuatımızda ilgilinin tıbbi müdahalelere yönelik olarak rızasının yokluğu, tıbbi müdahalelerin uygulayıcıları bakımından ceza sorumluluğu gerektirmektedir. 1219 sayılı “Tababet Ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun” 70’nci maddesinde rıza olmaksızın tıbbi ameliyede bulunan kişilere karşı idari para cezası öngörülmüştür.²⁵² Tıbbi müdahaleler, kesinlikle uygulanma tarzı açısından kişilik haklarına yönelmektedir. Tıbbi müdahalelere gösterilen rıza, tıp mesleğini yerine getirirken ifa edilen davranışları hukuka uygun hale getiren bir sebep olmakla, en az hakkın icrası kadar önemlidir.²⁵³

İnsan onurunun evrensel olarak kabul edilen bir ilke olan işkence yasağı kapsamında da ele alınması gerekir. AİHS’nin 3’üncü maddesinde²⁵⁴ işkence, insanlık dışı veya

²⁴⁹ KABOĞLU, s. 280.

²⁵⁰ ÇELİK, Elif, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri Ve Rolü”, “Hacettepe HFD”, S.9(2), 2019, ss.282 – 310, s.295.

²⁵¹ OZANOĞLU, Hasan Seçkin “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C 52, S 3, Ankara 2003,s.59.

²⁵² “Tababet Ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”, Madde 70 – (Değişik: 23.1.2008-5728/38 md.) “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir. Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir.”

²⁵³ YOKUŞ SEVÜK, Handan “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, “Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1”, Roche Müstahzarları –MÜHF, İstanbul 2007,s.225.

²⁵⁴ “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz” “https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf” (Erişim Tarihi:06:01.2021)

alçaltıcı ceza veya muamele kesinlikle yasaklanmaktadır.²⁵⁵ Bu hüküm, AİHS'nin herhangi bir kısıtlama sebebine bağlı olmayan ve tolerans kabul etmeyen bir hükümdür, bu yasağın olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkün değildir.²⁵⁶

Kanaatimizce ilgilinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin sınırı da insan onuru ve evrensel hukuk ilkeleri bağlamında değerlendirilmelidir. Bu rıza, hem gösteren hem de tıbbi müdahale de bulunacak olana sınırsız bir özgürlük tanımamalıdır. Bireylerin özgürlüğü kendi bedenleri üzerinde sınırsız bir müdahale haklarının olduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak insanın vücut dokunulmazlığı bazı durumlarda kendisi için geçerlidir. Ötenazinin kabul edilmemesi buna örnek olarak verilebilir.

2.1.3. Mahremiyet İlkesi

Mahremiyet, sosyal medyanın hayatımızın her alanına girdiği, çocuktan yaşlıya herkes tarafından kullanımının yaygınlaştığı modern dünyada dikkatle korunması gereken en önemli temel haklardandır. Özel hayat kavramı nerede ise iç içe geçmiştir. Ulusal ve uluslararası belge ve sözleşmelerde “özel hayat (private life)” ve “mahremiyet (privacy)” kavramları birbirlerine yerine kullanılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayat kavramı kullanılmıştır. Bunun yanında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17. maddesinde ise mahremiyet kavramı özel hayatın yerine kullanılmıştır. Özel hayatın korunması ile ilgili bir kısım kanuni düzenlemelerde aynı anlamda bu kavramı ifade etmek için özel hayat veya mahremiyet kavramlarına rastlanılmaktadır.²⁵⁷

Kişi özel hayatının veya mahremiyetinin en önemli olduğu yaşam alanı muhakkak sağlık durumudur. Hasta mahremiyeti, kişinin sağlık durumu ile ilgili tıbbi işlem, teşhis ve tedavi yöntemi gibi durumların gizli kalmasını ifade eder. Bu gizlilik, hasta muayenesinde ve sonrasında beden mahremiyetini, teşhis ve tedavi süreçleri ile

²⁵⁵ DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayınları, 2006, İstanbul, s.1.

²⁵⁶ ÖZTÜRK vd, s.99; DOĞRU, s.1.

²⁵⁷ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, “Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 3”, ss. 227-266, s. 233.

hastaya ait bilgi ve belgelerin korunmasını kapsar.²⁵⁸ Konumuz gereğince “*hasta mahremiyeti*” kavramı, beden muayenesinde veya vücuttan örnek alınmasında kişiye özel bilgi gizliliği ve kişinin mahremiyetine saygı duyulması boyutunda ele alınacaktır.

Sağlık hizmetinin sağlanmasında hastaların mahremiyetine saygı gösterilmesi en temel unsurların başında gelir. Bu konuda en geniş düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21’inci maddesinde yer almıştır. Buna göre; “*Mahremiyete saygı gösterilmesi*” başlıklı bu maddenin ilk fıkrasında, “*hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, her türlü tıbbi müdahalenin, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmeksuretiyle icra edilebileceği*” ifade edilmiştir.. Benzer şekilde Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin²⁵⁹ 7’nci maddesinde ise, “*Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayenesinde poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında bu yönetmelik maddeleri bu işlemleri ifa eden sağlık mesleği mensupları veya hekimler bakımından bağlayıcıdır. Kişinin mağdur, şüpheli veya sanık olması mahremiyetlerinin olmayacağı anlamında yorumlanmamalıdır.

2.1.4. Mahremiyetin beden muayenesi açısından sorun teşkil etme durumu

Hasta mahremiyetinin sınırlarının neler olduğu veya mahremiyetin kapsamının boyutu hususunda mevzuatta herhangi bir hüküm yoktur. Hasta mahremiyeti ihlallerinin belirlenebilmesi için her şeyden önce bunun sınırlarının tespit edilmesi gereklidir. Bu hususun mevzuatta belirlenmesi ve net, yazılı kurallara konulması kolay olmayacaktır. Toplumun değer yargıları, cinsiyet algıları ve dini eğilimler aslında sosyal anlamda tercihleri belirlemektedir.

²⁵⁸BOSTAN, Sedat, “Hasta Mahremiyeti Sorun mu?” “<http://www.ussam.co.tr/ussam/hastamahremiyeti-sorun-mu/>” (Erişim Tarihi:06.01.2021); SERT, Gürkan, “Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı”, İstanbul 2007, s. 3.

²⁵⁹ “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.”

Hatta mahremiyete bakış, kültürden kültüre değişebileceği gibi bazen aynı toplum içinde bile farklılık gösterebilir. Burada sağlık çalışanları, hizmetin ifa edilmesi sırasında, toplumda genel kabul gören ortalama ahlak anlayışını ve değer yargılarını gözeterik mevzuatın belirlediği çerçevede görev yapmaya dikkat etmelidirler. Sağlık çalışanları her ne kadar o toplumun bir parçası olsa da kendi değer yargıları ve ahlak anlayışlarını keskin sınırlar içinde işlerinde uygulamaya çalışmamalıdır.

Toplumdaki insan çeşitliliği dikkate alındığından her kişinin beden mahremiyetinin sınırları farklı olabilir. İnsanların dini inançları, gelenek ve görenekleri gibi unsurlar mahremiyetin sınırlarını belirler. Ancak kamu otoritesi mahremiyet hakkını herkese sağlamak zorundadır. Çünkü hukuk devletinde yasalar genel ve soyut nitelikte olup herkese eşit olarak uygulanır. Bunun yanında her insanın başkasının görmesini veya dokunmasını istemeyeceği noktaları vardır. Kişinin mahremiyet hakkı ise beden mahremiyetinin korunması ve toplumsal anlamda farklı bir muameleye maruz kalma riski sebebiyle oldukça hassas bir konudur. Kişinin mahremiyetine, inanç ve toplumsal değerlerine önem vermeden yapılması muhtemel muayene ve tedavi sürecinin hastada bir takım ruhi ve sosyal travmaya sebebiyet vereceği aşikârdır.²⁶⁰

Beden mahremiyetini sağlamak için muayene odalarının konumu ve fiziki mekânlar önemlidir. Mağdur, şüpheli ve sanık sağlık kuruluşuna çoğu zaman kolluk nezaretinde sevk edilmektedir. Bir suçtan dolayı sıfatı ne olursa olsun şahsın herkesin görebileceği şekilde sağlık kurumuna götürülmesi mahremiyet ihlalini doğuracaktır. Uygulamada bunun önüne geçmek amacıyla adli tıp kurumu şubeleri vatandaşların hizmet aldığı birim binalarından farklı yerlerde konuşlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında bir soruşturma kapsamında yapılacak beden muayenesine konu tıbbi müdahalenin, gerçeğe uygun ve güvenilir raporlarla sonuçlanması için kolluk görevlileri veya diğer ilgisiz kamu görevlilerin bulunmadığı bir ortamda, sağlık mesleği mensuplarının denetiminde özel olarak yapılması gerektiğini vurgulamıştır.²⁶¹

²⁶⁰ KORKMAZ, Yakup, “Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti”, “Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020”, ss. 573-598, s.581

²⁶¹ AYM, B.N. 2014/15586, madde no: 150 “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586>” (Erişim Tarihi: 03.03.2021)

Hasta mahremiyeti yönünden ise, genellikle kişinin sağlık kurumuna taşınma aşamasında veya acil servislerde mahremiyet ihlalleri daha çok meydana gelmektedir. Elbette acil sağlık sorunları her an ve beklenmedik zamanlarda ortaya çıkabilir. Kişinin kıyafet olarak uygun olmadığı durumlarda mahremiyet ihlalleri kuvvetle muhtemel hale gelir. İhlalin derecesine göre bu durum tıbbi müdahalenin bile önüne geçebilmektedir. Bu gibi durumlarda acil olan hastaya müdahale eden sağlık çalışanlarının mümkün olduğu ölçüde mahremiyete özen göstermesi etik duyarlılık açısından oldukça önemlidir.²⁶²

Mahremiyet hakkı sağlık hizmeti sunulurken her aşamada özen gösterilmesi gereken bir husustur. Mahremiyet hakkı henüz hastalık öyküsü alınırken başlar, teşhiste veya tedavi yapılırken tedavi sonrası ve hatta ölümden sonra bile devam eden ve dikkat edilmesi gereken bir haktır.²⁶³ Elbette bireyin ölümünden sonra bile yakınları onun anısına saygı gösterilmesini isteyebilir.²⁶⁴ Mahremiyet ihlali yapan sağlık mesleği mensurları açısından ahlaki normlara ve meslek disiplini kurallarına aykırı davrandıkları ifade edilebilir. Bu durum özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi ve yayılması suçları açısından ceza kanunu anlamında bir suç teşkil edebileceği gibi, ihlali gerçekleştirenin idari ve hukuki sorumluluğuna da yol açabilir.

Her ne kadar hasta mahremiyeti ülkemiz için yeni bir müessese değil ise de sağlık mesleği mensupları tarafından yeterince normlarının bilinmediği ve hassasiyet gösterilmediği yönünde kanaat uyandıracak olaylara rastlanmaktadır. Bu yönde hasta mahremiyetinin algılanması ve uygulanması bakımında “bir özel hastanede görev yapan 100 hemşirenin katılımıyla 2012 yılında yapılan başka bir araştırmada, hemşirelerin %66,6 sının hastahakları yönetmeliğini, %75,8’inin bu Yönetmelikte yer alan hasta haklarının korunması ve mahremiyete saygı gösterilmesi ile ilgili

²⁶²ALAN, Sultan/ERBAY, Hasan, “Tıp Etiği Açısından Ambulans Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti”, “Akademik Acil Tıp Dergisi”, Y. 2011, S. 10, ss. 33-38, s. 35; Bir vaka özelinde mahremiyet ilkesinin ayrıntılı incelenmesi açısından bkz. SERDAR TEKEL, Esra, “Kadın Cinayetlerinin Haberleştirilmesi Bağlamında Medya Etiğini Yeniden Tartışmak: Habertürk Gazetesi Örneği”, “Abant Kültür Araştırmalar Dergisi, Y.2016, C. 1, S. 1”, s. 129-142.

²⁶³Bali Bildirgesi m. 8/a; Amsterdam Bildirgesi m. 4/1; HHY. m. 21/III.

²⁶⁴ALAN /ERBAY, s. 35; ZAFER, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler”, İstanbul 2009, s. 33-64, s. 43.

bölümü okuduğu, %45'inin mahremiyetle ilgili bir kurs/seminere katıldığı" tespit edilmiştir.

Yine bu araştırmada "hemşirelerin %62'sinindaha önce hastanede yatış deneyimi olduğu ve bunlardan %16'sının mahremiyetinin ihlaledildiğini hissettiği ortaya çıkmıştır. Anılan çalışmada yapılan ankete göre, hemşirelerin%91,8'i öncelikle kendisinin hastanın beden mahremiyetini koruduğunu belirtirken, %43,9'u diğer hemşireler tarafından daha çok hastanın özel yaşamı ve kişisel bilgilerine, %42,9'u ise sağlık durumuna ilişkin mahremiyetinin ihlal edilebildiğini" ifade etmiştir.²⁶⁵ Görüldüğü gibi kamu ya da özel sağlık kurumları açısından sağlık mesleği mensuplarının bu konuya duyarlılığı yeterli ölçüde değildir. Bu sebeple meslek içi eğitimlerle bu husustaki hassasiyetin arttırılması gerekir.

2.1.5. Mahremiyetin İhlalinden Doğan Hukuki Sorumluluk

Beden mahremiyetinin ihlal edilmesi durumunda yukarıda hem cezai hem de hukuki sorumluluk olacağından bahsetmiştik. Eğer bir sağlık mesleği mensubunun ahlaki normlara ve mesleki disiplin kurallarına aykırılık teşkil eden davranışı tespit edilmiş ise bu olayın ceza kanununda düzenlenmiş bir suç teşkil edebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Yine ihlali gerçekleştiren sağlık mesleği mensubunun olayın özelliğine göre tazminat hukuku yönünden de sorumluluğu olacaktır. Eylemi gerçekleştirenin kamu görevlisi olması durumunda ise ayrıca idari anlamda disiplin boyutu da ortaya çıkacaktır.

Hastanın mahremiyetinin ihlal edilmesi durumunda insan onurunun da zedelendiği düşüncesi ile eylem, kişilik hakkına saldırı sayılacaktır. Mahremiyet, en önemli kişisel değerlerden biri olarak kabul edildiğinden bunu kabul etmek de son derece doğaldır. Yargıtay bir içtihadında; "*Hayatın, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep*

²⁶⁵ÖZTÜRK, Havva/ÖZÇELİK, Semanur K./BAHÇECİK, Nefise, "Hemşirelerin Hasta Mahremiyetine Özen Gösterme Durumu", "Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 30, S. 3", s. 24-25.

kişisel varlıklardır” şeklinde karar vererek mahremiyet ve özel hayat hususunda sırrın bile kişisel varlık olduğuna kabul etmiştir.²⁶⁶

Kişilik hakkı saldırı tehlikesi altında olan şahıs Medeni Kanunun 25/1 maddesi gereğince “hâkimden bunun önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile tazminat hakkı açısından etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.” Anılan yasanın 25/3 maddesinde bu taleplerinin yanında kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde “bu ihlale uğrayan kişi maddi veya manevi tazminat talebinde bulunabileceği gibi, bu ihlal sebebiyle herhangi bir şahıs kazanç elde etmişse bu elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini de talep edebilir.” Bunun yanında yine kanun uyarınca “manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından bilhassa ileri sürülmemiş ise mirasçılara geçmez.”

Türk Borçlar Kanunun 58. maddesi gereğince “kişilik hakkı zedelenmesinden zarar gören kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat talep ettiğinde hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, alternatif bir tazminat yöntemi kararlaştırabilir ya da bu tazminata ekleyebilir; örnek vermek gerekirse; saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”

Hakkında mevcut bir soruşturmada dolaylı usulüne uygun olarak beden muayenesi yapılmış veya vücudundan örnek alınmış mağdur, şüpheli ve sanık mahremiyetinin ihlal edildiğini iddia ederse, herhangi bir taraf, hak iddiasını dayandırdığı olgunun varlığını Medeni Kanunun 6. maddesi uyarınca “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça ispatla yükümlüdür.”²⁶⁷

Herhangi bir sağlık kurumunda bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılan tıbbi müdahale sırasında bu müdahalenin boyutu ve yöntemi ne olursa olsun meslek mensupları kişisel mahremiyete saygı göstermek zorundadır. Ancak uygulamada bir kısım imkânsızlıklar ve mahremiyet hakkına yaklaşım tarzından kaynaklanan anlayış

²⁶⁶Yargıtay 4. HD, T. 31.05.1978, 1978/9467 Esas, 1978/3067 Karar sayılı ilamı, “Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1980”, C.6, S.1-2, s.181. “<http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ysd/ocak1980.pdf>” (Erişim Tarihi: 03.03.2021)

²⁶⁷YILDIRIM, M. Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu”, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 64; GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 138.

farklılıklarından ötürü birçok ihlal durumu ortaya çıkmaktadır. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2016/10 sayılı bir genelge yayınlarak mahremiyet konusunda sağlık çalışanlarından ve sağlık kurumlarından yeteri kadar hassasiyetin gösterilmesi ve fiziki mekânlara dair gerekli tedbirlerin alınması istenilmiştir.

2.2. TIBBİ DEONTOLOJİ VE ETİK İLKELERİ

Tıp ve hukuk bilimlerinin arasında bulunan yoğun ilişki ve her ikisi için ortak unsur olarak kabul edilebilecek etik değerler, uygulamaya ciddi anlamda yer bulmaktadır. Hekim tıp biliminde aldığı yetenek ile hastalığın belirtilerini ve onu nasıl iyileştirebileceğini bilir. Bunun yanında hukuk sisteminin düzenlediği zorlayıcı hükümlerin de kendisi açısından bağlayıcı olduğunun farkındadır. Ancak; hasta özelinde insanın bireyselliği, din, kültür, özgürlük anlayışı, haklar ve sorumluluklar gibi hususlar etik unsurların ve tıp deontolojisinin oluşumunda önemli rol oynarlar.

Bu sebeple tıp uygulamalarında; özellik veya nitelik anlamında birbirinden farklı kişiler, aileler ve toplumlara kendilerine özgü davranış biçimleri doğurur. Kabul etmek gerekir ki; bireyler ve toplumlar arası farklılıkların büyük kısmı fizyolojik değildir. Bu farklılıklar genellikle sosyal anlamdadır. Toplumsal bilimler belirtilen farklılıkların bilinmesi ve dikkate alınmasından önemli bir role sahiptirler. Sonucunda ise, etik değerler ortaya çıkar.

Gelişen toplumlarda, hekim ile hasta ilişkisi, tıp uygulayıcıları ile toplum ilişkisi, sağlık hizmetlerinin verilmesi ve diğer tıbbi olgular etik değerler yönünden tartışılmaktadır. Bu unsurlar, geleneksel değerler çerçevesinde yeniden gözden geçirilirken, tıp alanında etik yaklaşımlar geliştirilmektedir. Tarihin ilk çağlarından bu yana tıp etiği, hekimlerin ve filozofların üzerine fikir beyan ettikleri bir bilim dalı olmakla, geline nokta bu durum teknolojinin ve tıp biliminin gelişmesi ile başka bir boyut kazanmıştır.

Şüphesiz ki; dünya üzerinde bulunan her ülkenin kendine özgü kültür ve ahlaki değerleri vardır. Buna göre her ülkede oluşturulan ve kabul edilen tıp etiği ilkeleri ya da deontoloji tüzükleri mevcuttur. Ülkemizde 19.02.1960 resmi gazete tarihli Deontoloji Nizamnamesi bu anlamda iç hukukta yer alan önemli kurallar bütünüdür.

Nizamnamenin 1. maddesinde “tabip ve diş tabiplerinin, deontoloji bakımından riayetle mükellef oldukları kaide ve esaslar düzenlendiği” belirtilmektedir. Öğretide bazı yazarlar tarafından bu durum eleştirilmekle; hekim ve diş hekimlerini farklı alanlarda faaliyette bulunmalarına rağmen tek bir tüzük içinde ele alınmasının doğru olmadığı ve yenilenmesi gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce; gelişen dünyanın ve toplumun yeni koşulları dikkate alınarak tüzük yenilenebilir fakat hekim ve diş hekimlerin birbirlerinden ayrılarak farklı bir tüzük ile düzenlenmesi görüşü yerinde değildir. Şöyle ki; diş hekimliği de tıp biliminin önemli bir kolu olmakla; diğer tıp bilimlerinden uygulaması ve sorumlulukları anlamında aralarında bir fark bulunmamaktadır.

Diğer farklı ve yanlış anlamalara sebebiyet veren kavramlar ise tıp etiği ve tıbbi deontolojidir. İki ayrı bilim dalı arasında belirli benzerlikler ve bağlantılar bulunmaktadır. Buna karşın tıbbi deontoloji, hekim ödev ve görevlerinden bahsederken etik ise ahlaki çerçevede hekimin görevini ifa etmesini konu alır. Ancak birbirleriyle bağlantıları kaçınılmazdır. Bir örnek vermek gerekirse, bir deontoloji ilkesi olan yararlılık ilkesine uygun hareket eden bir hekim, hastasına karşı yararlı olma görevini yerine getirmektedir.

Başka bir deyişle; tıbbi deontoloji ve tıp etiği ilkeleri, tıp uygulamalarının tatbiki esnasında sağlık hizmeti sağlayanların insanlara karşı davranışlarını etik bakımından değerlendirmeyi temin eder ve bu hususta bazı ilkeler ve yaklaşım biçimleri sunar.

2.2.2.Tıbbi Deontoloji Nedir?

Sözlük anlamıyla deontoloji Yunanca iki sözcükten Deontos ve Logos’tan türemiştir. Deontos, görev; logos, bilgi veya bilim anlamlarına gelir. Dar anlamda deontoloji ise görev bilim, genel anlamda ise “mesleki davranış ve meslek ahlakı anlamına” gelir. Her mesleğin kendine özgü kuralları çerçevesinde bir deontolojisi vardır. Bu bağlamda tıbbın da bir deontolojisi bulunur.²⁶⁸

²⁶⁸ İLGİLİ, Önder, “2000 - 2005 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Kadın Hastalıkları Ve Doğum Alanına Giren Vakaların Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.4.

Ödev ve sorumluluk kavramları tıp alanında çalışan kişilerin görevlerinin sınırlarını işaret eden kuralları içerir. Bu kuralların bir kısmı resmi iken diğerleri ise gayri resmidir; “gayri resmi olanların kimi sivil tıp etiği kodu halinde yazıya dökülmüş kimi sözlü gelenek içinde yaşatılmaktadır.” Öğretide bazı görüşlere göre “tıbbi deontoloji hekimlik mesleği uygulaması sırasında uyulması gereken yasal ve ahlaki yükümlülükleri kapsayan bir unsurdur.”²⁶⁹

Tıp deontolojisi veya kısa adıyla deontoloji terimi, ülkemizde yakın bir zamana kadar tıp etiğinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Ancak günümüzde tıp etiği kurallarından oluşan bir kümenin alt kümesi olarak kabul edilmektedir. Buna göre tıp etiği ile tıbbi deontoloji farklı kavramlardır. Tıp etiği tıbbi bir ilişki kapsamında sağlık mesleği mensubunun hastalara iyi davranmak amacıyla ne yapması ve neden kaçınması gerektiği hakkında soyut düşünme akıl yürütme etkinliği olarak ele alınmaktadır.²⁷⁰

2.2.2.1 Tıbbi Deontoloji Ve Etik İlkeler Türleri

Günümüz tıp etiğinde, çok sayıda ilkedan bahsedilse de, “yararlılık”, “zarar vermeme”, “özerkliğe saygı” ve “adalet” olarak dört temel ilkenin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu ilkelerin yanında; “mahremiyete saygı, kötü davranmama, sadakat, özgürlük, doğruluk, sözünde durma, gerçeği söyleme, sır saklama ve eşitlik ilkeleri” de mevcuttur. Bu ilkeleri de “gizlilik, sadakat ve dürüstlük” olarak üç başlıkta ele alabiliriz. Söz konusu dört temel ilkenin yanı sıra belirtilen üç ilke de aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

2.2.2.1.1. Yararlılık

İlkelerden birincisi olan “yararlılık ilkesi”, ilk kez 1776 yılında İskoç filozof, ekonomist ve tarihçi David Hume tarafından tanımlanmıştır.²⁷¹ Sonraki dönemde birçok filozof bu ilkenin gelişimi hususunda katkıda bulunmuştur. Bu anlamda tıp

²⁶⁹ ARDA, Berna/ ŞAHİNOĞLU, Serap Pelin, “Tıbbi Etik Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”, “Ankara Üniversitesi Tıp Fak Mec”, 48, ss. 323-336, s.324.

²⁷⁰ KADIOĞLU, Selim, “Etik Etik Dedikleri, III. Koloproktoloji- Stomaterapi Sempozyum Özet Kitabı”, 12-14 Nisan, Adana, “Adana Ostomi Derneği, Türk Tabipler Birliği, Çukurova Üniversitesi, Cleveland Clinic katkı yayını”, 2007, ss.86-88, s.86

²⁷¹ KARAÖZ, Süreyya, “Cerrahi Hemşireliği Ve Etik”, “C.Ü. Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi”, 2000, 4 (1), s.1.

etiğinin, en eski ilkesi yararlılık ilkesidir. Sağlık çalışanı bu ilkeye göre hastaya yardımcı olur, onun tedavi edilmesini, ağrı ve acısını dindirilmesini sağlar. Her durumda hastaya yararlı olmayı düşünür. Tıp etiğinde yararlılık ilkesine yakın ve paralel olarak kötü davranmama ilkesi söylenebilir.²⁷²

Yararlılık ilkesi “sağlık çalışanlarına, hastalara yardım etme, tedavi ederek ağrı ve acılarından kurtarma ve her durumda yararlı olma sorumluluğunu” yüklemektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3’üncü maddesi ile “hekime, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun acil hallerde hastaya müdahale ve yardımda bulunma mükellefiyeti” getirilmiştir.²⁷³ Burada zorunluluk acil hallerde geçerlidir ve hastayı hayatta tutacak tıbbi ilk yardımı kapsamaktadır.

Tarihin ilk çağlarında Hipokrat, tıp faaliyet alanını sadece bilimsel bir niteliğe kavuşturmamış bunun yanında tıp mesleğinin kurallarını bazı etik ilkelerin üzerine inşa etmiştir.²⁷⁴ Bu kapsamda en eski tıp etiği ilkelerinden biri ve geçmişi Hipokrat’a kadar uzanan “yararlılık ilkesi (Primum utilis esse)” gereğince, sağlık hizmetini sunanlar önce hastaya yararlı olmayı amaçlamalıdır.²⁷⁵ Bu ilke tıp etiğinin temel ve en eski ilkesidir. Bu sebeple geleneksel tıp etiği, her şeyden önce hastanın iyilik ve yararını birincil değer olarak kabul eder.

Belirtildiği üzere Hipokratik etik ilkelerinden “öncelikle zarar vermeme (Primum non nocere) ilkesi”,²⁷⁶ dolaylı olarak yararlı olmayı da amaçlamaktadır. Hekimin yapacağı müdahalede; müdahalenin olası olumlu sonuçları veya olumsuz sonuçlarına nazaran daha ağır basmakatadır. Bu durumu hekimin etik açıdan makul olarak değerlendirmesi şarttır. Hekim yararlılığın yanında, riskleri ve katlanılan maliyetleri göz önünde bulundurmalı, müdahalesini en yararlı sonuca ulaşacak şekilde

²⁷² AYDIN, Erdem, “Tıp Etiğinde Temel İlkeler”, “Hacettepe Üni. Tıp Fak. Deontoloji(Tıbbi Etik) ve Tıp Tarihi AD” s.1, “www.deontoloji.hacettepe.edu.tr” (Erişim Tarihi: 18.05.2021)

²⁷³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 3: “Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur” Yayınlandığı R. Gazetenin Tarihi : 19.2.1960, No: 10436

²⁷⁴ KÖK, Ahmet Nezih, “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, “KHukA, 2005,8”, 116-121. <https://jurix.com.tr/article/5252> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

²⁷⁵ EMİR, Murat, “Hukuki Ve Etik Yönleri İle Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar”, Ankara 2013, s.13, “<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>” (Erişim Tarihi:18.05.2019)

²⁷⁶ KÖK, Ahmet Nezih, “Bir Olgu Nedeniyle Tıp Uygulamalarında Mahremiyet İlkesi, Özel Yaşamın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi”, s.1, <https://jurix.com.tr/article/5252> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

yapmalıdır. Burada bir dengeyi kurma yaklaşımı vardır. Bir başka deyişle zarar ve yararların hangisinin ağır bastığına bakarak hekim yararlılık ilkesine uygun hareket etmiş olur.²⁷⁷

Gelişen teknoloji ile birlikte tıp etiğine yeni ilkeler dâhil olmuştur. Böylelikle hekim-hasta ilişkisinde daha önceden tek ilke olan yararlılık ilkesi mutlak bir ilke olmaktan çıkarılmıştır.

2.2.2.1.2 Zarar Vermeme

“Zarar vermeme ilkesi”, yukarıda da belirttiğimiz üzere Hipokratik tıp etiği ilkelerinden "Primum non nocere" şeklinde ifade edilen “öncelikle zarar verme” düsturu ile ilgilidir. Yararlılık ilkesi ile koşut olarak birbirine bağlıdır. Hipokratik anlayışa göre hastalıkların tedavisi doğanın iyileştirici gücü sayesinde olmaktadır.²⁷⁸ Burada hekimin ödevi, anılan gücün işlemesine doğal olarak işlemesine izin vermektir. Hekimin gereksiz bir müdahale ile bu ihtimalin kaybolması ve başka ek zararlara yol açabilmesinin önüne geçilmesi zarar vermeme ilkesinin temelini oluşturur.

Doğal olarak zarar vermeme ilkesinin diğer bir yönü de kötülük yapmamayı ve hastalara yararlı olmayı kapsar. Genel anlamda insana, özel anlamda da hastaya zarar vermemek, tıp etiğinin genel kabul gören temel bir ilkesidir. Ayrıca bu ilke sadece tıp alanında değil, evrensel insanlık kuralları anlamında da tüm insanlık için geçerli tartışılmaz ve yasalar ile getirilen yaptırımlarla korunan bir değerdir. Hekim için zarar verme durumu, bir eylem ile yapılabileceği gibi, tıbben yapılması gereken bir görevin ifa edilmemesiyle de gerçekleşebilir.

2.2.2.1.3. Özerkliğe Saygı

Kökeni binlerce yıl önceye dayanan tıp etiğinde yararlılık ilkesi en önemli etik değer olarak kabul edildikten sonra, 1960’ların sonlarından itibaren giderek etkisi azalmaya başlamıştır.²⁷⁹ Fransız devrimi ve sonrasında gelişen insan hakları hareketleri paralelinde gelişen hasta hakları, hekime çeşitli ödevler yüklemiştir. “Hekim

²⁷⁷ EMİR, s.13.

²⁷⁸ EMİR, s.14.

²⁷⁹ AYDIN, s.2.

hastasının tıbbi açıdan yararını gözetmek yanında, ona özerk bir kişi olmasından kaynaklanan haklarını da kullanabilme fırsatı tanımakla yükümlüdür.”²⁸⁰

İngilizcede özerklik anlamında kullanılan "autonomy" eski Yunancada "kendi-kendine" anlamına gelen "autos" ile kural, yönetim ya da yasa anlamlarına gelen "nomos" sözcüklerinin birleşmesiyle oluşmaktadır.²⁸¹ Bu kelime, Yunan şehir devletlerinin, başka bir şehir devletinin baskısı veya herhangi bir dış baskı altında kalmadan kendi kural ve yasalarını yapabilmeleri ya da kendi-kendisini yönetebilmeleri anlamında kullanılmaktaydı.

Özerklik; “kelime anlamıyla özgür ve herhangi bir dış baskı altında kalmadan, bağımsız olarak kendi başına düşünebilme, kendi hakkında karar verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yeterliliği anlamına gelmektedir.” Bir kişinin özerk olması için serbestçe ve kendi iradesiyle seçme ve davranışta bulunabilme olanağının varlığı gerekmektedir. Bu kavramın tıp etiğinde karşılığı “hasta özerkliğine saygı” ilkesidir.

Hekim ve hasta ilişkisinde, hekim veya diğer sağlık çalışanlarının, hastanın kendi tıbbi durumu ile ilgili olarak karar verici olmasını sağlamakla yükümlüdürler. Burada aydınlatılmış rıza karşımıza çıkmaktadır.²⁸² Bunun sayesinde hasta yapılacak müdahale konusunda yeterli bilgiye ulaşıncaya kendi tıbbi geleceğine karar verebilecektir. Tıp etiğinde bu duruma özerkliğe saygı ilkesi denmektedir. Bu ilke sayesinde, herhangi bir tıbbi müdahale öncesinde yapılacak tıbbi müdahalenin karar aşamasına hastanın katılımı sağlanmalıdır.

Modern dünyada, hekim-hasta ilişkisindeki hem teknik, hem de etik açıdan geleneksel otoriter hekimlik anlayışı yerini; “hastasını koruyan, onunla yapıcı bir işbirliğine giren, hasta ile olan iletişimi kolaylaştırarak alınacak tıbbi kararda hastasına karara katılma fırsatını tanıyan özellikte bir kimliğe” bırakmıştır.²⁸³ Özerklik kavramının tıp etiğine girmesi, bilhassa son yüzyılda insan hakları ve insan yaşamına verilen önemin artmasıyla meydana gelmiştir. Günümüzde, toplum

²⁸⁰ EMİR, s.14.

²⁸¹ Tanım ve diğer açıklamalar için bkz. <http://ozerklik.nedir.org> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Genel Hükümler Cilt I, 25.Baskı, Ankara 2022, s.330.

²⁸³ EMİR, s.15.

hayatının her alanına demokratik katılım, çoğulculuk, azınlıkların haklarına saygı, sosyal medya araçlarının katkısı, tıp bilimi ve teknolojisindeki gelişmeler hasta özerkliği anlayışının gelişmesinde önemli oranda etkili olmuştur.

Özerklik sisteminin uygulanmasında, hastanın serbestçe ve dış baskılayıcılardan bağımsız olarak kendi iradesiyle hareket ettiğini varsaymamız gerekmektedir.²⁸⁴ Hastanın bu şekilde davranma yeteneği ise, yeterlilik olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda “yeterlilik, dışarıdan gelen baskıların altında kalmadan serbest ve kendisi açısından akılcı davranabilme yeteneği” olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁵ Bu ilke gereğince hekim hastasının görüşünü almalı, varsa sorularına yanıt vermeli, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde gerek duyulan bilgi ve riskleri belirtmeli ve hastaya özerklik tanıyarak, karar vermesi sağlanmalıdır.

Yeterliliğin temel şartları ise; “özerk birey, özerk seçim ve özerk eylemin gerçekleştirilmesine olanak tanınmış” olmasıdır. Hekimin hastanın kararlarına değer vermemesi, bazı olanakları engellemesi veya seçimlerini oluşturmasında yeteri kadar bilgilendirmemesi durumunda, hasta doğru tercihlerde bulunamayacaktır. Sonuç olarak hastanın özerkliğinin zedelenmesi eylemi ortaya çıkacaktır. Ayrıca özerkliğe saygı gösterilmesi, “hastanın zararına olmayan seçim ve düşüncelerine önem vermek ve bunlara engel olmamayı” ifade eder. Demokratik toplumlarda her insan kendisinin değer yargıları ve inanç sistemi gereğince meydana getirdiği tercihlerini hayata geçirme hakkını kullanabilmelidir.

2.2.2.1.4. Adalet

Tıp etiğinin önemli ilkelerinin başında gelen adalet ilkesi dört önemli ilkedен biridir. Çok soyut ve kapsayıcı bir kavram olan adalet kavramı, Latince hak-hukuk veya adalet anlamına gelen juss(ius) sözcüğünden türetilmiştir.²⁸⁶ Antik Yunanda, Platon tarafından “hak idesinden pay alma olarak adalet” düşüncesi öne sürülmüştür.²⁸⁷ Bir diğer husus adalet kuramı kapsamında hakkaniyetin ne olduğudur. Bir tanıma göre,

²⁸⁴ EMİR, s.15.

²⁸⁵ AYDIN, s.3.

²⁸⁶ KARAGÖZ, Havva, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) Ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı Ve Gerçekleşme Biçimi”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı:1 - Haziran 2010”,s.39, “https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/VII-1.pdf” (Erişim Tarihi:10.05.2021)

²⁸⁷ KABADAYI, Talip, “Dünya Problemleri Karşısında Hukuk Felsefesi”, İstanbul, 2012, 24. Kitap, s.57.

hakkaniyet adil bir toplumun meydana getirdiği suşelerin doğasına uygun davranarak, buna göre hareket eden ve genel ilkeler belirleyen etik bir anlayış biçimidir.²⁸⁸

Tıp hukuku açısından ilkeler içerisinde bulunan adalet ilkesi etik sorunlarda, diğer ilkelerden daha farklı bir konumdadır. Kısıtlı sağlık kaynaklarının paylaşılmasında bu ilke oldukça önem taşıyan bir göreve sahip olmasına rağmen, sıklıkla ihlal edildiği gözlemlenmektedir. Örneğin, tıbbi araç ve sağlık olanaklarının toplumun tüm kesimlerine adil ve dürüstçe dağıtılması, bu ilkenin gerektirdiği koşullara göre davranmakla mümkün hale gelir. Bu bağlamda “böbrek nakli yapılacak gençlerin yaşlılara tercih edilmesi, tıbbi araçların kullanımında toplumsal statülere göre karar verilmesi gibi durumlar ilkenin ihlal edildiğini gösterir örneklerdendir.”²⁸⁹

Gelişen teknolojiye ve refah seviyesine rağmen, tanısal ve tedaviye dönük tıbbi işlemler yüksek maliyetli olduğu bir gerçektir. Bu sebeple kamu olanaklarının bu hizmetlere mi yoksa koruyucu sağlık hizmetlerine mi öncelik verilerek aktarılması hususunda da ayrı bir tartışma konusu vardır.²⁹⁰ Hukuk devletinde ve refah toplumunda insanın sağlık hakkı nedeniyle tıbbi imkânlardan yeterli şartlarda ve zamanında yararlanması önemlidir. Ancak bu hak, sosyal devlet niteliği gelişmiş bir kısım ülkelerde dahi, yeteri kadar kullanılamamaktadır.

2.2.2.1.5. Gizlilik

Sağlık çalışanlarının görevleri gereğın öğrendikleri “bilgileri gizli tutma ödevi”, Hipokrat’tan bu yana tıp etiğinin önemli unsurlarındandır. Hipokrat Yemini’nde, “Tedavi sırasında ya da hatta tedavi dışında, insanların yaşamlarına ilişkin, dışarıya yayılmaması gereken şeyler görür ya da işitirsem, bunları kendime saklayacağım ve sözünü etmeyi ayıp sayacağım.” şeklinde ifade edilir.²⁹¹

²⁸⁸ KABADAYI, Talip, “Hakkaniyet Adaletin temelidir” “Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi”, Sayı 15, 2013, ss. 49-57,s.52. “<https://dergipark.org.tr/download/article-file/411294>” (Erişim Tarihi:10.05.2021)

²⁸⁹ AYDIN, Erdem/ERSOY Nermin, “TIP ETİĞİ İLKELERİ, *T Klin Tıbbi Etik 1995*”, 2-3, ss.48-52, s.51.

²⁹⁰ EMİR, s.16.

²⁹¹ ÜSTÜN, Çağatay,”Hipokrat Yemini Değişmeyen Bir Gerçektir!”, “Fasikül Hukuk Dergisi” Sayı:28 - Mart 2012, s.1, “<https://jurix.com.tr/article/3469>” (Erişim Tarihi:10.05.2021)

Hipokrat Yemini ve tıp etiği açısından bilgiyi saklama görevinde herhangi bir ayrım yapılmamaktadır. Bunun yanında, öteki mesleki ahlak metinleri bu mutlak anlayış sistemini kabul etmemektedir. Örneğin; Dünya Tabipler Birliği'nin Uluslararası Tıp Etiği Kuralları, “Hasta onam verdiğinde ya da hastaya veya başkalarına gerçek ve yakın bir tehdidin varlığı halinde, bu tehdit sadece açıklama ile ortadan kaldırılabilecekse mesleki gizlilik ihlal edilebilir.” düşüncesi savunulabilirken, mesleki gizlilik ilkesinin belirtilen ifadelerle ihlal edilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu durum dikkate alınarak mesleki gizlilik ilkesinin uygulanması hususunun netleştirilmesi gerekmektedir.²⁹²

2.2.2.1.6. Sadakat

Hasta-hekim ilişkisinin önemli köşe taşlarından olan güven, “genellikle hekimin hastasını tedavi sürecinde terk etmemesi gerektiği biçiminde yorumlanmaktadır.” DTB'nin Uluslararası Tıp Etiği Kuralları'nda hasta-hekim ilişkisinin sonlanması için en önemli sebebin, hastanın başka bir hekime ihtiyaç duyması olarak ifade edilmiştir. Bu husustaki kural: “Hekim hastasına tam bir sadakat ile sahip olduğu bütün bilimsel bilgiyi sunmakla yükümlüdür. Bir tanı ya da tedavi yöntemi hekimin yetilerinin ötesine geçtiğinde hekim, gerekli bilgi ve beceriye sahip başka bir hekimi davet etmelidir” şeklindedir.

Bunun yanında bir hekim hastası ile olan bağlantısını bitirmek isteyebileceği başka nedenler de mümkündür. Örneğin; bir hekim taşınır veya meslekten ayrılırsa, hasta hekimin ücretini ödemezse ya da ödemeyi reddederse bu durum ayrıntılı izah edilmek suretiyle hasta hekim ilişkisi sona erdirilebilir.²⁹³

2.2.2.1.7. Dürüstlük

Hasta ve hekim ilişkisinde hatta tüm insanlar arasında geçerli olan bir ilke olan erdemli olma etiği, dürüstlük olarak da ele alınabilir. Burada tıp etiği karar verme durumundan ziyade, karar verenin davranış biçimiyle karakter şekline önem verir. Erdem ve ahlak anlamında bir mükemmellik şeklidir.

²⁹² Tıp Etiği El Kitabı, “Dünya Hekimleri Birliği”, (Çev. Murat CİVANER), “Türk Tabipler Birliği Yayınları”, 2005, s.49.

²⁹³ Tıp Etiği El Kitabı, s.39.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir hekim için en önemli vasıflardan biri, dürüstlüktür. Bu erdeme sahip olan hekimin doğru ve yerinde bir karar alması ve bu kararı hakkı ile daha iyi uygulama şansı olacaktır. Fakat erdem sahibi bir insan dahi kendine özgü bir takım olaylarda nasıl davranması gerektiğini bilemeyebilir ve doğru olmayan bir karar verebilir.²⁹⁴

2.2.3. Tıbbi Deontoloji Ve Hukuk Arasındaki İlişki

Hiç bir şüphe yok ki; tıp etiği ile hukuk yakın ilişkilidir. Modern ülkelerde hekimlerin ve sağlık çalışanlarının sağlık hizmetinin ifası ve bilim araştırmalarında meydana gelen etik sorunlarında davranış biçimlerini belirleyen kendine özgü bir kısım kanuni düzenleme mevcuttur.²⁹⁵ Ayrıca çalışma iznini veren kurum, DTB'nin *“Etik öğrenimi öğrenciyi, güç durumları tanıması ve sorunlarla akla yatkın ve ilkeli bir biçimde uğraşabilmesi için hazırlar”* kuralı gereğince mesleki ahlaka dair düzenlemeye aykırı davranan hekimi cezalandırabilecektir. Bu hususta söylenmesi gerekir ki; etik ve hukuk tam anlamıyla aynı değildir. Her ülkenin yasası birbirinden farklı hususları düzenlerken, etik kurallar bu ülkelerin tamamında geçerlidir.²⁹⁶

Hukukta bir olayın konusuna göre belirlenmiş bir davranışı yapma veya ondan kaçınma düzenlenir, diğer bir deyişle emir ve yasak içeren eylemin şekli belirlenir.²⁹⁷ Hukuk sistemini oluşturan bu emir ve yasaklar kaynağını yoğunlukla ahlak kurallarından alır ya da ahlak kuralları ile ciddi bir bağları vardır. Toplum yaşamında sosyal etik şeklinde tanımlanabilen ahlaki gereklilikler ile hukuki kurallar arasında birbirine özdeş ve benzer birçok husus vardır. Çoğunlukla ahlak ile hukukun yüklediği yükümlülükler ve ödevler arasında net bir paralellik göze çarpmaktadır.

“Hukuk ile etik arasında çok boyutlu bir ilişki bulunmaktadır.”²⁹⁸ Hukuk ve etik belirli bir alana yönelik bir takım normlar meydana getirmeyi amaçlarlar. Ortaya konulan bu normlar ifade edildiği gibi birbirlerine yakın olmakla birlikte, bir kısım farklılıklar da gösterir. Bu durum etik ile hukuk arasında bulunan farkların bir tezahürüdür.

²⁹⁴ Tıp Etiği El Kitabı, s.39.

²⁹⁵ Tıp Etiği El Kitabı, s.14.

²⁹⁶ Tıp Etiği El Kitabı, s.14.

²⁹⁷ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi. Ankara 2009, Siyasal Kitapevi s.35.

²⁹⁸ EMİR, s.7.

Bu farklılıklardan bir kısmı, pozitif hukuk kurallarının belirli bir zaman diliminde ve belirli bir insan grubu için yapılması iken etik ilkeler ise uzun yıllar içinde oluşur ve tüm insanlığın ortak değeri haline dönuşürler. Bir başka ayırım konusu ise hukuk kuralları, kamu otoritesi tarafından güç kullanılarak uygulanan bir yaptırım öngörür.²⁹⁹ Etik ilkeler bakımından ise çoğunlukla kamu otoritesinin uyguladığı veya uygulayacağı bir yaptırım yoktur.

Bir başka bağlayıcı unsur ise; etik ve hukuk arasında, “insan hakları hukuku” ve barındırdığı “insan onuru” kavramıdır. Öğretide; insan onuru “*İnsanın değeri derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar insanın değerini ya da onurunu oluşturur.*” olarak belirtilmektedir.³⁰⁰ İnsan onuru, hukuk sisteminin en temel değerlerindendir. Demokrasilerde devlet ile yurttaş arasında bulunan temel haklar sözleşmesi insan onuruna dayanır. Devlet olmanın gereği olarak, devlet, insana yalnızca insan olmasından dolayı sahip olduğu bir kısım hakları güvence altına alır.

Bir diğer husus ise insanın özgürlüğüdür. Bu değer de insanın temel haklarından ve insan onuru ile birlikte ele alınır. Bu hususta ifade edilmesi gerekir ki; etik, insanların davranışlarında ne şekilde hareket etmesi ile ilgili bir takım kural oluştururken, insanın doğası gereği ve doğumla elde ettiği onurunu da korumayı amaçlamaktadır. Sonuç olarak insanın haklarının muhafazası hukuk için de etik ilke ve değerleri için de bir uğraşı alanıdır.³⁰¹

Sonuç olarak tıp ve hukuk bilimlerinin arasında bulunan yoğun ilişki ve her ikisi için ortak unsur olarak kabul edilebilecek etik değerler, uygulamaya ciddi anlamda katkıda bulunmaktadır. Hekim tıp biliminde aldığı yetenek ile beden muayenesinin ve vücuttan örnek alınması hususundaki teknik bulguları tespit eder. Bunun yanında hukuk sisteminin düzenlediği zorlayıcı hükümlerin de kendisi açısından bağlayıcı

²⁹⁹ EMİR, s.7.

³⁰⁰ KUÇURADİ, İonna, Felsefe ve İnsan hakları: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1982, s.32.

³⁰¹ EMİR, s.7.

olduğunun farkındadır. Ancak; mağdur, şüpheli veya sanık özelinde insanın bireyselliği, din, kültür, özgürlük anlayışı, haklar ve sorumluluklar gibi hususlar etik unsurların ve tıp deontolojisinin oluşumunda önemli rol oynarlar.

2.3. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI İLE İLGİLİ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İLKELERİ

2.3.1. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasanın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti” olduğu net olarak ifade edilmiştir. Nitekim “hukuk devleti; insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan devlettir.”

Hukuk devleti (Rule of law, Rechtsstaat), demokrasinin olmazsa olmaz ikesidir. Bu kavram, hukuk sisteminin gelişiminde ve uygulanmasında dikkat edilmesi gereken ana ölçütlerden biridir.³⁰² “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” müessesesinin uygulanmasında da bu ilkenin dikkate alınması gerekir. Hukuk devleti kavramını, mahkemeler ve soruşturma makamları kanunların uygulanmasında, kararlarında ve çalışmalarında benimsemek ve değerlendirmelerini buna göre yapmak zorundadır. Hukuk devleti idealini gerçekleştirirken ortaya koyduğumuz anlayış, genel olarak hukuktan ne anladığımıza bağlıdır.³⁰³ Öğretide, hukuk devletinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin çabaların hukuk felsefesi yönünde

³⁰² AKTAŞ, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, “Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Yıl 5, Sayı 2020/1, ss. 1–32, s.3.

³⁰³ Craig, Paul (1997) “Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework”, Public Law, s. 487; Marmor, Andrei (2010) “The Ideal of the Rule of Law”, “A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory”, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blackwell, s. 667. (Naklen: AKTAŞ, s.3)

dikkat çekilerek hukuk teorilerine ilişkin öğretilerle yakından alakalı ifade edilmiştir.³⁰⁴

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hususunda önemi yadsınamaz veya göz ardı edilemeyecek ilkelerin başında gelen hukuk devleti ilkesi genel belirleyici ve yol gösterici olmaktadır. Buna göre kanun koyucu söz konusu kurumların düzenlemesine dair yasal metinlerde Anayasanın bu maddesinin bağlayıcılığı dikkate alınmalıdır. Uygulamada da soruşturma makamları ve mahkemeler bu ilkeye riayet etmelidir.

2.3.2. İnsan Onuruna Saygı İlkesi

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda en önemli hukuk devleti ilkelerinin başında insan onuruna saygı ilkesi gelir. Anayasanın 17’nci maddesinde *“kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir [...] muameleyle tâbi tutulamaz.”* düzenlemesi ile *“insan haysiyetine dokunma yasağı”* getirmiştir. Bu emredici bir hükümdür, istisnası veya koşulları yoktur. Yine Anayasanın 12’nci maddesinde, *“herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetleresahip olduğunu ancak, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini”* belirtmektedir.

Anayasamızın 5. maddesinde içerisinde sayılan *“devletin temel amaç ve görevleri”* arasında, *“kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”* olarak sayılmıştır. Buna göre kamu otoritesi devlet insan haysiyetini korumakla yükümlüdür.

Anayasamıza paralel bir düzenlemeye sahip Federal Alman Anayasası’nın 1. maddesinde düzenlenen *“insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi”* veya bir başka ifadeyle *“insan öz saygınlığına dokunma yasağı, her bir bireyin bireyselliğine saygı*

³⁰⁴ GÜL, Cengiz, *“İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti”*, Birinci Baskı, 2010, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 208.

duyulması ve hayatının en gizli alanına dokunulmamasını öngörmekte;³⁰⁵ Anayasada devlete insan haysiyetini koruma yükümlülüğü” getirilmiştir.³⁰⁶

Alman Federal Anayasa Mahkemesi³⁰⁷ “insan haysiyeti kavramı” konusunda, insanı özgür ve düşünce özerkliğine sahip bir canlı olarak görmekte ve insanın doğasına uygun olan bu özelliklerinden (“insan resmi Menschbild”) harekete etmektedir. Bunun yanında insanı, dünya üzerinde bir başına yaşayan bir canlı yerine toplum içinde ve bu toplumu oluşturan diğer bireylere karşı yükümlülükleri olan bir kişilik olarak tanımlamaktadır.³⁰⁸

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, özne niteliğindeki insanın öznel niteliğinin ihlal edilmesini, ortaya koyduğu “nesne formülü” kapsamında ifade etmektedir. Bu formül gereğince bireyin özneliği, “devletin basit bir nesnesi” hâline dönüştüğünde ihlal edilecektir.³⁰⁹ Bu anlayış insanı birey olmaktan çıkarıp eylemlerin veya davranışların konusu olmasını engellemeye yönelik oldukça etkileyici bir tespittir. Federal Mahkeme insanı nesne olmak yerine özne³¹⁰ olarak ele almaktadır. İnsanın basit bir objeye indirgenemeyeceği de belirtilmektedir.³¹¹ Özne olan insan toplumda herkes gibi eşit hakka sahip bir üyedir.³¹² Dolayısıyla, “insan haysiyetinin dokunulmazlığı” hususundaki bu görüşler bir güvence oluşturmaktadır.

İnsan haysiyeti, insanın sosyal ve ekonomik durumu, dış görünüşü ve diğer özellikleri belirleyici olmaksızın, insanın sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu bir

³⁰⁵ Klumpe, s. 129. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³⁰⁶ Federal Alman Anayasası’nın “İnsanın onur ve haysiyetinin korunması” başlıklı 1. maddesi: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.”, “<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>” (Erişim Tarihi:01.06.2021)

³⁰⁷ BVerfG 4, s. 15 (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³⁰⁸ “Türk Ceza hukuku açısından yükümlülük, korunan hukuki değerle suçun konusu arasında kişiden beklenen ve yaptırıma bağlanan edimdir.” ERTUĞRUL, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, “Gazi Üniversitesi HFD”, C.XII, 2008, s.1-2, s.690; BVerfG 4, s. 15 (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³⁰⁹ Pieroth/Jarass, Grundgesetz, m. 1 sn. 7.(Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³¹⁰ BVerfGE 30, s. 26. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³¹¹ BVerfG NJW 1988, s. 519 vd. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³¹² BVerfGE 45, s. 228. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

değerdir. Her insanın toplum içinde bir değeri vardır, her insan bu değerini korunmasını talep etme hakkına sahiptir.³¹³ Toplumumuzda bu durum itibar veya şeref kavramları ile ifade edilir. Belirtilen kavramlar çoğunlukla birbirinin yerine kullanılır.

Anayasa Mahkemesine³¹⁴ göre, “insan haysiyeti kavramı”, “*insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanınmasını ve sayılması*” olarak kabul edilir. “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” tedbirlerinde alınan kararlar ve infaz biçimleri bu değere riayet edilerek şekillenmelidir. İnsan haysiyetini ihlal bir davranış ve muamele insanın temel insani değerlerini sarsacaktır.

Çoğu zaman insan haysiyeti kavramı, toplumların gelenekleri ve toplum kuralları gereğince saygı duyulması gereken ve insanda bulunan bir kısım özelliklerle karıştırılır. İnsan haysiyetini koruma ve özüne dokunulmaması düşüncesinin gelişmesi ve yerleşmesi tarihinde uzun bir dönemi kapsamış; “prangabentlik, teşhir, boyunduruk ve dayak” gibi cezaların kaldırılması bu düşüncenin yerleşmesi ile uygulanır hale gelmiştir.³¹⁵

Öğretide insan onuruna dair birçok görüş ifade edilmiştir. Bunlardan biri, onur kavramının gereklerinden başında “insan haklarının önceliği”³¹⁶ olup, diğer yönüyle insan haklarının asli ve öncelikli oluşu vurgusu belirtilmiştir. Bu durum insan haklarının en yüksek noktası olarak kabul edilmektedir.³¹⁷ Devletin sadece insan haysiyetine dokunmamak şeklinde pasif bir yükümlülüğü yoktur, bunun yanı sıra

³¹³ BVerfG NJW 1988, s. 519 vd. (Naklen: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s.45)

³¹⁴ Resmi Gazete Tarih/Sayı 27.6.1967/12632, E: 1963/132, K: 1966/29, T: 28.6.1966, iç: “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>”, (Erişim Tarihi: 12.12.2020).

³¹⁵ Resmi Gazete Tarih/Sayı: 27.6.1967/12632, E: 1963/132, K: 1966/29, T: 28.6.1966, iç: “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>”, (Erişim Tarihi: 12.12.2020).

³¹⁶ ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, “Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı 7, 2008”, s. 41-82, s. 66.

³¹⁷ ÜNVER, “Ceza Hukuku...”, s. 66.

aktif olarak da insan haysiyetini korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.³¹⁸

2.3.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Özel hayat, yine insana sırf insan olmasından dolayı tanınan temel hak ve özgürlüklerinden biridir.³¹⁹ Kavram olarak özel hayat, “*kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı ve kendisini ilgilendirentutum ve davranışları*”; özel hayat alanı, “*kişinin başkalarını içinden çıkarmaya yetkili olduğu; kişinin izni olmaksızın kimsenin giremeyeceği gizli bir alan*” olarak tanımlanmaktadır.³²⁰ İnsanın bu mahrem ve kişisel bir yaşama alanında veya kişiye ait bir durum ya da bilginin başkalarından saklanması ve başkalarının müdahalesine açık olmaması durumudur.³²¹

Öğretide özel hayat alanı “*başkaları ile paylaşma arzusunu taşımadığımız kişisel yaşam parçaları*” olarak nitelendirilmektedir.³²² Burada en önemli nokta “*diğerlerinden ayrı olma ve diğerlerine bilinmez olma durumu*” dur. Buna göre “*özel hayat hakkı, kendisi hakkındaki bilgiyi başkalarından koruma hakkı ile aynı şey*” olarak tanımlanmaktadır.

Her insanın özel hayat alanında meydana gelen olay ve durumları, ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi yoğun ilişkide bulunduğu belirli sayıdaki insanlarla paylaşmak istemesi son derece doğaldır.³²³ Özel hayat alanı içinde bir alt küme halinde farklı bir tanımlama ile kişinin gizli hayatı da bulunur. İnsanın “*kişiliğinin nihaî sığınağı*” şeklinde ifade edilen gizli hayat alanı, “*normal durumlarda kişinin kimseyle paylaşmadığı, sadece kendisi için saklı tuttuğu ve hiç kimsenin bilmesini istemediği*

³¹⁸ ARSLAN, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, “TBB Dergisi”, 2015(120), s.168.

³¹⁹ “Özel hayat her ne kadar insanlık kadar eski bir kavram olsa da bu kavramın bir hak olarak ortaya çıkması özellikle 1890 tarihinde Warren ile Brandeis’in mahremiyet hakkı isimli makalesinden sonra olmuştur.” Bkz. WARREN, Samuel D./BRANDEIS, Louis D.: “The Right to Privacy, Harvard Law Review”, 1890, Vol. 4, No. 5, ss. 193-220 “<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>”, (Erişim Tarihi 09.12.2020).

³²⁰ ZAFER, Hamide, “Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması” (TCK m. 132-134), İstanbul 2010, s. 12.

³²¹ ZAFER, “Özel Hayatın..”, s. 12.

³²² ZAFER, “Özel Hayatın..”, s. 12.

³²³ ZAFER, “Özel Hayatın..”, s. 13.

veya maksimum çok güven duyduğu kişilere açık olay, hâl ve ilişkilerden oluşan alandır.”³²⁴

2.3.4. Ölçülülük İlkesi

Yukarıda ifade edildiği üzere “beden muayenesi ve vücuttan örnek almak” amacıyla kişinin beden bütünlüğüne karşı yapılması düşünülen her türlü tıbbi müdahalenin, işlenmiş bir suç sebebiyle delil elde etmek maksadıyla yapılması ve bunun amacı ile orantılı olması durumu, hukukun temel ilkelerinden olan ölçülülük ilkesinin bir gereğidir.³²⁵ Öğretide ölçülülük ilkesi, hak ve hürriyetlerden taviz verilerek alınan bedel ile bir yönüyle korkulan zararın ağırlığı, diğer yönüyle de zarar ihtimalinin kuvveti arasında ihtiyacın gerektirdiği oranda ikili bir denge olmasını isteme durumudur.³²⁶

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ölçülülük kavramının genel kabul göre tanımı şöyle yapılmaktadır³²⁷: “Ölçülülük ilkesinin amacı temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan zorunluluk, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen orantılılık ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır”³²⁸

³²⁴ ZAFER, “Özel Hayatın..”, s. 13.

³²⁵ TOROSLU, Nevzat, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin, Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emaré Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, 15 Ocak 2000, Bildiri X, “Ankara Barosu Hukuk Kurultayı”, Ankara, ss. 323-340. “<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitap-lar/pdf/untit2007/hukukkurultay00-2.pdf>” (Erişim Tarihi, 13.12.2020).

³²⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.303.

³²⁷ AYM, E.2014/196, K.2015/103, T:12.11.2015 “<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf>” (Erişim Tarihi:01.12.2020)

³²⁸ AYM, E. 2013/57, K. 2013/162, T.26.12.2013 “<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf>” (Erişim Tarihi:01.12.2020)

Yapılan tanıma göre bir suç soruşturmasında başka türlü delil elde etme imkânı bulunmaması durumunda tedbire karar verilmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir.³²⁹ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, yukarıda da savunulduğu gibi hukuki niteliği itibariyle koruma tedbiri olma özelliği taşıması itibari ilebu tedbire başvurulduğu durumlarda kesinlikle ölçülülük ve ikincillik ilkelerine riayet edilmelidir.³³⁰ Buna göre bu tedbire “ancak diğer delil elde etme yöntemleri denendikten sonra veya bunların etkisiz kalacağının anlaşılması koşulu ile son çare olarak” başvurulmalıdır.³³¹

Kanaatimizce demokrasi ile yönetilen ülkelerde ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin ana temelidir. Ceza muhakemesinden Hukuk Muhakemesine, Yargıtay’dan Danıştay kararlarına kadar her alanda bu ilke, adalet ve hakkaniyete uygun karar verilmesi açısından oldukça kilit rol oynar. Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında bu husus, yerinden bir değerlendirme yapılarak araç ile amaç arasındaki mantık bağının bozulması şeklinde ifade edilmektedir.³³²

Anayasamızın 13’ncü maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiş olan, “demokratik toplum düzeni” ve “ölçülülük ilkesi”ne göre bir fiil kavramının CMK’nın düzenlenmesine dâhil edilmesinin gereği olduğu da savunulabilir. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme kişilere tanınmış bir haktır. Bu hakkının sınırlandırılması Anayasa’nın 17’nci maddesinde “korunma altına alınan, bireysel özerklik hakkının sınırlandırılması anlamına” da gelir. Bu sebeple tıbbi müdahaleye alınan rızanın gösterilmesi hususundaki mutlak düzenleme ve madde bağlamında öngörülecek sınırlama konusu, Anayasa ile doğrudan ilişkilendirilerek Anayasaya uygunluk hususunda yerinde ve doğrudan bir çözüm bulunmuş olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi, Alman Anayasa Mahkemesi de bahse konu tıbbi müdahaleler açısından ölçülülük ilkesine kesin surette uyulması konusunda görüş birliği içindedir.³³³

CMK düzenlemesinde diğer kişiler bakımından “dış beden muayenesi, iç beden

³²⁹ AYGÖRMEZ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda...”, s.38

³³⁰ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 261.

³³¹ MAHMUTOĞLU, s. 26.

³³² BAYZİT, s. 58.

³³³ WOLTERS, s.38.

muayenesi ve vücutlarından örnek alınması” tedbirleri aynı şartlara bağlanmış aynı maddede hüküm altına alınmıştır.³³⁴ Madde metninde sadece mağdurdan bahsedilmiş olsa da, madde başlığı dikkate alındığında kanaatimizce şüpheli veya sanık dışında kalan diğer kişiler hakkında uygulama alanı bulabilir.

Burada irdelenmesi gereken ilk değişiklik maddenin ikinci fıkrasında yer alan mağdurun rızası olması durumunda karar alınması gerekip gerekmediği hükmüdür. Zira şüpheli/sanık bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Her ne kadar öğretide hâkim olan ve katıldığımız görüşe göre, şüpheli/sanık bakımından “iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına” ilişkin her durumda kanunda belirtilen makamların karar vermesi gerektiğidir.³³⁵ Fakat şüpheli/sanığın talebi halinde, savunma hakkının kısıtlanmaması çerçevesinde karar alınmasına gerek duyulmaksızın tedbirin uygulanabileceği yönünde görüşler de mevcuttur.³³⁶

2.3.5. Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasında Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı

2.3.5.1 Kişisel Veri

Hızla gelişen ve teknolojinin yaşamların merkezinde yer aldığı dünyada, ele alınması gereken önemli sorunlardan biri kişisel verilerin güvenliği ilkesidir. Kişisel veri kavramı, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi³³⁷ olarak” ele alınmıştır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunun 6. maddesinde “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verilerini de özel nitelikli kişisel veri” olarak

³³⁴ Mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesine ilişkin sadece Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7’nci maddesinde düzenleme olduğu, Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmadığına ilişkin görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.629

³³⁵ AYGÖRMEZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda..., s.151.

³³⁶ ADAR ÖZDEMİR Çiğdem, “Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, “İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi”, 2019 İstanbul, s.82.

³³⁷ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/d. “<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>” (Erişim Tarihi:03.12.2020)

tanımlamaktadır.³³⁸ Maddenin devamında bu verilerin kişilerin açık rızası alınmadan kaydedilmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir.³³⁹ Kişisel verilerin yalnızca kanunda düzenlenen belirli durumlarda ya da kişinin açık rızasıyla işlenebilir olması, Anayasanın 20. maddesi ile anayasal güvence altına alınmıştır.³⁴⁰

Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak ülkemizde yaşayan her bireyin Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası³⁴¹ gereğince kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı vardır. Bireyin bu hakkının, “kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi” de kapsayacağı belirlenmiştir.

Tıp uygulamalarında kişisel verilerin kaydedilmesi ise, başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin “yaşadığı sağlık sorunları, hekimi ile arasındaki ilişkileri, hastalığının ne olduğu, kullandığı ilaç, kendisine uygulanan tedavi, vücut özellikleri, tahlil ve sair tetkiklerin sonuçları kişisel veri” kapsamına girmektedir.³⁴² Bu anlamda sağlık uygulamalarında alınan bir takım bilgi ve verilerin korunması hem yasal, hem de anayasal güvenceye sahiptir.

2.3.5.2. Kişisel Veri Çeşitleri

“Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması” hakkında yönetmelik dışında bu bilgilerin ne olacağı hususunda kanunda açık bir husus yoktur. Ancak 6698 sayılı yasanın yürürlük tarihinden önce çıkan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2012/1514 Esas, 2014/312 Karar sayılı ve 10.06.2014 karar tarihli kararında kişisel verilerin:

³³⁸ KVKK, “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Yer Alan Temel Kavramlar Kitapçığı”, s.9, “<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4187/6698-Sayili-Kanun%27da-Yer-Alan-Temel-Kavramlar>” (Erişim Tarihi:02.12.2020)

³³⁹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.6/2 “<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>” (Erişim Tarihi:03.12.2020)

³⁴⁰ Anayasa m.20, “https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf” (Erişim Tarihi:03.12.2020)

³⁴¹ “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” “https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf”(Erişim Tarihi:05.10.2021)

³⁴² “<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1235168-kisisel-verilerin-kaydedilmesi>” (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

“Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırimcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler ve ayrıca ses ve görüntü de kişisel veridir.”³⁴³

Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alış verişler, kredi kartlarına ilişkin veriler ve ayrıca sayılan bu bilgiler ile kişinin nerede ve kimlerle bulunduğu, sağlık bilgilerine ilişkin bilgiler de ortaya çıkarılabileceğinden ve varlık bilgisinin toplumsal açıdan da özel sayılmasından dolayı önemi artmaktadır.

Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: E-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. Bunun önemi şu bakımdan artmaktadır, internette gezinti yapan kişi birçok kişisel bilgileri paylaşmakta, bu bilgiler kayıt altına alınmakta, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması nedenleriyle artmaktadır.

Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik veriler de (kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) kişisel veriler arasındadır.

Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayırimcılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgilerde kişisel veridir.”³⁴⁴

Sonuç olarak; kişisel verilerin ne olduğu hususunda uygulamada rehber niteliği taşıyacak bir tanımlama yapılmıştır. Bu tespitle paralel olarak öğretide de kişisel veri, “kişi ile ilgili genel bilgiler, telefon numarası, parmak izi, avuç içi taraması,

³⁴³ TEKİN, Derya, “Kişinin Tarafı Olduğu Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçuna (TCK m.132/3) İlişkin Güncel Sorunlar”, “Ceza Hukuku Dergisi Cilt: 15, Sayı: 43, Ağustos 2020”, ss.567-582, s.570

³⁴⁴ Uyap.gov.tr, Ortak uygulamalar. (Erişim Tarihi:03.12.2020)

biyometrik kimliği, ev veya iş adresi, T.C. kimlik numarası, hastane, banka, nüfus ve adli sicil kayıtları, alışveriş yaptığı yerler ve tercihleri, siyasi görüşü, dini inancı, siyasi parti ve sivil toplum örgütlerine üyeliği, sosyal faaliyetleri, aile yapısı, cinsel hayatına ilişkin bilgiler” olarak kabul edilmektedir.³⁴⁵

2.3.5.3. Mevzuatımızda Kişisel Veriye İlişkin Düzenlemeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı 8. maddesinde, “herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, 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 mümkün olabileceği” belirlenmiştir.³⁴⁶

Bu kapsamda Anayasa gereğince iç hukuk düzenlemesi olarak kabul edildiğinden bu sözleşme maddesi yol gösterici olmasının yanı sıra, kişiler ve kamu kurumları açısından bağlayıcıdır. Metinden anlaşılabacağı üzere, “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde herkesin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, ayrıca Anayasanın 20. maddesinde kişinin temel haklarından” sayılmıştır.³⁴⁷

TCK’nın “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümünde “Kişisel verilerin kaydedilmesi” başlıklı 135. maddesinde “hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme suçu” düzenlenmiştir. Yasa metninde “kişisel verilerin kaydedilmesi ile ikinci fıkrasında kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık

³⁴⁵ “<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/kisisel-veri-nedir-ne-demektir>” (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

³⁴⁶ *European Convention on Human Rights*, s. 11 “https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf” (Erişim Tarihi: 04.12.2020)

³⁴⁷ YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayını”, Ankara, 2008, s. 782.

durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimsenin cezalandırılacağı” öngörülmüştür.³⁴⁸

CMK’nın 75 ve 76’ncı maddelerinde “şüpheli veya sanığın kanı, saçı, tükürüğü, tırnağı gibi alınan örneklerini kişisel veri” olduğu kabul edilmiştir.³⁴⁹ CMK’nın 80’nci maddesinde ise alınan kişisel veri sayılan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının gizli olduğu, soruşturma amacının dışında başka bir amaçla kullanılamayacağı, kanunen dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkası ile paylaşılamayacağı düzenlenmiştir.

Kişisel bilgilerin güvenliğini sağlama ve geleceğini belirleme hakkı, “bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı” kapsamında, kaynağını Anayasadan alan insan haysiyetinin korunması ve kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkından doğmaktadır. Bu bağlamda Anayasa 17. maddesinde “kişisel bilgiler veya verilerin geleceğini belirleme hakkı, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ve insan onurunun korunması ilkesi” gibi insana insan olması sebebiyle bahsedilmiş değerler koruma altına alınmıştır.

Anayasanın 20’nci maddesinde kişisel verilerin korunması hakkına anayasal güvence getirilmiştir. Anayasa Mahkemesine³⁵⁰ göre Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında kişisel verilerin korunması hakkı, “kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler , ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık

³⁴⁸ “<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>” (Erişim Tarihi:03.12.2020)

³⁴⁹ AKGÜL, Aydın, “Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 85.

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi E: 2014/122, K: 2015/123, T: 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016 - 29640, “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/004ab030-d a 0 2 - 4 6 2 b - 9 9 9 0-84cad78525c9?highlightText=kişisel%20veri&excludeGercek=False&wordsOnly=False>” (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

rızasıyla islenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”,³⁵¹

Bu şekliyle “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” durumunda da kişisel verilerin korunması hakkı mağdur, şüpheli veya sanık ve diğer kişiler için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Anayasa hukukunda yer alan kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, Anayasanın 17 ve 20’nci maddeleri gereğince temelini “insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve maddî ve manevî varlığı geliştirme hakkının” oluşturduğu anayasal haklardır.

Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği tanım, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³⁵²’nin 3’ncü maddesinde de düzenlenmiştir, buna göre: “Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”yi ifade eder. Bu bilgilerle veri bankası oluşturmak veya alınan vücut örneklerinden bilimsel deney yapmak,³⁵³ bekâret kontrolü³⁵⁴ veya toplumsal baskı maksadıyla yapılan “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” işlemleri CMK’nın 75 ve 76’ncı maddeleri kapsamında değerlendirilemez.³⁵⁵ CMK gereğince açılmış bir soruşturmada isnat edilen suçla ilgili delil elde etme amacı bulunması, en önemli ve öncelikli şarttır. Bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak için “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” işlemi kabul edilemeyeceği gibi³⁵⁶ delil elde etme amacı gütmeyen beden muayenesinin CMK’nın 75 ve 76’ncı maddeleri kapsamında değerlendirilmeyeceği savunulmuştur.³⁵⁷

³⁵¹ Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: “<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>”, (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

³⁵² 6698 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 24.3.2016, Resmi Gazete: 29677, 7.4.2016, iç: “<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf>”(Erişim Tarihi: 12.12.2020).

³⁵³ APİŞ, s.271; MAHMUTOĞLU, s.4.

³⁵⁴ HOT, İnci/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/YORULMAZ, Coşkun, “Rom J Leg Med Romanian Society of Legal Medicine”, 17(1), 2009, s.139-146; KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, ss. 223-225.

³⁵⁵ ÖZEN, İnci Zekiye “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, “İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2007, Sayı: 72-1”, s. 135; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT SAYGILAR/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 523; ÖZTÜRK/Kazancı/Güleç, s. 153; KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp., s. 186.

³⁵⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.284.

³⁵⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 357.

KVKK'nın 28/1-d maddesine göre “Kişisel verilerin, soruşturma, kovuşturma veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi” halinde, KVKK hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir.³⁵⁸ “Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü” ile birlikte suçların önlenmesi ve infazı ile ilgili Yönerge de bu durum kabul edilmiştir.³⁵⁹ Ancak herhangi bir adli soruşturma nedeniyle olsa da; “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” işlemleri sonucunda alınan veriler, kişisel veriler kapsamında “hassas korunması gereken kişisel veri” niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Alınan verilerin korunması konusunda kanun koyucunun ve uygulayıcının daha özenli davranması gerekmektedir.³⁶⁰

2.3.5.4. Tıp Uygulamalarında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi

Özel veya kamu kurumu farkı gözetmeksizin tüm sağlık kuruluşlarında hastalara ilişkin tıbbi veriler, kayıt altına alınmaktadır. Bu bir yetki olmakla birlikte aynı zamanda yükümlülüktür.³⁶¹ Tıbbi kayıtlar kişinin sağlık durumu ile ilgili her türlü veriyi içerir kayıtlar olarak değerlendirilebilir. Bunlar epikriz raporları, röntgen, emar sonuçları, reçeteler ve tedavi yöntemi olarak düşünülebilir. Bu kayıtları tutmanın amacı hastanın tedavisinin güvenli bir şekilde yapılması ve tedavi sonrasında herhangi bir hukuki ihtilaf çıkması durumunda delillerin güvence altına alınmasının sağlanmasıdır.³⁶²

Bu hususta yasa olarak ilk dikkat çeken “Tababet Ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞTİDK)” 72. maddesidir. Madde metnine göre “*Hekimler, dış hekimleri ve ebeler Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen ve onaylanarak kendisine verilen protokol defterine hastanın kimliğini yazmada mecburdurlar.*” şeklinde düzenleme ile hekimlere ve diğer yardımcı personele bir yükümlülük yüklenmiştir. Aynı yasanın 73. maddesi ise “*Protokol defterinde tahrifat yapan ve gerçeğe aykırı bilgi yazan hekimler, dış hekimleri, dişçiler ve ebeler TCK 345 inci maddesi uyarınca cezalandırılır.*” şeklinde bir madde ile yaptırım öngörülmüştür.

³⁵⁸ KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, s. 338.

³⁵⁹ KÜZECİ, s. 338.

³⁶⁰ YILMAZ, Sabire Sanem, “Ceza Hukuku Kapsamında Beden Muayenesinin Adli Tıp ve Kişisel Veriler Açısından Değerlendirilmesi”, “Terazi Hukuk Dergisi Cilt: 13, Sayı: 146, Ekim 2018”, ss: 117-129, s.128

³⁶¹ Bkz. Tıbbi Kayıt Tutma Yükümlülüğü hakkında; SÖĞÜT, İpek Sevdâ, “Tıbbi Kayıtlar”, “Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, 2013/2, s.65.

³⁶² SÖĞÜT, s.66.

1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun” dışında; 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”, 992 sayılı “Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuarları Kanununda” kayıt tutma hususu belirtilmiştir. 3153 sayılı yasanın 5. maddesi, *“Röntgen ve radyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayda mahsus ve Sağlık Bakanlığı’nca hazırlanan örnekler uygun protokol defterleri tutulması mecburidir”*; 6. maddesi ise *“Röntgen ve radyom ve her nevi elektrik aletleri ile ancak müessese mütehassısı tarafından veya nezareti altında yapılır ve her tedavi seansının bitmesinden sonra her hasta için ayrı tutulacak bir müşahade varakasına yapılan tedavinin nevi ve devam müddeti ve cereyanın kuvveti veya tatbik edilen radyomun miktar ve şekli ve tedavi yapılan nahiyenin genişliği ve sair tafsilat kaydedilerek mütehassıs tarafından imza edilir. Bu müşahade kâğıtları en az üç sene muhafaza edilir”* şeklinde bir düzenleme içermektedir.

Ek olarak, Vergi Usul Kanunu’nun (VUK) 172 ve 210 uncu maddelerinde, “defter tutacaklar arasında serbest meslek erbabı olarak nitelendirilen doktorlar, VUK’nun 210 uncu maddesinin son fıkrasına göre, isterlerse protokol defteri tutacakları” düzenlenmiştir. Bazı yönetmelik ve tüzüklerde de tıbbi kayıt tutma hususu düzenlenmiştir.

Bu yönetmeliklerden 992 Sayılı “Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya laboratuarları Kanununa Müteferri Olarak Tanzim Olunan Yönetmelik”in 16. Maddesi: *“Her laboratuarda protokol ve rapor olmak üzere iki nevi defter tutulmasını zorunlu kılmıştır. Protokol defterinde açılacak hanelere sıra numarası, tarih ve tahlil edilen maddenin nevi ve cinsi, tahlil ve muayenenin nev’i maddenin ait olduğu şahsın ismi, muayene ve tahlilin muhtasaran neticesi ve alınan ücret kaydedilir. Rapor defterleri her nevi tahlile mahsus olmak üzere ayrı ayrı veya hepsi için lazım gelen tafsilatı muhtevi olarak bir nevi olmak üzere arzu edilen şekilde tanzim olunur. Bu defterlerin evrakı ortasından zımbalı olarak iki kısmından mürekkep olup bir kısmı dip koçanı olarak kalır, diğer kısmı muayene ve tahlil edilen maddenin neticei tahliline ait rapordur. Dip koçanların münderecatı rapor münderecatının aynı olacak ve raporla aynı zamanda doldurulacaktır.”* 17. maddesi.- *“Her nevi tahlilat ve muayenat için*

verilen raporlarda tahlil ve muayene edilen maddenin nev'i, maddenin ait olduğu şahsın ismi, tahlil tarihi ve mufassal olarak tahlil netayici zikredilecek her rapor bir sıra numarasını muhtevi olacaktır. Tahlil edilen madde anasırı mürekkebesinin dozajları yapıldığı takdirde her birisi ayrı ayrı gösterilmelidir” hükümlerini içermektedir.

27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Özel Hastaneler Yönetmeliği” ile 09.03.2000/23998 ve 23.06.2001/24441 sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanan “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik”le getirilmiştir. “Özel Hastaneler Yönetmeliği” Madde 48.- “Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası Müdürlükçe mühürlenmiş defterlerin tutulması zorunludur.”, “Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik” Madde: 46.- “Sağlık kuruluşuna başvuran her hasta protokol defterine kaydedilir. Her hekim, Yönetmelikte belirtilen sağlık kuruluşunun ismini taşıyan reçeteyi kullanır ve bu reçeteye kendi imzasını ve kaşesini basar. Muayenehanelerde ise hekim adına düzenlenmiş reçete kullanılır. Sağlık kuruluşunda yazışma, kayıt ve benzeri işlemlerin bilgisayar ortamında gerçekleştirilmesi, bu Yönetmelik ile öngörülen yazılı kayıt sisteminin bulundurulma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.”

Ayrıca 25 Mayıs 2010 Resmî Gazetede yayımlanan “27591 sayılı Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinin” 26.maddesinde; “Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir.(2) Kayıtlı kişi sayısı, yapılan hizmetlerin listesi, muayene edilen ve sevk edilen hasta sayısı, kodları ile birlikte konulan teşhisler, reçete içeriği, aşılama, gebe ve lohusa izlemi, bebek ve çocuk izlemi, aile plânlaması ve bulaşıcı hastalıklar ile ilgili veriler ve Bakanlık tarafından belirlenen benzeri veriler evrak kayıt kriterlerine göre belirli aralıklarla düzenli olarak basılı veya elektronik ortamda Bakanlığa bildirilir.” şeklinde düzenleme mevcuttur. Mevzuatımızda bulunan bu hususlar kişisel verilerin kaydedilmesi açısından kanuni temele dayanması sebebiyle hukuka uygunluk sebeplerini oluşturmaktadırlar.

Bu verilerin niteliği açısından ele almak gerekirse; kişinin sağlığına ilişkin bu veriler hiç şüphesiz, özel nitelikli kişisel verilerdir. Kişiye ait özel sağlık verilerinin üçüncü kişilerce öğrenildiği durumlarda kişisel verisi hakkında bilgi verilen şahsın ayrımcı bir davranışla karşı karşıya kalmasına ya da başka türlü bir mağduriyetine sebep olabilecek nitelikte davranışlara neden olunabilir.

Kişisel verinin korunması ve bu verilere yönelik işlenmiş bir suç bakımından tartışmaya değer bir konu da; hekim tarafından belirli hususların açıklanması için bir ödev söz konusu ise, kanun hükmü gereğince yerine getirilen bu eylemin, hukuka uygunluk sebebi ile hukuka aykırı olmaktan çıkması, aksine bir eylemde bulunulması durumunda ise görevinin gereklerine uygun davranmadığından dolayı suç oluşabilmesidir.³⁶³

Mevcut yasa ve yönetmeliklerde düzenlenen ve hekime veya ilgili sağlık görevlisine verileri kaydetme yetkisi veren durumlarda hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilmelidir. TCK'nın 279. ve 280. maddeleri ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bildirim yapılaması gereken bir kısım düzenlemelerine göre kişisel verilerin verilebilmesi durumu buna iyi bir örnektir.³⁶⁴

Kişinin sağlığına ilişkin ve “beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması” sonucunda elde edilen veriler kişinin yaşam hakkına ilişkin olmaları sebebiyle diğer kişisel verilere göre çok daha sıkı bir korumaya tabi tutulmalıdır. Mevzuatımızda, bu verilere özel bir önem verilmekte ve bu verilerle ilgili farklı bir düzenleme getirilmektedir. İlgili kanunda bu bilgiler “özel nitelikli kişisel veri ya da hassas veriler” olarak kabul edilmektedir.³⁶⁵

Özel nitelikli veri, 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde; “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve*

³⁶³ DÜLGER, Murat Volkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, “İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3/2” (Eylül 2016): ss.101-168, s.152.

³⁶⁴ HAKERİ, Hakan, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu”, 16 – 17 Ocak 2009, “Mersin Barosu Yayını”, Mersin, 2009, s. 131.

³⁶⁵ KVKK, “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşleme Şartları Kılavuzu”, “www.kvkk.gov.tr “(Erişim Tarihi: 10.12.2020)

güvenlik tedbirleriyle ilgili veril eri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” olarak tanımlanmıştır. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ile bunlar dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin, açık rıza olmaksızın işlenebileceği halleri farklı düzenlemiştir. Kanunda özel nitelikli kişisel veriler belirtilerek kanun maddesinde düzenlenmiştir. Bu sebeple özel nitelikli kişisel verilerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.

Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde özel nitelikli kişisel verilerin kaydedilmesinin hangi durum ve şartlara uyularak gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Anayasa tarafından güvence altına alınan “yaşama hakkı, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğün kullanılması”, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin mutlak bir yasak olarak kabul edilmemelidir. Kanuna göre açık rıza halinde özel nitelikli kişisel veriler işlenebilir. Ayrıca yasaya göre, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, ilgili kişinin açık rızası dışında aşağıdaki hallerde de mümkündür:

Tablo: “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşleme Şartları”³⁶⁶

“İşleme Şartları	Kapsam	Örnek
İlgili Kişinin Açık Rızası	İlgili kişinin açık rızasının alınmış olması	Klinik araştırmalar kapsamında gönüllülerin rızasının alınması.
Kanun Hükmü	Sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası	Çalışana ait sendikalılık bilgisinin özlük dosyasında mevzuat

³⁶⁶ KVKK, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşleme Şartları Kılavuzu, www.kvkk.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

	aranmaksızın işlenebilir. Vergi Kanunları, İş Kanunu, Türk Ticaret Kanunu vb. daha sıkı hassas veri işleme şartları.	gereği tutulması gerekir.
Kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı	Kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi	Doktorun hastası hakkında işlediği sağlık verileri.”

Sağlık Bakanlığı tarafından 6698 sayılı yasaya uygun bir şekilde çıkarılan “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik”in 7. maddesinde “kişisel sağlık verilerinin işlenmesi” düzenlenmiştir. Aynı yasanın 7/2 maddesinde “*Kişisel sağlık verilerinin, ilk fıkrada sayılan amaçlar dışında anonim hale getirilmeden işlenmesi için ilgili kişiye ait verilerin işleme gerekçesi ile ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması ve bu rızanın muhafaza edilmesi gerekir*” denilerek kişisel sağlık verilerinin anonimleştirilmesi, 3. fıkrasında “*İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya*

yargı kararı bulunmaması halinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir” denilmek suretiyle kişisel sağlık verisinin işlenmesi için verilen rızanın geri alınması düzenlenmiştir.

Rızanın geri alınması durumunda rızanın alındığı tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz³⁶⁷ Kişilik hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalenin, hukuka uygun hale gelebilmesi için, kişilik hakkı sahibinin müdahaleden önce³⁶⁸ ve en geç müdahale anında rıza vermesi gerekir.³⁶⁹ Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yerinde olmayıp; veri sahibinin rızası, kişisel verilerin işlenebilmesinde hukuka uygunluk sebebi oluşturur.³⁷⁰

Sonuç olarak uygulayıcılar açısından kişisel sağlık verilerinin kaydedilmesi söz konusu olduğunda TCK’nın 135. ve 136. maddeleri açısından bir hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığına yasa ve sair mevzuattaki hükümler birlikte bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca göz önünde bulundurulması gereken hususlardan biri de; “hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer tüm tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla CMK’nın 46/1-b maddesi³⁷¹ gereğince tanıklıktan çekinme hakları” bulunduğudur.

Tıp mesleğine mensup kişilerin çekinme sebebi olmasına ve hastanın da tanıklığa ilişkin rızasının bulunmamasına rağmen tanıklık yapılması durumunda ilgili sağlık mesleği mensubu, TCK’nın 136’ncı maddesi uyarınca kişisel verilerin açıklanması

³⁶⁷ DÜLGER, M.V., s.153.

³⁶⁸ AYÖZGER, A. Çiğdem, “Kişisel Verilerin Korunması, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dâhil”, İstanbul 2016, s. 125, 127; LIEDKE, Bernd, “Die Einwilligung im Datenschutzrecht”, Edeweicht 2012, s. 3. (Naklen: BRAUN, Cihan Avcı, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV Sayı:1 (2018)”, ss.13-35, s.15.)

³⁶⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016, N. 552.

³⁷⁰ AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 82, 83; LIEDKE, s. 3.

³⁷¹ CMK’nın 46. Maddesi: “Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme; Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.”

suçunu işlemiş olacaktır.³⁷² Ayrıca CMK'nın 70/1 maddesinde tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu bağlamda tıp mesleği mensuplarına dolaylı olarak mesleki sıfatları nedeniyle temasta bulundukları hastaları ve bunların yakınlarına ilişkin özel veri niteliğindeki bilgiler konusunda ceza soruşturması ve kovuşturmasında bilirkişilikten çekinme hakkı da tanınmıştır. “Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” m.9/4’de de “hekimin, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebileceği” öngörülmüştür³⁷³

2.3.5.5. Kişisel Verilere İlişkin Sonuç Değerlendirme

Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız hususlar ışığında yapılan değerlendirmede; TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu ve tıp uygulamalarında kişisel verilerin işlenmesi arasında tartışmasız net bir bağlantı vardır. Kanun koyucu ceza yasasında düzenlediği suç tipleri ile vatandaşlarının haklarını korumaya yönelik bazı yaptırımlar öngörmüştür. Bunun yanında kamu yararı düşünülerek mevzuatta düzenlenen bazı yasa, tüzük ve yönetmeliklerle bu duruma istisnalar getirmiştir. Bu duruma hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir. Ayrıca “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”neticesinde edinilen bilgiler yayılması bir adli soruşturmada soruşturmanın gizli olması ilkesi bakımından gizliliğin ihlalinin düzenleyen TCK'nun 285 inci maddesi gereğince “Soruşturmanın gizliliği” ihlal suçunu da oluşturabilir.

6698 sayılı KVKK'nın 3/1-e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi TCK'nın 135. ve 136. maddelerinde yer alan hareketleri kapsar şekilde ancak onlardan daha geniş bir halde ele alınmıştır. Bu durum ceza hukukunun genel ilkesi olan ve TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen “suçta ve cezada kanunilik ilkesine” aykırı bir durum oluşturmaktadır. Bu durum göz önüne alınarak TCK'nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen suçların yürürlük tarihi daha sonra olan 6698 sayılı yasa

³⁷² HAKERİ, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme”, s. 127.

³⁷³ YOKUŞ SEVÜK, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, s. 791.

kapsamında kabul edilen kişisel verilerin işleme şartlarını da kapsar şekilde yeniden düzenlenmesi zorunluluktur.³⁷⁴

2.4. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN İNCELEME

2.4.1. Alman Ceza Muhakemesi Açısından

Alman CMK(StPO)'da genel olarak beden muayenesi, kan örneğinin alınması ve bu işlem için hastaneye götürme soruşturma işlemleri 81a, 81c ve 81d maddelerinde düzenlenmiştir.³⁷⁵ Konumuz CMK'nın 76'ncı maddesinde düzenlenen “mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesinin yapılması ve vücudundan örnek alınması” müessesesi ise 81c maddesinde ele alınmıştır.

Kanun başlığı, 5271 sayılı CMK'ya paralel olarak “*diğer kişilerin muayenesi*” iken, kanun metninde “*tanık olarak dinlenmeleri söz konusu olan şüpheli dışındaki kişiler*”in muayenesi ifade edilmiştir.³⁷⁶ Aslında kanun metni bu şekilde olsa da; burada kastedilen, tanık olarak dinlenebilecek olanlar değil, tanık statüsü olan şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerdir. Maddi gerçeğin araştırılması bakımından bir suçun izi veya neticesini taşıyıp taşımadıklarına ilişkin bu şahısların rızaları olmasa dahi muayene edilebilecekleri düzenlenmiştir.³⁷⁷

Aynı maddenin 2'nci fıkrasında soy bağının tespiti için kişilerin sağlığını tehlikeye düşürmemek ve bu tedbirin araştırılmasının soruşturma için kaçınılmaz olması şartıyla rızaları olmasa dahi kişilerin vücutlarından örnek alınabileceği, bu işlemin ancak hekim tarafından yerine getirilebileceği düzenlenmiştir.³⁷⁸ Yine mevcut düzenlememize paralel olarak tanıklıktan çekinme hakkı olanlar için kaçınma

³⁷⁴ DÜLGER, M.V., “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, s.163.

³⁷⁵ SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Tosten, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.103(Çev. Salih OKTAR)

³⁷⁶ YENİSEY Feridun/ OKTAR Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.60.

³⁷⁷ Alman CMK m.81c/1: “Persons other than the accused who might be called as witnesses may be examined without their consent only insofar as establishing the truth involves ascertaining whether their body shows a particular trace or consequence of an offence.” https://www.legislationline.org/download/id/9178/file/GERM_CPC_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2022); YENİSEY/ OKTAR, s.61.

³⁷⁸ YENİSEY/ OKTAR, s.61.

durumu 3'ncü fıkıradaki yer almıştır. 3'ncü fıkranın devamında algılama yeteneği zayıf veya bu yeteneklerinden yoksun küçükler ile psikolojik rahatsızlığı olanların çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. Çocuk veya akıl hastasının kanuni temsilcisinin bu yetkisi kaldırılmış ise, bu konuda hâkim tarafından karar verilir hâkime ulaşamadığı durumlarda savcılık kararı ile de bu işlem yapılabilir.³⁷⁹

Alman Ceza Muhakemesi uygulamasında “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasına” ancak mahkeme karar verebilir, gecikme araştırma neticesini tehlikeye düşürecekse bu durumda savcılık ve adli kolluğun da bu kararı verebileceği 81c maddesinin 5'nci fıkrasında düzenlenmiştir.³⁸⁰

Alman Ceza muhakemesi uygulamasında şüpheli/sanık dışında bulunan diğer kişilerin beden muayenesi açısından daha sert şartlar öngörülmüştür. Dolayısıyla, şüpheli/sanık dışında bulunan mağdur veya diğer kişiler bakımından ve öncelikle bir suç soruşturmasında tanık sıfatına sahip kişiler üzerinde de beden muayenesi yapılabilmesi düzenlenmiştir.³⁸¹

Burada en dikkat çekici ve hukukumuzda yenilik getirici boyutta olacak düzenleme 6'ncı fıkradadır. Buna göre usulüne uygun bir karara rağmen ilgilinin muayene olmaktan kaçınması durumunda Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 70. maddesine göre disiplin para cezası uygulanır, para cezasının tahsil edilememesi durumunda ise disiplin tutuklaması kararı verilebileceği öngörülmüştür.³⁸² Ancak buna rağmen kişinin beden muayenesi yine yapılır. Eğer kişi disiplin cezasına rağmen muayeneyi kabul etmemekte ısrar eder ve gecikmesinde sakıncalı bir hal meydana gelirse zor kullanılarak beden muayenesi yapılabilir. Ancak doğrudan zor kullanma durumu için hâkimden ayrıca, zor kullanmaya ilişkin özel bir karar alınması gerekir.³⁸³

CMK'nın 77. maddesinde düzenlenen kadının muayenesi sırasında istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılabilmesi durumu, Alman

³⁷⁹ YENİSEY/ OKTAR, s.62.

³⁸⁰ YENİSEY/ OKTAR, s.62.

³⁸¹ WOLTERS, s.38.

³⁸² YENİSEY/OKTAR, s.52,53.

³⁸³ YENİSEY/OKTAR, s.62.

CMK'sının 81d her iki cinsiyet için kendi cinsiyetinden bir hekim seçme hakkı olarak tanınmıştır. Burada haklı bir yarar varsa ve utanma duygusunun rencide edilebileceği durumlar için öngörülen bir hak olduğu da belirtilmiştir. Kişinin muayeneye rıza göstermesinin bu hakkı kullanmaktan feragat ettiği anlamına gelmeyeceği de düzenlenmiştir.³⁸⁴

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlıklı CMK ‘nın 75’nci maddesinde düzenlenen “şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına” ilişkin hüküm Alman CMK’sının 81a maddesinde içerisinde düzenlenmiştir.³⁸⁵ Düzenleme içeriği, “şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve bedene yönelik müdahalelere ilişkindir. Hükümde şüpheli ya da sanık üzerinde iç beden muayenesinin yapılması ya da vücuttan kan örneği alınması gibi bedene yönelik diğer müdahalelere ilişkin koşullar öngörülmektedir.”³⁸⁶

Almanya’da ilgilinin sağlığını tehlikeye düşürmemek ve ağır bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemek koşulları ile rızası olmasa dahi şüpheliden örnek alınabilmektedir.³⁸⁷ Ancak bu hususta bir hâkim kararı gereklidir. Aksi durumda alınan kan örneği ile temin edilen delil, delillerin değerlendirmesi yasağı kapsamında kalacaktır.³⁸⁸

CMK’nın. 78’nci maddesinde düzenlenen “*moleküler genetik incelemeler*”, Alman CMK’sının 81e maddesinde aynı başlıkla düzenlenmiştir. Madde içeriğinde moleküler genetik incelemeye ilişkin esasları öngörülmüştür. CMK’nın 78. maddesi uyarınca “*75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.*”

Buna karşın Alman CMK’sı gereğince elde edilen örnekler üzerinde, “sadece soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait

³⁸⁴ YENİSEY/OKTAR, s.63.

³⁸⁵ YENİSEY/OKTAR, s.59.

³⁸⁶ YENİSEY/OKTAR, s.64.; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku....”, s. 60.

³⁸⁷ ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 565

³⁸⁸ SCHROEDER/VERREL, s.115.

olupolmadığının tespiti için gerekli olması halinde değil, aynı zamanda kişinin cinsiyetinin tespiti için de moleküler genetik inceleme yapılabileceğini öngörmektedir.”³⁸⁹ Burada değinmek gerekir ki; Almanya örneğinde görüldüğü üzere alınan örneklerden ayrıca cinsiyet tespitinin yapılabilmesi CMK’nın 78. maddesinde düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, belirtilen hususta bir boşluk olduğu değerlendirilmekle, 5271 sayılı CMK’ya bu incelemeye izin veren bir düzenlemenin eklenmesi yerinde olacaktır.

Nitekim bir adli soruşturmada cinsiyetin açıkça ortada olduğu bazı durumlarda şüphelinin aranması ve bulunması bir nebze daha kolay olacak ve soruşturmacı sadece o cinsiyete yönelik araştırmada bulunarak olayın çözülmesi bakımından zaman kazanacaktır.³⁹⁰ Yine Kanunumuza paralel olarak Alman CMK’sının 81e maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde belirtildiği üzere, alınan örnekler üzerinde kanunda tanımlanan amaçlar dışında incelemeler yapılmasının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Alman CMK’sının 81e maddesinin 2’nci fıkrası, CMK’nın 78/2 ile yakın olmakla birlikte farklı formüle edilmiştir.³⁹¹ Buna göre Alman CMK’da “*Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan, muhafaza altına alınan ya da el konulan örnekler üzerinde de yapılabilir. Fıkra 1 cümle 3 ve m. 81 a III ilk yarım cümle bu halde de uygulanır*” ifadesine yer verilirken³⁹²; Kanun koyucumuz CMK’nın 78/2 maddesinde “*Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır*” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu haliyle Alman CMK “kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları” kavramlarını kullanmak yerine doğrudan muhafaza altına alma ve elkoyma tedbirine yer vermiştir.

Vücuttan örnek alınması tedbiri kapsamında ele almak gerekirse, elkoyma işleminin konusu başlıklı Alman CMK’nın 94. Maddesinde “kan izi, mide içeriği, idrar ya da insana ya da cesede ait bir vücut parçası gibi unsurların” da madde kapsamında yer

³⁸⁹ AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s. 60.

³⁹⁰ Aynı yönde görüş için bkz. AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s. 60.

³⁹¹ AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, “Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku...”, s. 60.

³⁹² YENİSEY/OKTAR, s.64.

alan “eşya” kapsamında olduğunu kabul edilmiştir.³⁹³ CMK’nın 123’ncü maddesinde düzenlenen “*ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya ...*” hükmü, “hiç kimsenin zilyetliğinde olmayan sahipsiz eşyalar” açısından geçerli olabileceği belirtilmektedir.³⁹⁴ Görüldüğü üzere vücut parçalarının iç hukukumuzda dâhil olduğu kanun maddesi vücuttan örnek alınmasına dair CMK’nın 75’nci ve devamı maddeleridir. Burada Alman uygulamasından farklılık göstermektedir.

Öğretide CMK’nın 75 ve 76. maddeleri sadece “şüpheli, sanık veya mağdur hakkındaki beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı öngördüğünden, kime ait olduğu belli olmayan ceset parçalarının, kan izleri, mide içeriği, semen gibi örneklerin CMK’nın 123 kapsamında taşınabilir eşya olduğunu kabule engel bir durum bulunmadığı” ifade edilmiştir.³⁹⁵ Bu görüşün devamında Alman CMK hükmü, CMK’nın ilgili hükmüne göre daha belirgin ve açıklayıcı bir düzenleme öngörmüş, bu bakımdan hangi tedbirin nasıl uygulanacağı tartışmalarının da önüne geçildiği savunulmuştur.

Ancak kanaatimizce olay yerinde “sahipsiz ceset parçaları, kan izleri, mide içeriği veya semen gibi bir örnek” yoktur. Henüz maktulü veya mağdurunun kimliği tespit edilememiş vücut parçaları vardır. Bu yönü ile uygulamada bu tür bir insandan gelen bir materyalin incelenmesi durumunda CMK’nın 75’nci devamı maddelerine göre hâkim kararı ile muhafaza altına alma(el koyma) işlemi yapıldıktan sonra üzerinde yapılması muhtemel moleküler genetik inceleme gibi bir kriminal bir işlemi söz konusu olduğunda da ayrıca hâkim kararı alınmaktadır.

2.4.2. İngiliz Ceza Muhakemesi Yönünden

İngiliz ceza muhakemesinde “Police and Criminal Evidence Act”(PACE) adı ile bilinen usul kanununda, muayenesi yapılacak veya örnek alınacak kişinin ya da bu anlamda tıbbi müdahalede bulunacak kişilere ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır.³⁹⁶ PACE m.55/4’te yapılacak muayenin yeterli niteliklere sahip bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında devam eden 5.

³⁹³ YENİSEY/OKTAR, s.67.

³⁹⁴ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 334.

³⁹⁵ AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku.... s. 61.

³⁹⁶ https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2022)

fikrasında bir polis memurunun veya kolluk görevlisinin karşı cinsten mağdur veya şüphelinin mahrem nitelikte olan beden muayenesi niteliğindeki “iç beden aramasını” yapamayacağı belirtilmiştir. Ancak muayeneyi yapacak hekimin veya sağlık görevlisinin cinsiyetine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

İngiliz Hukuku’nda iç beden muayenesi (intimate search) sadece uyuşturucu madde suçları için delil elde edilebilmesi amacıyla düzenlenmiştir. Belirli bir grup uyuşturucu madde dışında hiçbir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla iç beden muayenesi yapılamadığı gibi, muayene, şüphelinin kendi kullanımı için uyuşturucu bulundurduğu durumlarda da uygulanamaz.³⁹⁷ Bir soruşturma kapsamında kişiden örnek alınması ve beden muayenesinin yapılması için delil elde etme amacıyla yapılacak müdahalelerde makul bir sebebin varlığı gerekir.³⁹⁸

Delil teminine yönelik iç beden muayenesi, kişinin uygun ve yazılı rızası olmadan icra edilemez.³⁹⁹ Alman ceza muhakemesi hukukunda zorla muayene mümkün olmasına rağmen, İngiliz uygulamasında ilgilinin muayene olmaması suçluluğuna karene olarak kabul edilmesi yoluna gidilmekte zorla muayene edilmesi usulü benimsenmemektedir.⁴⁰⁰ Bununla birlikte geçerli bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesi mahkeme veya jüri tarafından yargılamanın çeşitli safhalarında sanık aleyhine kullanılabilir.⁴⁰¹

³⁹⁷ DÜNDAR Meltem, “İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller”, İstanbul 2014, s.206.

³⁹⁸ KIZILARSLAN, “Ceza Muhakemesi, Adli Tıp”, s.224; PACE m.55/1 ve m.63/4.

³⁹⁹ PACE m.55/3A

⁴⁰⁰ KIZILARSLAN, Hakan, “Ceza Muhakemesi, Hukukunda Vücudun Muayenesi Ve Örnek Alma”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2007, s.201.

⁴⁰¹ ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 565; “İç beden muayenesi, en az komiser rütbesine haiz emniyet amirinin kararı ile mümkündür. Komiser veya üst rütbeli memurun iç beden muayenesi kararı verebilmesi için, şüphelinin başka kişilere tedarik veya ihraç etmek amacıyla uyuşturucu madde sakladığı ve bu maddenin iç beden muayenesi haricinde bulunamayacağına yönelik makul sebeplere istinad eden inancı aranmaktadır. (m.55/1,2) İç beden muayenesi kararı sözlü olarak verildiği takdirde mümkün olan en kısa sürede yazılı hâle getirilmelidir. (m.55/3) Doğal vücut fonksiyonu ile vücuttan atılabilecek ve beklemek için zamanın olduğu durumlarda, arama yapılmaması ve beklenmesi gerekmektedir. Şüphelinin vücutundan örnek alınmasında ise iç beden örneği (intimate sample) - dış beden örneği (non intimate sample) ayrımı yapılmış, iç beden ve dış beden örnekleri PACE m.65’te sınırlı sayıda belirlenmiştir. Buna göre iç beden örnekleri, i) kan örneği, sperm veya başka herhangi bir salgı örneği, idrar veya kasık kılı, ii) dış ölçüsü, iii) (kasık kılı dâhil) cinsel organlardan veya ağız dışındaki vücut boşluklarından pamukla alınan örnektir” DÜNDAR, s.206.

İngiltere uygulamasını oldukça benimseyen ve önemli bir Anglo Sakson hukuk uygulayıcısı olan Birleşik Devletlerde federal ve eyalet mahkemelerinin ceza muhakemesinde kapsamında mağdur veya şüpheliden alınan örnekler üzerinde DNA incelemesi veya başka yollarla elde edilebilecek delilin güvenilir olduğu ve davanın neticelendirilmesi anlamında etkili kabul edileceği yönünde birçok kararı vardır.⁴⁰²

2.4.3 İtalyan Ceza Muhakemesi Yönünden

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununda şüphelinin, mağdurun veya diğer kişilerin beden muayenesi 220 ve 221’nci maddelerde⁴⁰³ “uzmanlık” başlığı altında teknik bir inceleme gerektirdiği gerekçesiyle bilirkişi incelemesi olarak ele alınmıştır.⁴⁰⁴ 220’nci maddenin birinci fıkrasında incelemenin konusunun bilimsel veya sanatsal bir hususta olması gerektiği vurgulanmıştır. Bedenin muayenesi de bir hekim tarafından yapılması gerektiğinden bilimsel bir inceleme ve değerlendirme vasıtası olarak ele alınabilir. Söz konusu incelemeyi yapacak kişinin özellikleri bakımından; İtalyan CMK’nın 221’nci maddesinde yeterli niteliği sahip kişilerin ancak bu inceleme için görevlendirilebileceği düzenlenmiştir.

İtalyan hukukunda bedeninde delil gizlendiği yönünde şüphe nedenleri varsa kişinin vücudu muayene edilebilir, bu muayene iç veya dış beden muayenesi şeklinde olabilir; Cumhuriyet savcıları bu kararı kendileri verebileceği gibi, gecikmesinde sakınca olacak hallerde adli kolluk görevlileri de re’sen bu işlemlere başvurmaya yetkilidir.⁴⁰⁵ Rızası olmadıkça şüpheli veya sanıktan örnek alınamamaktadır. İngiltere uygulamasından farklı olarak makul bir gerekçesi olmasa dahi bu durum yargılamanın ilerleyen safhalarında şüpheli veya sanık aleyhine “suçluluk karinesi” olarak kullanılamamaktadır.⁴⁰⁶

İtalyan Ceza Kanunu’nun 50’nci maddesinde “*geçerli bir şekilde rızasını açıklayan kişi*” denilmek suretiyle açıklama şeklinin yerinde ve anlaşılır olmasının yanı sıra ve

⁴⁰² CHALMERS, Don, Genetic Testing and the Criminal Law, 1, DNA Fingerprinting, 2 Criminal Procedure (International Law), I. Title, UCL Press, Londra, 2005, s. 14.

⁴⁰³ İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, İstanbul, 10. Bası, Beta Yayıncılık, Eylül 2016, s.321,322.

⁴⁰⁴ https://www.polpenul.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2022)

⁴⁰⁵ CENTEL /ZAFER, s.297.

⁴⁰⁶ ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 565.

açıklayan kişinin de buna ehil olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰⁷ Belirtilen bu durum, kişinin maruz kaldığı bir eylem nedeniyle hukuki menfaatinin kapsamı içinde bulunan özgürlüğünü kabul etmenin önemini ifade eder.⁴⁰⁸

Her türlü tıbbi müdahale ve tedavi açısından ilgili kişinin “aydınlatılmış rızası ve önceden açıklanmış talimatları” alınmasının önemine ilişkin bir düzenleme 2017 yılında yürürlüğe giren bir kanunla İtalyan hukukuna kazandırılmıştır.⁴⁰⁹ Bu düzenleme bağlamında, bir tıbbi müdahalenin yapılması ve insan hayatının son dönemine dair tartışmalı hususlar Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmiştir.⁴¹⁰ Böylelikle iç hukuk düzenlemeleri ile uluslararası sözleşmeler arasında doğacak çatışmalar da giderilmiştir.

⁴⁰⁷ İtalyan CK. Art.50: “Consenso dell avente diritto Non e punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che puo validamente disporne.”

https://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/penal_code.pdf (Erişim Tarihi:25.05.2022)

⁴⁰⁸ CASSANİ, Carlotta, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, “TBB Dergisi, Sayı 77, 2008”, ss.236-248, s.240, (Çev. Muharrem ÖZEN/Mustafa ÖZEN)

⁴⁰⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.577.

⁴¹⁰ ÖZSUNAY, Ergun, “Yaşamın Sonu Aşamasında Tıbbi Tedaviye İlişkin Karara Hastanın Katılımı”, “III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C.1, Ankara 2019”, ss.541-558, (Ed. HAKERİ/DOĞAN), s.551.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEDBİRİN ADLİ TIP UYGULAMALARI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ, UYGULANMA ŞARTLARI ve DENETİMİ

3.1. TIBBİ YÖNÜYLE MUAYENE VE ÖRNEK ALMA

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in tanımlar başlıklı 3’ncü maddesinde tıbbi muayene *“tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler”* olarak; aynı maddede müdahale ise: *“hekim veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler”* olarak betimlenmiştir. Bir soruşturma kapsamında yapılan mağdurun vücudunda olay nedeniyle meydana gelen değişikliklerin tespiti maksadıyla yapılan inceleme faaliyetine CMK anlamında muayene denir.

Vücuttan örnek alma ise, çoğunlukla şüpheli ya da sanık üzerinde gerçekleştirilen olay yerinde veya kimi zaman suç mağduru üzerinde bulunan delillerle karşılaştırma yapmak amacıyla yapılan bir tedbir ve mevcut delilleri değerlendirme aracıdır.⁴¹¹ Yönetmelikte örnek, *“bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal”* olarak tanımlanmıştır. Kişinin vücudundan alınan örnek ile o kişinin biyolojik kimlik özellikleri tespit edilir. Alınan bu örnek üzerinde yapılacak laboratuvar incelemesi ile olay yerinden ya da mağdurdan elde edilen örneğin şüpheli veya sanık örnek sahibine olup olmadığı tespit edilebilir.⁴¹²

Burada son dönemde birçok kez gündeme gelmesi ve CMK anlamında yapılan beden muayenesi ile karıştırılması nedeniyle değinilmesi gereken bir durum ise, “çıplak arama” meselesidir. “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük”ün 46. maddesinde çıplak arama, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlünün üzerinde kuruma sokulması veya bulundurulması yasak olan madde veya eşyanın bulunduğu dair makul emarelerin bulunması ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi halinde çıplak olarak yapılan arama işlemidir.

⁴¹¹ CENTEL/ZAFER, s.297.

⁴¹² CENTEL/ZAFER, s.297.

“Çıplak arama sırasında aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde öncelikle hükümlüden bu madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkarılması istenir, aksi halde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir.”⁴¹³ Ancak bu tıbbi müdahalenin ceza infaz kurumu tabibi tarafından gerçekleştirileceği maddede belirtilmiştir.⁴¹⁴

Ceza infaz kurumlarında yapılan bu tür aramalar ciddi anlamda kişi hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil ettiği halde tüzükle düzenlenmiştir. Bu durum Anayasanın bu tür kısıtlamaların kanun ile yapılacağına emredici hükmüne aykırı olduğundan bahisle eleştirilmektedir. Aramanın niteliği itibari ile genellikle cinsel organlar çevresinde veya çukurlarında yapılmaktadır. Yukarıda da yapılan tanımlarda

⁴¹³ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.94.

⁴¹⁴ “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük”, (Karar Sayısı: 2006/10218) “Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım” m.46

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

görülebileceği üzere bu tür bir müdahale esasen iç beden muayenesi benzetilmektedir.⁴¹⁵ İç beden muayenesi CMK’da belirli şartlarla yapılabilen bir hukuki müessesedir. Bu durumda dikkate alındığında tüzük hükmünün açıkça kanun hükmüne aykırı olduğu görülebilir. Kanaatimizce bu düzenlemenin infaz sistemini düzenleyen “5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”da yer alması daha yerinde olurdu.⁴¹⁶

Beden muayenesi ve ceza infaz kurumlarına girişte arama karşılaştırıldığında; iki düzenlemenin hukuki nitelikleri ve yöneldikleri kişiler⁴¹⁷ farklı olsa da uygulanan işlem aynıdır. Ceza infaz kurumlarına girişte yapılan aramada kişinin çıplak halde beden çukurlarına ve bir şey saklamaya elverişli mahrem bölgelerine bakılmaktadır. Zaman zaman ülke gündemine geldiği kadarıyla, belirli şartlarda kişi üzerinde zor kullanılması da söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kabul edilmelidir ki; burada teknik anlamda bir aramadan ziyade bir beden muayenesi söz konusu olmaktadır.

Yapılacak bu uygulamanın öznel niteliği gereği söz konusu işlem insan haysiyeti ve insan onuru üzerinde negatif bir etkiye sahiptir. Ayrıca üzerinde çıplak arama yapılacak “kişinin rızası” bulunduğu bahisle bu uygulamanın hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilebilmesi de mümkün değildir. Kanaatimizce önceden ayrıntılı şekilde izah ettiğimiz sebeplerle bu nitelikte kişi hak ve hürriyetleri bakımından ciddi bir müdahale içermesi nedeniyle ceza infaz kurumlarına girişte yapılan aramanın kanunla düzenlenmiş olması yerinde olacaktır.

3.1.1. Muayene

Beden muayenesinin Yönetmelikte ve öğretide farklı tanımları yapılmaktadır. Aynı kavramsal olarak ele alınması gerekirse; beden sözlük anlamı ile “*Canlı varlıkların maddi bölümü, vücut ve vücudun, baş, kol ve bacak dışında kalan bölümü, gövde*” şeklinde ifade edilmişken⁴¹⁸; muayene ise sözlük anlamı ile “*Bir*

⁴¹⁵ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.94.

⁴¹⁶ Bkz. AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.94; ÖZKAN, s.85-86

⁴¹⁷ Beden muayenesinde mağdur, şüpheli veya sanık ve diğer kişiler iken ceza infaz kurumlarına girişte yapılan arama kapsamında ise tüzükte hükümlü kişiden bahsedilmektedir.

⁴¹⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime:beden, (Erişim tarihi: 07.01.2021)

*kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma, sağlık muayenesi, gözden geçirme, araştırma, yoklama, kontrol” olarak tanımlanmıştır.*⁴¹⁹

Muayenenin genel kabul gören bir tanımı olmadığı ifade edilmişti. Buna rağmen öğretilerde bir kısım yazarlarca birbirine yakın tanımlar yapılmaktadır. Bunlardan bir kısmı; şüphe sebebi ya da delil elde etmek amacıyla “bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması ve doğal vücut boşluklarının ya da organlarının tıbbi müdahale ile tıbbi araçlar kullanmak suretiyle incelenmesi,⁴²⁰ ceza muhakemesi kapsamında önemli bulunan olguları saptayabilmek amacıyla, yaşayan insan vücudunun incelenmesi ve yahut vücuda müdahale edilmesi,⁴²¹ kişinin vücut boşluklarında, iç organlarında veya vücut sıvılarında tıbbi yöntem ve araçlarla özelliklerin incelenerek delil aranması,⁴²² vücutta arama yapılmasından farklı olup, şüphe sebebi ya da delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması”⁴²³ şeklinde tanımlamaktadırlar.

3.1.2.Muayene zamanı

Beden muayenesinin konusu doğal olarak insan vücududur. İnsanın vücudunda bir dış müdahale sonucunda oluşan unsurlar vücudun kendi kendisini yenileme özelliğinden ötürü zamanla kaybolur. Bu sebeple bir adli soruşturmada yapılacak muayenenin doğru sonuçlar vermesi ve olaya ilişkin yerinde tespitler ortaya koyması açısından muayenenin zamanı oldukça önemlidir.

Örneğin; “adli inceleme için örnek toplamaya ilişkin mağdur olaydan en geç 72 saat sonra getirilmişse ve banyo yapmamışsa daha sağlıklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Cinsel sıvıların tespit edilmesi için zaman sınırları; tükürükte (ağız içi svaplarda) 31 saat, vajinal svaplarda 6 gün ve anal svaplarda 3 gündür. Ancak bunlar maksimum sürelerdir. Seminal sıvının tespiti için geçerli olan zaman sınırları ise vajinada 12-18

⁴¹⁹ “http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime:muayene”, (Erişim tarihi: 07.01.2021)

⁴²⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOGLU; “Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı”, s.889

⁴²¹ CENTEL, s.75.

⁴²² ÖZBEK “CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli –içtihatlı)”, Seçkin Yayınevi, Ankara–2005, s. 254, ÖZBEK, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi”

⁴²³ ERMAN, Barış, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Seçkin Yayıncılık I. Baskı, Nisan 2003, s.177.

saat, anüsteise 3 saattir”.⁴²⁴ Bu süreler ve yukarıda belirtildiği gibi “beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın” diğer şartları dikkate alındığında etkin ve hızlı soruşturma yapmanın önemi kendisini göstermektedir.

Uygulamada çoğunlukla olayın hemen ardından müracaat eden mağdurun beden muayenesinin kısa sürede yapılmasına özen gösterilmektedir. Olayın kısa bir özetini mağdurdan dinleyen kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısına mutad iletişim vasıtaları ile bilgi verir. Cumhuriyet savcısı, CMK’nın 160. maddesi gereğince soruşturma açılması ve öncelikle delillerin toplanması talimatını verir. Bu kapsamda kolluk henüz ifade dahi almadan mağdurun beden muayenesini en yakın adli tıp şubesi veya sağlık kuruluşunda yaptırır. Genellikle muayene süresi, semptomlarda değişiklik ve hücrede farklılık gibi yeni olay olduğu halde 3–4 saat arasındadır.⁴²⁵

3.1.3. Muayene koşulları

3.1.3.1. Dış Beden Muayenesi Yapılması

Mağdur, şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin bir adli soruşturma kapsamında dış beden muayenesi yapılabilir. Mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesi CMK’da düzenlenmişken, şüpheli ya da sanık hakkında dış beden muayenesi Yönetmelikte düzenlenmiştir. “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi başlıklı 5’nci maddesinde “bir suç soruşturma kapsamında delil elde etmek maksadıyla şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin Cumhuriyet savcısı ve emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabileceği” düzenlenmiştir.

Burada en dikkat çekici husus şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinde; iç beden muayenesinde ön görüldüğü gibi muhtemel söz konusu suç için bir ceza üst sınırı belirtilmemiştir. Bu sebeple herhangi bir suç tipi için şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasında sakınca yoktur. Buna dair tek ayırksı durum, muayenenin tatbik edilmesi için yapılacak tıbbi müdahalenin, kişinin sağlığına

⁴²⁴ DERMAN/KARATAŞ, s.75.

⁴²⁵ POLAT, Oğuz, “Klinik Adli Tıp – Adli Tıp Uygulamaları”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı Eylül–2004, s.11.

açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği Yönetmelik'in 5/3 maddesinde ifade edilmiştir. Bu durum muayenenin her suç için yapılabileceği fakat olayın tehlike içeren koşullarının da göz ardı edilemeyeceği sonucunu ortaya koymaktadır.

Şüpheli veya sanık hakkında yapılacak dış beden muayenesine Yönetmelik gereğince "Cumhuriyet savcısı ve emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamları" karar verebilecektir. Ayrıca başka bir merciden karar alınması gerekmeyecektir.⁴²⁶

Yönetmeliğin 5. maddesinde "şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi tabiptarafından yapılabileceği" düzenlenmiştir. Yönetmeliğin bu maddesi, CMK'nın 75. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde; aksine bir düzenleme olmadığı için herhangi bir sağlık mesleği mensubu veya hekim gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması mümkün değildir. Bu muayene sadece hekim tarafından gerçekleştirilebilir.

Buna rağmen girişimsel olmayan tomografi veya ultrason gibi tıbbi görüntüleme yöntemlerinin uygulanması gerektiğinde bu işlem hekimin gözetiminde teknik görevli sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından da yapılabilir. Bunun yanında fizyoterapist olarak göre yapan sağlık mesleği mensubunun fizik tedavi uygulaması veya bir radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi bir kısım teknik işlemler; tabip gözetiminde sağlık mesleği mensuplarının yapabileceği işlemler arasında kabul edilmektedir.⁴²⁷ Burada hekim çıkan sonuca göre değerlendirme raporu yazar. Ancak unutulmamalıdır ki; bu görüntüleme işlemi şüpheli ya da sanığın cinsel organları veya anüsü üzerinde yapılacaksa artık CMK'nın 75/4 maddesi gereğince artık dış beden muayenesi kapsamında olmayacak; CMK'da 75. maddesi gereğince iç beden muayenesine şartlarına tabi tutulacaktır.

Görüldüğü üzere kanunun net ve emredici hükmü ile cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan inceleme veya görüntüleme içeren müdahalenin iç beden muayenesi sayılacağı, bu durumda yapılacak müdahalenin dış beden muayenesi

⁴²⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.456.

⁴²⁷ ÇAKAL, Ayşe, "Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 s.32.

çerçevesinde değerlendirilebilecek bir müdahale niteliğinde basit bir müdahale olarak ele alınması durumunda dahi, müdahalenin bölgesi ve cinsel dokunulmazlığa müdahale özelliği dikkate alınarak iç beden muayenesi hükümlerine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.⁴²⁸

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması CMK'nın 75'nci ve Yönetmelik'in 6'ncı maddeleri gereğince yalnızca hekim veya hekim gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu kişi tarafından gerçekleştirilebilir" iken; mağdur ve diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesi CMK'nın 76'ncı maddesi gereğince sadece hekim; vücudundan örnek alınması ise Yönetmelik'in 8'nci maddesi gereğince "hekim veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi" tarafından da yapılabilir.

Mağdurların ve diğer kişilerin dış beden muayeneleri aksine bir düzenleme söz konusu olmadığını için iç beden muayenesine paralel şekilde CMK'nın 76/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, anılan madde uyarınca "mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle hâkim veya re'sen mahkeme, gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur."⁴²⁹ CMK'nın 76/2 maddesi gereğince "muayeneye mağdurun rızası var ise hâkim kararına gerek yoktur. Çocuğun soy bağına araştırılması gereken durumlarda soy bağı araştırılan çocuk hakkındaki muayene CMK'nın 76/3 maddesi uyarınca mağdura ilişkin hükümlere tabidir."

Diğer kişilerin beden muayenesi başlıklı CMK'nın 76'ncı maddesi içeriğinde madde başlığının aksine sadece mağdur ve soy bağı belirlenmesi muhtemel çocuktan bahsetmektedir. Bu eksiklik veya çelişki kanun koyucu tarafından diğer kişilerin kim olduğu hususunda uygulayıcıya seçenek verme amacıyla yapılmış olabilir fakat Yönetmeliğin 7'nci maddesinde "*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi*

⁴²⁸ ÖZTÜRK vd., s.366.

⁴²⁹ Karşı görüş için bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s.1006, 1016; CENTEL/ ZAFER, s.272; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, 2010, s.458; SOYASLAN, s.270-271; ÜNVER/HAKERİ, s. 282; YENİDÜNYA, Ahmet Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.659.

yapılabilmesi” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu durum kanunda eksiklik olduğu hususunda kanaat edilmesine neden olmuştur. Kanaatimizce Yönetmelik hükmü kanunun belirlediği sınırın üzerinde bir düzenleme içererek kanuna aykırı bir hale gelmiştir. Bu sebeple çelişki ve eksikliğin giderilmesi maksadıyla diğer kişilerin beden muayenesi CMK’nın ilgili maddesi içeriğinde açıkça düzenlenmelidir.⁴³⁰

Yönetmelik’in 7/2 maddesi gereğince “şüpheli veya sanığın beden muayenesinde olduğu gibi diğer kişilerin de dış beden muayeneleri ancak hekim tarafından yapılabilir.” Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri dış muayene olarak değerlendirilir. Bu tür incelemeler, Yönetmelik hükmüne rağmen uygulamada “tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu kişi” tarafından yapılmaktadır.

İç beden muayenesinde olduğu gibi dış beden muayenesi de kişinin vücut dokunulmazlığına belirli bir oranda müdahale niteliği taşır. Kişi bulunduğu yerden alınarak bir suç soruşturması nedeniyle olsa da başka bir yere götürülür, burada bedenine müdahale niteliğinde davranışlara maruz kalır. Bu durum hiç şüphe yok ki; kişinin Anayasa güvence altına alınan temel hak ve hürriyetini ihlal edici niteliktedir. Kanaatimizce dış muayene koşullarının da kanunla açıkça düzenlenmesi ve yapılması muhtemel müdahalenin gecikmesinde sakıncalı hal olması durumu dışında hâkim veya mahkeme kararına dayanması gereklidir.⁴³¹ Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kanunun belirlediği sınırı aşan ve bu soruşturma işlemine dayanak olan Yönetmelik hükmü, mevcut durumda kanuna aykırı olup, aynı zamanda AİHS’nin işkence yasağını düzenleyen 3’ncü maddesi ve “özel ve aile hayatına saygı”yı düzenleyen 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi veya AİHM’ne başvuru yapılmasına imkân verebilir.⁴³²

Dış ve iç beden muayenesini birbirinden ayırmamıza yarayan ana unsurlardan bir tanesi olan girişimsel veya girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri hususunda bir düzenleme Yönetmelik’te mevcut değildir. Ayrıca tıbbî görüntüleme işleminin cinsel organ veya anüs üzerinde olması durumu da iç beden muayenesi

⁴³⁰ ÜNVER/ HAKERİ, s.288.

⁴³¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.537.

⁴³² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.537; ÖZTÜRK/KAZANCI/ GÜLEÇ, s. 157.

olarak kanun gereğince ele alınmaktadır. Bu bağlamda değerlendirme yapmak gerekirse, uygulanan yöntem veya işlemin içeriği önemli olduğu gibi incelenen bölgenin ve kişinin korunan hukuki değerinin farklılığı işlemin niteliğinin belirlenmesinde rol oynamaktadır.⁴³³

Yapılan işlemin niteliği bağlamında vücuda doğrudan bir alet ile girmeyi öngören kolonoskopi, endoskopi, retroskopi gibi tıbbi işlemlerin girişimsel nitelikleri gereği, iç beden muayenesi olarak değerlendirilmeleri normaldir. MR çekirmek bakımından ise görünürde sadece görüntüleme işlemi olarak düşünülse de; ilaçlı MR olması durumunda, işlemin yapılması sırasında vücuda alınacak herhangi bir ilaç olduğu durumda farklı değerlendirilerek, işlemin girişimsel bir müdahale niteliğinden bahsedilebilecektir.⁴³⁴ Bu bağlamda girişimsel tıbbi görüntüleme sistemleri, bir elektronik cihaz eşliğinde, teşhis konulması ya da tedavi edici herhangi bir tıbbi işlemin özel aletler kullanılarak uygulanmasına verilen addır.⁴³⁵

Girişimsel müdahale, insan vücuduna damardan veya cilt altından tıbbi bir alet veya teçhizat ile girilmek suretiyle uygulanan tüm tıbbi müdahaleleri kapsamaktadır. Fakat kişinin vücudunun iç kısmına herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmaksızın yalnızca görüntüleme işlemine başvurularda yapılan işlem dış beden muayenesi olarak değerlendirilecektir.⁴³⁶

3.1.3.2. Dış Beden Muayenesinin Şartları

3.1.3.2.1. Delil Elde Etme Amacı

Yapılan bir soruşturma kapsamında mağdurun, şüphelinin veya diğer kişilerin yapılan beden muayenesi, işlenen suçla ilgili belirleyici nitelikte oldukça önemli bir delil elde edilmesini sağlayabilmektedir. İşlenen suçun izlerinin vücut üzerinde

⁴³³ EROĞLU, s.35.

⁴³⁴ EROĞLU, s.36.

⁴³⁵ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.92; TURHAN, Beden Muayenesi, s.1029-1030.

⁴³⁶ “Floroskopi, Ultrason, ekokardiyografi, MR, tomografi gibi araçlarla yapılan işlemler dış beden muayenesi olarak nitelendirilebilecektir. Ancak görüntüleme için vücuda çeşitli maddelerin verilmesi durumunda dış beden muayenesi değil iç beden muayenesi söz konusu olacaktır. Örneğin ilaçlı MR, tomografi çekilmesi iç beden muayenesi olarak değerlendirilecektir. Yine vücuda girilmek suretiyle yapılan işlemler de dış beden muayenesi değil, iç beden muayenesinin yapılması söz konusudur. Örneğin endoskopi, retroskopi, kolonoskopi gibi işlemler iç beden muayenesi niteliğindedir. Göz dibi muayenesi, stetoskop kullanılması da dış beden muayenesidir. ” AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.92-93; TURHAN, Beden Muayenesi, s.1030.

kalması muhtemel olduğundan beden muayenesinden delil elde etmek de ceza muhakemesi açısından kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴³⁷

Beden muayenesi, kişi hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşıdığından Anayasa gereğince, ancak tıbbi zorunluluklarla veya kanunda yazılı hallerle sınırlı olarak yapılabilmektedir.⁴³⁸“1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu” ve “2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun” gibi yürürlükte olan mevzuatımızda bedenin muayenesine ilişkin bir takım hükümler bulunmaktadır. Fakat bu düzenlemeler delil elde etmek için yapılmadığı için konumuz gereği beden muayenesi kapsamına girmemektedir.⁴³⁹

Bir suç kapsamında olsa dahi gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesi, yine CMK’nın 74’ncü maddesi⁴⁴⁰ anlamında gözlem altına alma işlemi beden muayenesi niteliğinde değildir. Gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesi CMK’nın 99. maddesi ve “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin” 9. maddesi⁴⁴¹ gereğince yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin amacı, yakalanan kişinin gözaltına alınmadan önce sağlık durumunun belirlenerek, yakalama esnasında zor kullanmanın sınırının aşıp aşılmadığının, gözaltı işlemi süresince herhangi bir işkence veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının tespit edilmesine yöneliktir.⁴⁴²

3.1.3.2.2. Mağdur, Şüpheli veya Sanık Olma

Dış beden muayenesi, mağdur, şüpheli, sanık veya diğer kişiler için kabul edilmiştir. Mağdurun kim olduğu ve tanımı hakkında yukarıda geniş açıklamalar yapıldığından

⁴³⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 621.

⁴³⁸ Anayasa Madde 17 – “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

⁴³⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 621.

⁴⁴⁰ “Gözlem altına alınma” Madde 74 : “Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir”

⁴⁴¹ “Sağlık kontrolü” Madde 9: “Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir.”

⁴⁴² TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1037.

şüpheli ve sanık kavramlarına değinilecektir. CMK'nın 2. maddesinde “şüpheli soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişi; sanık ise kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi olarak tanımlanmaktadır.” Dış beden muayenesinde, şüpheli veya sanığın bu işleme maruz kalabilmesi için işlenen suça, doğrudan suçu işleyen veya suça iştirak eden olarak katıldığına dair somut unsurların bulunması gerekir.⁴⁴³

Bir suç soruşturmasında şüpheliler arasında somut bağlantının iştirak olarak değerlendirilmesi durumunda potansiyel şüpheliler üzerinde beden muayenesi yapılması mümkündür. Bazen şüpheli hakkında başkaca herhangi bir delil bulunmamasına rağmen tek ve belirleyici delil beden muayenesi neticesinde temin edilebilir. Diğer bir deyişle şüpheli sıfatı ilk defa beden muayenesi yapılmasıyla da ortaya çıkabilir.⁴⁴⁴

Mağdur, tanık ve tanık olmayan üçüncü şahıslar diğer kişiler kapsamına girmektedir.⁴⁴⁵ Burada dikkat çeken en önemli husus, CMK'nın 76. maddesinin başlığı diğer kişiler olmasına rağmen, düzenlemeye mağdurun beden muayenesine de yer verilmiştir. Bu durum öğretide eleştirilmiş⁴⁴⁶ ve madde düzenlemesi gereğince yalnızca mağdurun beden muayenesinin yapılacağı ifade edilmiştir.⁴⁴⁷ Ancak Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesi gereğince şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin de beden muayenesine tabi tutulabileceği kabul edilmiştir.⁴⁴⁸ Kanaatimizce burada kanun başlığının değiştirilmesi ile suç soruşturmasında en önemli delillerin başında gelen mağdurun beden muayenesinin daha belirgin hale gelmesi sağlanmalıdır.

Yukarı belirtildiği gibi Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7.maddesinde, mağdur ve diğer kişiler ifadesi kullanılarak, mağdurun dışındaki kişiler olan tanık veya olayla

⁴⁴³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, , s. 521.

⁴⁴⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 622.

⁴⁴⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 526; İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s. 23, 24.

⁴⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s. 298; İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s. 24.

⁴⁴⁷ MAHMUTOĞLU s. 17; ÜNVER/HAKERİ, s. 277; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 630.

⁴⁴⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 63; TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295; MAHMUTOĞLU, s. 17; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN, s. 526.

ilgisi bulunan fakat CMK anlamında herhangi bir sıfatı olmayan şahısların beden muayenesine maruz kalacakları hükme bağlanmıştır. Ancak burada kullanılan ifade mağdur ve mağdur dışında kalan kişilerin ayrımını tam olarak ifade etmemesi açısından eleştirilmiştir. En bariz eleştiri, diğer kişiler kavramı, mağdur ve mağdurun dışında kalan kişilerin hepsini kapsayan bir genişliktedir.⁴⁴⁹ Diğer bir eleştiri de Yönetmeliğin, kanunun çizdiği sınırı aşmış olduğudur. Nitekim CMK'nın 76. maddesinde sadece mağdur ifade edilmesine rağmen “Beden Muayenesi Yönetmeliğinde” mağdurun dışındaki kişiler de muayene edilebilecek kişiler olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce üçüncü kişilerin beden muayenesinin bu sorunun giderilmesi açısından kanunda açıkça düzenlenmesi bir zorunluluktur.⁴⁵⁰

3.1.3.2.3. Bir Suçun Varlığı

Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi gereğince Cumhuriyet savcıları, suç oluşturduğu şüphesi olan bir eylemi öğrenir öğrenmez, vakit geçirmeksizin soruşturma açmak, soruşturma kapsamında maddi gerçeği araştırmak ve soruşturma sonucunda kamu davası açılmasını gerektirir bir suç olup olmadığını belirlemek görev ve yetkisini tekel olarak haizdir. Kanun bu yetkiyi Cumhuriyet savcısı dışında herhangi bir makama vermemiştir. Burada “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin öğrenilmesi” hali basit şüphe olarak değerlendirilir. Basit şüphe edinen Cumhuriyet savcısı derhal soruşturma başlatarak maddi gerçeği araştırır. Bu şekilde bir suç soruşturması başlamış olur. Kanun koyucu bu tedbire başvurulurken burada özel bir suç şüphesi derecesi belirtmemiştir.⁴⁵¹

Soruşturma; “suç haberinin alınmasıyla başlayan, Cumhuriyet savcısı veya onun emrindeki kollukça yürütülebilen tamamlanması neticesinde kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının kararı ile biten, kural olarak yazılı ve gizli gerçekleştirilen⁴⁵² araştırma ve inceleme işine verilen genel isimdir.” Soruşturma evresi, suça dair bilgilerin öğrenilmesinden sonra başlayan ve Cumhuriyet Savcısının denetimi ve yetkisinde olan bir süreçtir. Bu evre, suç faaliyetine ilişkin olarak

⁴⁴⁹ CENTEL/ZAFER, s. 298.

⁴⁵⁰ Bkz. ÜNVER/HAKERİ, s. 277.

⁴⁵¹ AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri, İstanbul, Şubat 2022, s.153.

⁴⁵² ÖZTÜRK, Bahri, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı”, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 580

herhangi bir şekil şartına dayanmayan basit bir bilgilendirme dahi başlatabilmekte, ihbar şikâyet karar, re'sen gibi yollarla başlayabilen ve herhangi bir şekle bağlı olmayan bu süreçtir.⁴⁵³

Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesine ilişkin CMK'nın 76. maddesinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. maddesinde bir kişinin dış beden muayenesi için soruşturma açılmış olması zorunlu unsur olarak öngörülmüştür. Fakat suç yönünden herhangi bir belirleyici hüküm ihtiva etmemektedir. Suç için öngörülen ceza miktarı için sınırlama getirilmediğinden tüm suçlar açısından beden muayenesi yoluna başvurulabilir. Öte yandan suçun kasıtlı veya taksirli olması bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

3.1.3.2.4. Talep veya Karar

Mağdurun beden muayenesine, CMK'nın 76. maddesi ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesi gereğince “Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz” Burada tıp hukuku ilkesi olan rızanın varlığı da dikkate çekmektedir, Aynı kanun maddesinin 2. fıkrasında mağdurun rızasının olması durumunda, bu işlemin uygulanabilmesi için maddenin birinci fıkrasında öngörülen hâkim kararı alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre her ne kadar rıza halinde karar alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiş ise de; ceza muhakeme kanunumuzun genel mantığı uyarınca Cumhuriyet savcısının öncelikle bir suç soruşturmasından dolayı emrindeki kolluk görevlilerine mağdurun beden muayenesinin yapılması isteminde bulunması gerekir.

Şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin dış beden muayenesi kanunda ayrı düzenlenmiş olduğundan dış beden muayenesine başvuracak kişiler açısından farklı bir uygulama öngörülmüştür. Bir soruşturma kapsamında şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, Yönetmeliğinin 5. maddesine göre, Cumhuriyet savcısının emrindeki adli

⁴⁵³ ASLAN, Sadettin, Soruşturma Evresi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.132

kolluk görevlilerinin talebi veya kovuşturma makamlarının kararıyla yapılabilir. Düzenlemede şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılabilmesi için karar alınması gerekmeden kolluğun da bu konuda yetkili olduğu kabul edilmiştir. Kolluk görevlileride dış beden muayenesini hekimden talep edebilecektir. Fakat burada yine belirtmek gerekir ki; bir suç soruşturmasından dolayı Cumhuriyet savcısının olayla ilgili delillerin toplanması yönündeki talimatının kolluğa iletilmesi gerekir.

3.1.3.2.5. Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından Yapılma

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5. ve 7. maddelerinde, mağdur, diğer kişiler, şüpheli veya sanığın dışbeden muayenesinin bir hekim tarafından yapılması açık olarak yönetmelikte ifade edilmiştir. Ancak, daraltıcı olarak düzenlenen bu yönetmelik hükmüne rağmen dış beden muayenesinin kanunda yer almamasının nedeni, bu işlemi soruşturma veya kovuşturma makamlarının her aşamada yapabilmelerine imkân verilmesi maksadıyla olduğu öğretide savunulmuştur.⁴⁵⁴

İlgili Yönetmelik maddelerinde tabip tarafından muayenenin yapılacağına ilişkin düzenlemenin yerinde olmadığı⁴⁵⁵ öğretide savunulmuş ise de; diğer bir kısım görüşe göre, düzenlemenin faydalı olduğu,⁴⁵⁶ istenen sonuca daha elverişli olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁷ Bu yazarların görüşüne göre muayenenin tıbbi bir işlem olduğu, belirli bir oranda uzmanlığı gerektirdiği ortaya konulmuştur. Bedenin dış muayenesinde bedenin ve organların yapısı, beden üzerinde yabancı iz ve emarenin bulunup bulunmadığı incelenmekte, şüpheli veya sanığın ruhsal durumu dahi tespit edilebilmektedir.⁴⁵⁸ Bu sebeple muayenenin ancak bir tabip tarafından yapılmasının uygun olduğu ifade edilmiştir.

Kanaatimizce ceza muhakemesi kanunu delillerin temini ve değerlendirilmesi bakımından soruşturma ve yargılama makamlarına geniş yetkiler vermiştir. Mağdurun veya diğer kişilerin dış beden muayenesinde bariz bir şekilde görünen darp ve unsurlarının veya başkaca kısa süre içerisinde kaybolması muhtemel izlerin soruşturma makamı veya kolluk görevlileri tarafından fotoğrafının çekilmesi ve

⁴⁵⁴ TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1054; AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.105.

⁴⁵⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 61.

⁴⁵⁶ MAHMUTOĞLU, s. 14.

⁴⁵⁷ TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1054.

⁴⁵⁸ TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1054.

bunun delil olarak kullanılmasında delil serbestîsi ilkesi⁴⁵⁹ gereğince bir sakınca yoktur. CMK'nın 271/1'de bu durum "hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir." şeklinde belirtilmiştir.

3.1.3.2.6. İlgili Kişinin Rızası

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, muayene edilecek kişinin rızası söz konusu soruşturma işleminin uygulanmasında oldukça önem arz etmektedir. İki açıdan bu önem sınıflandırılabilir. İlki, ilgilinin rızası olduğu hallerde, hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunduğu durumlarda verdiği talimata gerek olmaksızın beden muayenesinin yapılması mümkündür.⁴⁶⁰ Bu durumun soruşturma sürecinin hızlanmasına yardımcı olmaktadır. Diğer i ise; herhangi bir suç soruşturmasında ilgili kanun maddesinde bulunan koşullara uygun olarak uygulanacak beden muayenesi işlemine ilgilinin rıza göstermesinin zorunlu olup olmadığı hususundadır. Bu hususa geniş bir şekilde çalışmada değinilecektir.

3.1.3.3. İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Almanın Şartları

3.1.3.3.1. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, bir suç soruşturması kapsamında yapılması muhtemel bir işlemde dolayı elde edilecek yarar ile işlemin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan zarar arasında hangisinin ağır bastığına dair bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bir anlayış biçimidir.⁴⁶¹

⁴⁵⁹KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", "Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 2006", s. 213; "Ceza muhakemesinde 'delil serbestisi' ilkesinin benimsendiğini belirtmektedir. Delil serbestisi ilkesine göre (1) her şey kanıt olabilir, (2) ilgililer kanıt ileri sürebilir, (3) yargıç kendiliğinden kanıt araştırabilir, (4) kanıt ileri sürmede zaman sınırlaması yoktur, (5) ispat külfeti sanığa yüklenemez, (6) kanıt belirlemede yargıcı bağlayan üstün kanıt yoktur. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak amaçlandığından, meydana gelen somut olayın ispatına yarayan her türlü vasıta delil olabilir ve hâkim bu vasıtalarından hangisini kabul edeceği hususunda takdir yetkisine sahiptir", KARABULUT/KARAPAZARLIOĞLU/TOSUN, s.385-421, s.391.

⁴⁶⁰ AYGÖRMEZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda..., s.160; ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.243.

⁴⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 2015/19167 sayılı başvuru, R.G. Tarih ve Sayı: 10.9.2019-30884 kararında: "Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvurusunun oğlunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

Suçun niteliği, yapılan tıbbi müdahale içeren işlemin yapılmasını haklı gösterecek ağırlıkta olması gerekir. Bir suç soruşturmasında delil elde etme amacına ulaşmak için zorunlu ve eylemin ağırlığı ile orantılı ise, ölçülülük ilkesine göre yapılan müdahaleye karar verilebilir.⁴⁶² Diğer bir deyişle beden muayenesiyle elde edilecek delil ile ortaya çıkması muhtemel zarar arasında yapılacak değerlendirmede müdahale yapılmasının yerinde olacağına kanaat edinilmelidir. Uygulamada bu husus tamamen uygulayıcının genel hayat bilgisi, görgüsü ve anlayışı kapsamında kullanılan takdir yetkisi şekillenmektedir. Kanunda veya başka bir düzenleme ile tedbirin uygulanmasında neyin ölçü alınacağı net olarak ifade edilmemiştir. Bu nedenle ölçülülük ilkesine uygunluğa veya aykırılık durumuna soruşturmaya konu herhangi bir olayın özellikleri ve olayı oluşturan bütün unsurlar değerlendirilerek karar verilebilir.⁴⁶³

İç beden muayenesinin gerekliliğine karar verilirken ölçülülük ilkesinin yanında dikkate alınması gereken diğer ilke, ikincillik ilkesidir. Bu ilke insan vücut dokunulmazlığına doğrudan müdahale öngören iç beden muayenesi ile elde edilecek sonuçlara başka bir şekilde ulaşılması mümkün ise artık bu tedbire başvurulmaması gerektiğini ifade eder.⁴⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Almanya’da gerçekleşen bir olayla ilgili olarak “kişinin rızasının bulunmamasına ve aktif direnç göstermesine rağmen uyuşturucu madde suçu ile ilgili delil elde etmek için mideye indirilen bir alet ile kişinin kusturulması sonucunda delil elde etme” yöntemini ölçülülük ilkesine aykırı bulmuş, insan onuru ile bağdaşmadığına karar vermiştir.⁴⁶⁵

Dolayısıyla başvurunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvurunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir. Tutuklama kararında sulh ceza hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin -başvurunun oğlunun yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir. Ayrıca tutuklama kararı veren hâkimliğin başvurunun tutuklanmasına karar verirken öncelikle tutuklamadan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Bu gerekçelerle tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.” Kararda görüleceği üzere olayın özelliğine göre koruma tedbiri ile amaçlanan faydaya adli kontrol tedbiri ile ulaşmak mümkün iken daha ağır bir tedbir olan tutuklamaya başvurulması ölçülülük ilkesine aykırı görülmüştür.

⁴⁶² ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 457.

⁴⁶³ KIZILARSLAN, Hakan, “Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma”, Ankara, 2007, s. 232-233.

⁴⁶⁴ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 463; karşı görüş için bkz: DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 88.

⁴⁶⁵ MAHMUTOĞLU, s. 10; “Karara konu olayda, polis bir kişinin ağzından küçük plastik torbacıklar çıkararak, para karşılığı bir başkasına verdiğini görür. Bunun uyuşturucu madde

Mağdurun rızasının olmamasına karşın, bir suçun aydınlatılması maksadıyla yapılan beden muayenesi işleminin hukuka uygun olarak kabul edilmesi için, hekim tarafından yapılması, mağdurun sağlığının öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürülmemesi ve hâkim kararına dayanması gerekir. Hâkim, her olayın özelliklerinin ayrı ayrı dikkate alarak ölçülülük ilkesi gereğince mağdurun sağlığına zarar verme ihtimali bulunan tıbbi müdahalelerde muayenin yapılıp yapılmamasına karar verecektir.⁴⁶⁶

3.1.3.3.2. Hâkim Kararı

Kanunu koyucu CMK'nın 75 ve 76'ncı maddelerinde “iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karar verme yetkisini soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimine, kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yapan mahkemeye” vermiştir. Ancak yine kanunda “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının da iç beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına karar verebileceği” düzenlenmiştir. Bu halde alınan “Cumhuriyet savcısı kararının yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması” zorunluluğu kanunda belirtilmiştir. Süresi içinde hâkim onayına sunulmayan veya herhangi bir sebeple “onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”

Gecikmesinde sakınca bulunan hâl kavramı Yönetmelik m. 3'de “*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamamasın ihtimalinin ortaya çıkması hâli*” olarak ifade edilmiştir. Buna “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”nin 4. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hâl durumuna; “hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli” de eklenmiştir. Kanaatimizce yeterli zaman bulunmamasına ilişkin durum, uygulamada belirleyici özelliktedir.

olmasından şüphelenir ve kişiyi yakalar, kişi ağzındaki plastik torbacıkları yutar. Cumhuriyet savcısı, kusturucumadde verilerek bu plastik torbacıkların kişinin midesinden çıkarılmasını emreder ve kişi hastaneye götürülür. Şüpheli kusturucu ilaç almayı reddeder, polis zorla içirir. Doktor kişinin istemesine rağmen, burnundan merkezi sinir sistemini etkileyerek kusturan bir ilaç verir. Şüpheli kusar ve içinde 0,2182 gr. kokain olan bir tek torbacık çıkar.” ,YENİSEY/ NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 625.

⁴⁶⁶ FIRAT, Tarık, “Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu”, “İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi”, İstanbul 2021, s.45

Kanun metninde Cumhuriyet savcısının kararı belirli bir süre içerisinde hâkim onayına gönderileceği ifade edilmiştir. Böylece yapılan soruşturma işlemine bu düzenleme, hâkim onayının aranması ile “*hâkim kararı güvencesi*” sağlamıştır.⁴⁶⁷ Fakat bilindiği üzere Cumhuriyet savcısı bir soruşturma yaptığı sırada bu tedbirin uygulanmasına gecikmesinde sakıncalı hal olduğu durumlarda karar verebilir. Soruşturma evresinde bu kararını sulh ceza hâkiminin onayına sunar. Kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının soruşturma tamamlandığı için re’sen muayene ve örnek alma işlemine başvurma yetkisi yoktur. Bu aşamada alınacak tüm kararlar mahkeme tarafından sağlanır.⁴⁶⁸ Bu sebeple kanun metninde yer alan mahkeme ibaresinin gerekliliğinin kalmadığı kanaatindeyiz.

Gecikmede sakıncalı hal bulunması durumundan, delillerin karartılması şüphesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya beden muayenesinin ve vücuttan örnek almanın amaçları açısından bir zarar doğması ihtimalinin bulunması ve hâkime başvurulması ile muhtemel zaman kaybının delil elde etmeyi güçleştirmesi veya imkânsız hâle getirmesi anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, ortaya çıkan somut olayda hâkimden karar alınmasının beklenemeyeceği ivedi bir durum söz konusu olmalıdır.

Gecikmede sakınca hal terimi uygulamada son derece geniş yorumlanmaktadır. Bu yönüyle kötüye kullanmaya elverişlidir. Sonuçta verilen karar her halde hâkim onayına sunulacağından hâkim bu tür bir kararı gecikmesinde sakıncalı halin içeriği bakımından da denetlemelidir.⁴⁶⁹

CMK’nın 76/2 ve Yönetmeliğin 18’nci maddelerinde “mağdurun muayene ve vücuttan örnek alınmasına rızasının bulunması hâlinde hâkimden karar alma zorunluluğu” ortadan kalkmaktadır. Ancak bu konuda kanuni düzenlemenin aksine bir düzenleme olmadığı için, “iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına”

⁴⁶⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 537; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 58; CENTEL/ZAFER, s. 302; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 521.

⁴⁶⁸ CENTEL/ ZAFER, s. 271.

⁴⁶⁹ Bkz. ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 74-75.

şüpheli veya sanığın rıza göstermiş olsa dahi bu soruşturma işlemine ancak hâkim kararı ile başvurulabilir.⁴⁷⁰

Ancak kanaatimizce kanuna aykırı ve sorunlu bir düzenleme olduğu ifade edilmesi geren Yönetmeliğin 18/3. maddesi uyarınca “şüphelinin kendiliğinden başvurarak iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına rıza göstermesi hâlinde artık sulh ceza hâkiminden karar almaya ihtiyaç bulunmamaktadır”⁴⁷¹ Buna göre iç “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” şüpheli veya sanık ile mağdurun talebi üzerine yapılabileceği gibi re’sen de kararlaştırılabilir. Şüpheli veya sanığın bu hususta talebinin olmasının savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu işlem sonrasında izafe edilen suçlamalardan kurtulma imkânına kavuşabileceği de öğretide savunulmuştur.⁴⁷²

3.1.3.3.3. Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

CMK’nın 76/1 maddesinde “mağdurun iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karar verilebilmesi için uygulanacak tedbirin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği” ifade edilirken CMK’nın 75/2 maddesinde şüpheli veya sanık açısından da aynı hususa yer verilmiştir. Yönetmelik’te de bu durum kişinin sağlığını açıkça öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek olarak ifade edilmiştir

Tedbirin kişinin mağdur veya şüpheli olduğuna bakılmaksızın sağlığına zarar verip vermeyeceği noktasında belirleyici nokta, müdahalenin türü olmayıp kişinin öznel sağlık durumudur.⁴⁷³ Bu bağlamda kişinin mevcut hastalıkları veya daha önce geçirmiş olduğu hastalıklarının tespit edilmesi, bu kişiler üzerinde muhtemel bazı testlerin yapılması, müdahalenin bu kişilerin sağlıklarını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin belirlenmesi yönünden oldukça önemlidir.⁴⁷⁴ Ancak ifade etmek

⁴⁷⁰ Bkz. ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 458; karşı görüş için bkz: SOYASLAN, s. 261.

⁴⁷¹ CENTEL/ ZAFER, s. 272.

⁴⁷² ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 458; “mağdurun talebiyle iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınabilmesi için kamu davasına katılmış olması gerektiği görüşü için” bkz: CENTEL/ ZAFER, s. 270.

⁴⁷³ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 459.

⁴⁷⁴ BAYZİT, s.74.

gerekir ki; objektif olarak değeriendirilmesi ve ölçülmesi mümkün olmayan veya somut bir hastalığa ve sağıık sorununa dayanmayan durumlarda kişiler muayeneden kaçınamayacaktır. Uygulamada çokça rastlandığı üzere muayeneden korkmak veya aşırı heyecanlanmak gibi psikolojik faktörlerle muayene olmak istememek sağıığa zarar tehlikesi kapsamında kalmayacaktır.

Mevcut bir suç soruşturması kapsamında hakkında işlem yapılan kişide muayenenin verdiği acı veya diğer geçici rahatsızlıklar söz konusu olabilecektir. Bunun yanında muayenenin veya fiili ortamın meydana getirdiğı psikolojik baskı da kişinin sağıığına zarar verme tehlikesi açısından değeriendirilemeyecektir. Ancak, burada ayırt etmek gerekir ki; muayenenin makul süresini oldukçaaşan ve etkisini bir süre devam ettiren, bedensel huzuru bozucu rahatsızlıklar söz konusu olursa kişinin sağıığına zarar tehlikesi olarak kabul edilmelidir.⁴⁷⁵

CMK'nın 75/2'nci maddesinde “müdahalenin kişinin sağıığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşulu, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması” durumu için düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada maddenin 1'nci fıkrasında düzenlenen “biyolojik örnekler ve saç, tükürük, tırnak” gibi bir ayrıma gidildiğı ortadadır. Bu ayrımın bir sonucu olarak “saç, tükürük, tırnak gibi örnekler” için şüpheli veya sanığın sağıığına zarar vermemesi koşulu aranmayacaktır. Bu durum normal hayat koşulları gereğı saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması kişinin sağıığına zarar tehlikesi oluşturmaz şeklinde kabul edilmelidir. Fakat Yönetmeliğın 6/3'ncü maddesinde “herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm örnekler için kişinin sağıığını açıkça ve öngörülebilir bir tehlikeye düşürmemesi şartı” düzenlenmiştir. Bu durum yine kanun ile yönetmelik arasında bir çatışma ortaya çıkarmaktadır.

Kişinin sağıık durumuna zarar verecek nitelikte “iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”durumunda bu yöntemle elde edilen deliller kanuna aykırı bir şekilde elde edilen delil niteliğinde olduğundan yargılamada kullanılamayacaktır.⁴⁷⁶ Bunun yanında müdahalenin içeriğı itibari ile normalde ilgilinin sağıığına zarar verme ihtimali olmayan bir müdahale olmasına karşın müdahalenin özelliğinden

⁴⁷⁵ MAHMUTOĞLU, s.8.

⁴⁷⁶ İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s. 32.

kaynaklanmayan, hekimin kişisel kusuru sonucu kişinin sağlığına zarar gelmiş ise elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu iddia edilemez. Keza kişinin sağlığında meydana gelen zarar tehlikesi müdahalenin niteliği gereği olmayıp hekimin kusurlu davranışı neticesinde ortaya çıkmıştır.⁴⁷⁷

Yönetmelikte muayene ve vücuttan örnek almanın ancak hekim tarafından yapılabileceği ve yapılacak müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁷⁸ Aynı Yönetmelikte kişinin aydınlatılması ve sonrasında rızasının alınmasından da bahsetmektedir. Ancak muayeneye ya da örnek alınmasına rıza verilmemesi halinde, bu yönde alınan hâkim kararının infazı için ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gerekli önlemleri alma yetki ve görevi verilmiştir. Burada ifade edilen önlemler kapsamında, kişinin rızası olmasa dahizorla muayene edilebilecekleri veya örneklerinin alınabileceği imkânı uygulayıcıya verilmiştir.

Ancak Dünya Sağlık Örgütü “sağlık” ifadesini “*bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamaktadır. Kanunda ve Yönetmelikte de kişilerin sağlığını “açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması” gerektiği vurgulanmaktadır. Kişinin “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” hususunda aydınlatılmasına rağmen rıza göstermemesi durumunda Cumhuriyet başsavcılığının gerekli önlemleri alma yetkisi kapsamında yapılacak zorla muayene veya örnek alımı, kişinin sağlığına zarar verebilecektir. Ayrıca DSÖ’nün sağlık tanımı göz önünde bulundurulduğunda medikal yaklaşım ile kanuni düzenleme arasında bir çelişki olduğu da söylenmektedir.⁴⁷⁹ Kanaatimizce zorla müdahale yapılması, kişinin fizyolojik veya psikolojik sağlığına zarar vermesi kuvvetle muhtemel ise bu işlemde kanunun sağladığı yetki kullanılarak kaçınılmalıdır.

3.1.3.3.4. Cerrahi Bir Müdahalede Bulunmama

Cerrahi müdahale kavramı olarak Yönetmeliğin 3. maddesinde “*tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” şeklinde

⁴⁷⁷ MAHMUTOĞLU, s. 8-9.

⁴⁷⁸ ARICAN, Nadir, “Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları”, “Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı:7, Haziran 2010”, ss. 23-25, s.23.

⁴⁷⁹ ARICAN, s.23.

düzenlenmiştir. Görüleceği üzere kanun koyucu cerrahi müdahaleyi sadece mağdur ve diğer kişiler hakkında iç “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” hususunda düzenlemiştir. Mağdur ve diğer kişilerin “beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınabilmesi” hususunda şüpheli veya sanıklardan farklı olarak, muayene veya örnek almak için yapılacak müdahalenin cerrahi bir müdahale kapsamında kalmaması gerekir. CMK’nın 76/1 maddesi gereğince “diğer kişilerin iç beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması durumunda, kişilerin sağlıklarını tehlikeye düşürmemesinin yanı sıra cerrahi müdahale kapsamında olmamasını” da düzenlemiştir.

Şüpheli veya sanık açısından CMK’nın 75’nci maddesinde bu yönde bir sınırlama yapılmamıştır. Sonuç olarak, kanun koyucu mağdur lehine bir düzenleme yapmakla; şüpheli veya sanık açısından soruşturma ve kovuşturma makamlarına kişinin “sağlığını tehlikeye düşürmemek kaydıyla” cerrahi müdahale ile “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” hususunda yetki vermiştir.⁴⁸⁰

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” soruşturma işlemi yapılırken en önemli hususların başında yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı gibi, müdahalenin ölçülü ve ikincil olması gelmektedir. Diğer bir ifade ile cerrahi müdahale olmadan şüpheli veya sanıktan elde edilmek istenen deliller elde edilebilecekse ikincilik ilkesi gereği bu yola başvurulmayacaktır. Ölçülülük ilkesi gereğince ise elde edilmek istenen yararlar ortaya çıkma ihtimali bulunan zarar arasında ölçsüzlük meydana gelecekse cerrahi müdahale yapılmayacaktır.

3.1.3.3.5. Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Diğer Bir Kişi Tarafından Yapılması

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in 7/2 maddesi gereğince “mağdur ve diğer kişilerin iç beden muayeneleri ancak tabip tarafından yapılabilir.” Bu hususta CMK’nın 76. maddesinde bir düzenleme yapılmamıştır. “Şüpheli ve sanıkların iç beden muayeneleri veya vücutlarından örnek alınması” ise CMK’nın 75/3’ncü maddesine

⁴⁸⁰ YENİSEY/ NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 625.

göre “tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi” tarafından yapılması mümkün hale gelmiştir.

Yönetmelik’in 3’ncü maddesi gereğince “sağlık mesleği mensubundan anlaşılması gereken ise tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağıkhizmeti veren diğer kişilerdir.” Ancak Yönetmeliğin 4/2’nci maddesine göre “şüpheli veyahut sanığın iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılacağı” belirlenmiştir. Kanunda tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi den bahsedilmesine rağmen Yönetmelikte iç beden muayenesi için sadece tabibin yapabileceği belirtilerek kanunun sağladığı imkân sınırlandırılmıştır. Yönetmelik hükmüne göre “şüpheli veya sanıkların içbeden muayeneleri ancak tabip tarafından yapılabilir.” Fakat ifade etmek gerekir ki; normlar hiyerarşisine göre Yönetmelik, açıkça Kanuna aykırı olamayacağından burada CMK’nın 75/3’ncü maddesine göre uygulama yapmak doğru olacaktır.⁴⁸¹

Şüpheli veya sanıkların vücutlarından örnek alınmasında Yönetmelik’in 6/2’nci maddesinde “vücuttan örnek alma tabip tarafından veya tabiplerin gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından da yapılabilir” belirlenmiştir. Burada Yönetmelikle CMK düzenlemeleri arasında bir paralellik olduğu ifade edilebilir.

Mağdur ve diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması, Yönetmeliğin 8/2’nci maddesi gereğince, “tabipler ya da tabiplerin gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılabilir.” Ancak Yönetmeliğin 7/2’nci maddesi gereğince “mağdur ve diğer kişilerin iç beden muayeneleri ancak tabip tarafından yapılabilir.” Buna göre tabiplerin gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması imkânı tanınmamıştır. Bu kişilerin iç beden muayeneleri muhakkak bir hekim tarafından yapılır.

Kanun ve Yönetmelikte ısrarla tabip tarafından yapılacağı vurgusu, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler ile yapılacak beden muayenesinin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılması gerektiğindendir. Elbette hekim olmayan diğer sağlık mesleği mensuplarından beden muayenesinde bu hassasiyet ve uzmanlık beklenemeyecektir. Bu hususta kanuna aykırı şekilde yapılan bir muayene sonucunda elde edilen delil veya hekimlik

⁴⁸¹ DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s.88.

sanatının ve tıp biliminin gereklerine aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı hâle gelecektir.⁴⁸²

CMK'nın 77. maddesinde ise “kadının muayenesinin, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılacağı” düzenlemiştir. Yönetmeliğin 11'inci maddesinde ise “*kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılır. 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 yapılan düzenlemeler dikkate alındığında; kanun koyucu mağdur, şüpheli, sanık veya diğer kişiler ayrımı yapılmaksızın tüm kadınlara bu tercih hakkını tanımıştır.

Öğretide, CMK'nın 77'nci maddesinin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81d maddesinden esinlendiği ancak Alman düzenlemesinde hem erkek hem de kadınlara talepleri halinde kendi cinsiyetlerine sahip bir hekim tarafından muayene edilme yönünde tercihte bulunma hakkı verilmiştir. Bu bağlamda CMK'nın 77'nci maddesinin mevcut halinin kadınlar lehine cinsiyet ayrımcılığı yaptığı savunulmaktadır.⁴⁸³

Yine bu düşünceye paralel olarak bir örnekle görüş desteklenmiş, bir erkek çocuğun veya bir erkeğin cinsel saldırıya uğraması durumunda, kırsal kesimde yetişen, dinsel düşünceleri ağırlıklı olan bir erkeğin karşı cins tarafından muayene edilmesinde ortaya çıkacak içsel rahatsızlıklar kanun düzenlemesinde dikkate alınmamıştır.⁴⁸⁴

Kanaatimizce toplumun yapısı, kadının toplumumuzdaki yeri ve toplum genetiğine uygun kültürel yaklaşımlar dikkate alındığından mevcut düzenlemenin yerinde ve

⁴⁸² Anayasa m.38/6'ya göre “kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz. CMK m.217/2 uyarınca yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir. Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur (m.206/2-a). Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması hukuka kesin aykırılık sebebidir (m. 289) ve bu husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve Anayasa m. 36 uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir.” (Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2016/5789 Esas-2018/7342 karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005, 2005/144 Esas, 2005/150 Karar, 17.11.2009, 2009/7-160 Esas, 2009/264 Karar)

⁴⁸³ DURSUN, s.2981; İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s.33.

⁴⁸⁴ KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp., s. 276-277.

yeterli olduğu belirtilebilir. Bu düzenlemenin ana amacı, kadının bir erkeğe göre daha gelişmiş ar, hayâ ve utanma duygusunun korunmasıdır.⁴⁸⁵

Bunun yanında şüpheli veya sanık konumundaki kadınların vücutlarından örnek alınmasında bu imkân sağlanmamıştır.⁴⁸⁶ Ancak mağdur ve diğer kişiler statüsündeki “kadınların vücutlarından kan ve benzeri biyolojik örneklerin alınmasında, istem hâlinde ve olanakların elvermesi hâlinde kadın hekimler tarafından gerçekleştirilmesi” gerekir.⁴⁸⁷

3.1.3.3.6. Üst Sınırı İki Yıl ya da Daha Fazla Hapis Cezasını Öngören Bir Suçun Bulunması(Şüpheli veya Sanık Beden Muayenesi Açısından)

Mağdur ve diğer kişiler için “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” tedbiri bakımından bir ceza alt veya üst sınırı öngörmemiş iken; “şüpheli veya sanık açısından iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın” belli ağırlıktaki suçları aydınlatmak için başvurulabilecek bir tedbirolduğu belirtilmiştir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinde ise herhangi bir suç veya ceza ayrımı yapılmamıştır.

CMK’nın 75/5’nci maddesi “şüpheli veya sanık hakkında verilecek iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma kararlarında üst sınırı iki yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar açısından bu tedbirlere başvurulamayacağı belirtilmiştir.”⁴⁸⁸ Kanun koyucu burada, ölçülülük ilkesi gereğince bu tedbire

⁴⁸⁵ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s.. 460; “Bu düzenlemenin Türk toplumunda cinsiyet ayrımcılığının bir göstergesi olduğu” yönündeki eleştiriler için bkz:İPEKÇİOĞLU, “Beden Muayenesi”, s. 33. “*Ceza Muhakemesi Yasası’nda hekimler uzmanlıklarına göre değil, cinsiyetlerine göre sınıflandırılarak, kadının muayenesinin, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılacağı öngörülmüştür (CMK m.77). Hükmün alındığı Alman hukukunda ise, bir kadının vücudunun muayenesinin, ancak bir kadına veya hekime yaptırılacağı gösterilerek, hekimin cinsiyeti açısından bir sınırlandırma getirilmemiştir (Alm. CMK m.81d).*” CENTEL Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, “<http://nurcentel.com/-makaleler/yenitckvekadın.pdf>”, (Erişim Tarihi: 05.12.2020)

⁴⁸⁶ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 460.

⁴⁸⁷ CENTEL/ ZAFER, s. 276.

⁴⁸⁸ Yargıtay Başkanlığı 10. Ceza Dairesinin 2006/8598 Esas, 2007/5708 Karar nolu ve 15.05.2007 Karar tarihli kararında; “Kanun yararına bozma talebi ve tebliğnamede, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. maddesine göre bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnek alınabilmesine; Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun isteğiyle yada re sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebileceği, ancak 5. fıkraya göre üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesi yapılamayacağı ve örnek alınamayacağı, maddede belirtilen sürenin iki yıldan az

başvurma ile suç arasında belirli bir oranda denge gözetilmesi gereğini ortaya koymuştur.⁴⁸⁹ “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” niteliği itibari koruma tedbirlerine yakın birer soruşturma işlemleridir. Bu tedbirlerin uygulanmasında orantılılık ve ikincillik ilkesine uygun hareket edilmesi de önemlidir. Suçta belirli bir özellik aranması da bu ilkelerin bir tezahürüdür.

Kanun koyucunun amacı suç ve yapılan işlem arasında işlem lehine bir ağırlığın olmasının sağlanmasıdır. Suçun öngördüğü ceza miktarı ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken diğer husus, şüpheli veya sanık hakkında iddia olunan suçların toplam cezasının mı yoksa her bir suç için öngörülen ceza miktarının mı dikkate alınacağı durumudur. CMK’nın 75’nci maddesinde bir suça ilişkin olarak öngörülen cezadan bahsedildiğinden⁴⁹⁰ aranması gereken durum isnat edilen her bir suç için öngörülen ceza miktarının üst sınırının iki yıldan az olamayacağıdır.

Tartışmaya değer ve bu hususta kendisine öğretide yer bulmuş başka bir teorik durum da suçun kovuşturma aşamasında niteliğinin değişmesi nedeniyle üst sınırı iki yıldan az bir hapis cezasını öngören bir suça dönüşmesi hâlidir. Her ne kadar soruşturma aşamasında belirlenmiş bir suç gereğince şüpheli ve sanığın iç“beden muayenesi ve vücuttan örnek alma”tedbiri ile delil elde edilmiş ise de; suçun vasfının değişmesi ile ceza üst sınırı 2 yıldan az bir suça dönüşmesi durumunda bu delil daha hafif bir ceza öngören bu suçun ispatında kullanılmamalıdır. Aksi hâlde yeni ortaya çıkmış suç açısından hukuka aykırı deliller söz konusu olur.⁴⁹¹ Ancak daha önceden

hapis cezalarını kapsamaması sebebiyle iki yıl hapis cezasını gerektiren suçların istisna kapsamında bulunmadığı, bu halde sanığın üzerine atılı suçun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191/1. maddesinde öngörülen müeyyidenin 1 yıldan 2 yıla kadar hapis cezası olması karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesine göre iç beden muayenesi yapılabileceği ve şüphelinin örnek alınabileceği gözetilmeden, talebin kabulü yerine reddine karar verilmesi”, uyap.gov.tr (Erişim Tarihi:12.12.2020)

⁴⁸⁹ MAHMUTOĞLU, s. 5; “Dosya kapsamına göre, merci tarafından müştekinin iddia ettiği kıllar üzerinde DNA testi yapılarak şüphelilere ait olup olmadığının tespit ile mahallinde keşif yapılarak bilirkişi raporu alınması gerektiğinden bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kaldırılmasına karar verilmiş ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75/5. maddesinde yer alan üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezası gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz. düzenlemesi karşısında, şüphelilerin üzerinde suç yönünden anılan Kanun’un 75/5. maddesi gereğince örnek alınamayacağı cihetiyle, itirazın reddi yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden”, “Yargıtay 2.CD., T. 05.10.2011, E.2011/ 24649, K. 2011/35595”, YAŞAR/ OTACI, s. 931.

⁴⁹⁰ MAHMUTOĞLU, s. 6; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 456.

⁴⁹¹ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 456; CENTEL/ ZAFER, s. 276.

usulüne uygun olarak elde edilmesi ve suç vasfının yeniden değişme ihtimali gibi hususlar dikkate alınarak elde edilen deliller yargılama sonucu kesinleşene kadar dosya içerisinde veya adli emanet depolarında muhafaza edilmelidir.⁴⁹²

Mağdur ve “diğer kişilerin beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması” soruşturma işlemleri açısından, aydınlatılmak istenen suça ilişkin bir ceza miktarı öngörülmediği belirtilmişti. Bu sebeple isnat olunan suç ne olursa olsun, ceza alt veya üst sınırı dikkate alınmaksızın mağdur ve “diğer kişiler üzerinde beden muayenesi veya vücuttan örnek alma” tedbirine başvurulabilecektir.

3.1.4. Dış Beden Muayenesinin Yerine Getirilmesi

Mağdur ve “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, CMK’nın 76’ncı maddesi ve Yönetmeliğin 7 ve 8’nci maddelerinde düzenlenmiştir. CMK’nın 76.maddesinde, “bir suça ilişkin delil elde etme amacıyla mağdurun iç ve dış beden muayenesi yapılabileceği” ifade edilmiştir. CMK’da bu muayene için mağdur, soy bağı araştırılacak çocuk ve diğer kişiler öngörülmüştür. Diğer kişiler kavramına dair net bir tanım veya düzenleme olmasa da; kanaatimizce “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ile maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkısı olma ihtimali olan her kişi olarak düşünülebilir. Şüpheli veya sanık açısından ise dış beden muayenesi CMK’da düzenlenmemiştir. Bunun nedeni, bir suç soruşturmasında dış beden muayenesinin, hâkim kararı alınmasına gerek olmaksızın soruşturmanın hızlı ve etkin olmasını sağlama maksadıyla soruşturma makamlarınca bizzat yapılabilmesine olanak sağlanması olabilir.⁴⁹³

Yönetmeliğin 5/3’ncü maddesinde “şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi, savcı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.”⁴⁹⁴ Bu durumda kolluk görevlilerinin istemiyle dış beden muayenesi yapılması konusunda öğretilde bazı tereddütler oluşmuştur. Düzenleme gereğince kolluk görevlileri kendi takdir yetkileri çerçevesinde, kolluk amirinden yazılı emir

⁴⁹² MAHMUTOĞLU, s. 6.

⁴⁹³ TURHAN, Beden Muayenesi, s.1054-1055, ÜNVER/HAKERİ, s.271, AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.103.

⁴⁹⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.272.

gerekmeksizin kendileri hekimden talepte bulunabilecekleri savunulmuştur.⁴⁹⁵ Fakat kanaatimizce kolluk görevlileri CMK'nın 160. maddesi kapsamında rastladıkları adli olayı vakit geçirmeksizin mutad iletişim vasıtaları ile Cumhuriyet savcısına haber vermeleri ve alınan talimata göre hareket etmeleri gerektiğinden, kolluk görevlileri faaliyetlerinin Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda olduğu kabul edilmelidir.

Dış beden muayenesine ilişkin Yönetmelik düzenlemesi buna kimin karar vereceği konusunda açık bir hüküm taşımaması ve karara yetkili makamın gösterilmemesi sebebiyle eleştirilmektedir.⁴⁹⁶ Bu hususta Yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı, kanunda dış beden muayenesi düzenlenmemiş olsa dahi, iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmuştur.⁴⁹⁷ Öğretide bir kısım görüşe göre, dış beden muayenesi için ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur.⁴⁹⁸

Dış beden muayenesi yapılacak mağdur, şüpheli veya sanık, kendi gelmişse muayenesi yaptırılır. Gelmemiş ise davet edilir, buna rağmen gelmeyen şüpheli veya sanık yakalanarak hekim önüne çıkarılır ve dış bedeni muayene edilir.⁴⁹⁹ Hekim muayenede iken bilirkişi sıfatı taşıdığı için gerekli gördüğü soruları sorabilir. Fakat şüpheli ya da sanığın susma hakkı çerçevesinde soruya yanıt vermesi zorunlu değildir.⁵⁰⁰

Yönetmelik gereğince beden muayenesinden önce, kişinin aydınlatılması bakımından neden beden muayenesi yapılması gerektiği, nasıl bir işlem uygulanacağı, elde edilmesi muhtemel delilin işlenmiş suç bakımından neden önemli olduğu ilgiliye ayrıntılı bir şekilde açıklanır.⁵⁰¹ Yönetmeliğinin 18. Maddesinde bu husus, “bu konuda aydınlatılmış olmaları” şeklinde vurgulanmıştır. Bu aydınlatma, muayeneyi yapacak hekimce yapılmalıdır.

⁴⁹⁵ AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.104.

⁴⁹⁶ ÖZBEK vd., s.452.

⁴⁹⁷ ÖZBEK vd., s.452.

⁴⁹⁸ ÖZTÜRK vd., s.366.

⁴⁹⁹ CENTEL/ZAFER, s. 300.

⁵⁰⁰ CENTELZAFER, s. 300; KILIÇ, Nemo Tenetur İlkesi..., s. 40.

⁵⁰¹ TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1052.

Hekimler için burada çifte yükümlülük söz konusudur. Birincisi hastanın(şüpheli veya sanığın) yararını gözetmek, diğer ise topluma karşı adaletin yerine getirilmesi ve insan hakları ihlallerinin engellenmesini sağlamak görevini ifade etmektedir.⁵⁰² Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuru kapsamında başvuru, mağdur oldukları kötü muamele eylemine ilişkin olarak beden muayenelerinin yapılması için hekim yanına geç gönderildiklerini ve hekimin muayeneden sonra yazdığı raporun gerçekleri yansıtmadığını iddia etmişlerdir.⁵⁰³ Bu yönüyle mağdurların hekim muayenesine taleplerine rağmen geç götürülmesi halinde, doğal olarak yara veya izlerin zaman içerisinde kaybolması tehlikesi oluşacağından yapılan muayene işleminin sıhhati de tartışılacaktır.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olay minvalinde yapılan değerlendirmede; etkin soruşturma şartlarının sağlanması bakımından mağdurun beden muayenesine geç gönderilmesi, hiç şüphe yok ki; soruşturmanın ivedi bir şekilde başlatılıp, makul hızla devam etmesi ve delillerin bir an önce toplanması gerekliliğine aykırı olacaktır. Bu konuda belirtilmesi gereken diğer bir husus da, insan hakları ihlalleri ile ilgili iddialarda yargı kurumlarının veya kamu otoritesinin soruşturma yükümlülüğünün iddiayı kabul etme anlamına gelmeyeceğidir. Soruşturma makamlarına düşen ana görev, taraf iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle araştırma yapılması, kötü muamele yasağına ilişkin usuli zorunluluktur.

3.1.4.1. Fiziki muayene

Dış beden muayenesi, hekim tarafından tıp ilminin kuralları çerçevesinde, tıbbi yöntemlere uygun olarak yapılmalıdır. Mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesine ilişkin Yönetmeliğin 7. maddesinde doğrudan tıbbi yöntemlerin kullanılmasına ilişkin bir belirleme bulunmasa da; son paragrafta muayenenin ancak tabip tarafından yapılabileceği belirtilmekle, dolaylı olarak tıp ilmi kurallarına atıf yapılmaktadır. Yönetmeliğin 3'ncü maddesinde ise bedenin tıbbî muayenesi tanımı yapılmıştır. Buna göre tabip tarafından yapılan beden muayenesi, tıbbî yöntemler

⁵⁰² AKBULUT, Dış Beden Muayenesi, s.112.

⁵⁰³ AYM, F.E ve Diğerleri Başvurusu, 23.01.2019, Başvuru No. 2014/15586, Prg. 147, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586>”(Erişim Tarihi 25.12.2020)

kullanılarak yapılan değerlendirmeler olarak ifade edilmiştir. Buradan beden muayenesinin tıbbi bir muayene olduğu sonucu çıkarılabilir.

Hekim bu tıbbi işlemi mesleğinin getirdiği sorumlulukla tıp etik ilkelerine ve hekimlik mesleğinin gereklerine riayet ederek yapılmalıdır. Muayene her ne kadar adli bir işlem olsa da; tıp biliminin gerektirdiği kurallara yol göstericidirler. Tıp biliminin gerektirdiği kurallar; tanımını hekimlik uygulamalarında bulmuş standart muayene kuralları ile bu kuralların uygulanmasında uyulması gereken etik ilkelerdir.⁵⁰⁴ Diğer bir ifadeyle muayene yapılırken, temel tıp ilkelerine riayet edilmesi ve fiziksel değerlendirme yöntemlerine uyulması önemlidir.⁵⁰⁵

Yukarıda ifade edildiği gibi her ne kadar muayene işleminin çerçevesi tıp ilminin gereklerine uygun olarak belirlense de; Yönetmeliğin 20'nci maddesinde hekime bir takım kanuni yükümlülükler de yüklenmektedir. Buna göre muayeneyi yapan hekim, işlem sonrasında hazırladığı raporları üç nüsha hâlinde tanzim eder. “Raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hâkimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilir. Raporun bir nüshası da ilgili sağlık kuruluşunda kalır.”

Bu hususta soruşturma makamları açısından elde edilecek muayene bulgularının rapor altına alınarak belgelenmesi ve bu suretle toplanması gereken bir delilin temini oldukça önem arz eder. Temin edilen bu delil kamu davasının açılması sürecinde CMK'nın 174'ncü maddesinde düzenlenen iddianame iade nedenleri arasında belirtilen suçun ispatlanması açısından oldukça önemli ve somut bir delil niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda yapmış olduğu değerlendirmede böyle bir delilin temininin zorunlu nitelikte olduğunu tespit etmiştir.⁵⁰⁶

3.1.4.2. Örnek Alma (Örnek – Biyolojik Materyal)

Vücuttan örnek alma, kanun gereğince mağdur, şüpheli veya sanık ile diğer kişilerin vücutlarından delil elde etmek amacıyla biyolojik örnek veya herhangi bir

⁵⁰⁴ FİNCANCI/YORULMAZ, s. 142 vd.

⁵⁰⁵ CİN, Yasemin Güven, “Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme”, “http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf” (Erişim Tarihi: 20.10.2021)

⁵⁰⁶ “AYM, F.E ve Diğerleri Başvurusu, 23.01.2019, Başvuru No. 2014/15586”, Prg. 148, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586>”, (Erişim Tarihi: 25.12.2020)

materyal almayı ifade eder. Bir suç soruşturması kapsamında çoğunlukla karşılaştırma yapmak amacıyla örnek alınır. Bu sebeple alınan örneklerin tek başına bir delil niteliği yoktur; alınan örnek, olay yerinden veya mağdurun üzerinden elde edilen unsurlarla karşılaştırılarak, söz konusu verilerin delil değeri kazanması sağlanır.

Yukarıda ifade edildiği gibi “vücuttan örnek alma”, doğrudan delil elde etme yöntemi değildir. Daha doğru bir tanımlama ile bir suç soruşturması kapsamında elde edilmiş iz ve emarelerin anlamlandırılmasını sağlayan veya kolaylaştıran delil tespit vasıtalarından biridir. Kanun koyucu, bu işleme CMK’da, “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığı altında yer vermiştir. Bu işlem teorik olarak bilirkişi raporu olarak görünmesine rağmen, özü itibari ile zorlayıcılık yönü de dikkate alındığında başka bir bölümde düzenlenen koruma tedbirlerinin koşullarına paralel bir düzenleme olduğu görülecektir.⁵⁰⁷

Örnek alma işlemi uygulamada moleküler genetik inceleme için kullanılır. Olay yerinden alınan DNA örneği ile karşılaştırma işlemi için vücuttan kan, kıl veya sürüntü örneği alınabilir. Burada kan örneği alınması sırasında, enjektör bir iğne yoluyla damar içine girilerek oradan bir miktar kan örneği alınması vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir müdahaledir. Kıl örneği alınması sırasında ise, hekim gözetiminde saçlı deriden kökleri muhafaza edilmek kaydıyla çekilmek suretiyle bu yöntem uygulanır. Bu işlem sonrasında ilgili kişi ciddi bir acı hisseder.

Bu iki örnek dikkate alındığında vücuttan kan alınması ve saçlı deriden kıl örneği alınması kişinin vücut dokunulmazlığına müdahale eden birer işlemlerdir. Bu görüşün aksi veya bu işlemin sağlığa yönelik bir tehlike oluşturmadığı da öne sürülemez. Öğretide vücut dokunulmazlığının ihlali net olarak gerçekleştiğinden, örnek almak suretiyle yapılan tıbbi müdahâlenin yasal düzenleme yoluyla hukuka uygun hâle getirilebileceği savunulmaktadır.⁵⁰⁸ Kanaatimizce söz konusu ceza

⁵⁰⁷ İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s.36.

⁵⁰⁸ ÖZBEK, Veli Özer, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, “Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 1”, s. 63; MAHMUTOĞLU, s.4.

muhkamesi tedbirleri kanunda düzenlendiği ve uygulanma şartları belirlendiği için anayasaya herhangi bir aykırılık içermemektedir.⁵⁰⁹

Bunun yanında günümüzde gelişen teknolojik imkanlar ve modern hayat koşullarında, enjeksiyon yardımıyla kan alma yöntemine alternatif olacak daha hafif DNA örneği elde yöntemleri kullanılmaktadır. Yanaktan sürüntü alımı, köklü saç, tükürük alma gibi vücut dokunulmazlığına doğrudan müdahale niteliğinde olmayan yöntemler bu duruma örnek olarak ele alınabilir. Bunlardan özellikle yanaktan sürüntü alımı, kolay ve ucuz olması sebebiyle çoğunlukla tercih edilen yöntemler arasında sayılmaktadır.⁵¹⁰

Kanaatimizce; suçların aydınlatılması sağlayan bu soruşturma işlemleri bakımından şüphelilerin bu işlemlere katlanmasını beklemek veya mağdurların aydınlatılmaları ile rızaları alınmak kaydıyla bu işlemlere maruz kalmaları, hukuk devleti standartlarında kabul edilebilecek türde işlerdendir. Bu tedbirlerin kanunla düzenlenmesi ve kanundan kaynaklanan bir gerekçe ile kişilere kanuni yükümlülük yüklenmesi sebebiyle Anayasa'ya uygun oldukları da ifade edilebilir. Ancak bu işlemlere başvurulduğunda, ölçülülük ilkesi gereğince alternatif yöntemlerden daha hafif olanı seçmek gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi yanaktan sürüntü almak ile ulaşılabilecek bir sonuç olduğu durumlarda enjektörle kan alma yoluna gidilmemelidir.

3.1.4.3. Örnek Alma Çeşitleri ve Analize Uygun Şekilde Alınma Yöntemleri

İç ve dış beden muayenesinin zamanında ve kanunun belirlediği sınırlar için ehil kişilerce yerine getirilmesi soruşturmanın etkinliği açısından oldukça önemlidir. Özellikle cinsel suç soruşturmalarında, çocukların iç ve dış beden muayenelerinin uzman hekimlerce vakit geçirmeksizin yapılması gerekmektedir. Aksi bir durumda suç delillerinin kaybolması, tıbbi kayıtlarda bir takım eksiklerin ortaya çıkması ve sonucunda yetersiz adli raporların düzenlenmesi ortaya çıkabilir.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 619 vd.

⁵¹⁰ ELMAS İmdat /ERSOY, Gökhan, “Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut”, Klinik Gelişim, ss. 111-113, s. 112.

⁵¹¹ KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp., s. 169.

Elbette, hekimden kanuni düzenlemeleri, suçun unsurlarını veya güncel yüksek yargı kararlarını bilmeleri beklenemez. Bu nedenle suçun tipine göre Cumhuriyet savcısı veya hâkim mağdurun hastaneye sevk edilmesi sırasında yazılması gereken müzekkere içeriğinde, kanuni atıflara yer vererek hekimden istenen önemli bilgi ve tespitlerin yapılması talep edilmelidir. Ayrıca mağdurun vücudunda suçtan dolayı moleküler genetik incelemeye konu olabilecek kan, tükürük, idrar, meni ve tırnak gibi biyolojik materyallerin tespiti ve mümkünse bunların usulüne uygun olarak muhafaza altına alınması istenmelidir.⁵¹²

3.1.4.4. Vücudun Dışından Alınabilen Örnekler (Vücuda Müdahale Niteliğinde Sayılmayanlar)

İnsan vücuduna herhangi bir müdahalede bulunmaksızın olayın gerçekleştiği yerden toplanan deliller, suç şüphesi üzerinde yoğunlaşan kişilerden alınan DNA örnekleri ile karşılaştırılabilir ve inceleme sonucuna göre de soruşturma aşaması ivme kazanabilir.⁵¹³ Yönetmeliğin 23'üncü maddesine göre: *“Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir”*.

Bu düzenleme gereğince, şüpheli veya sanığa ait olduğu yönünde net bir bulgu bulunmayan ve şüpheli veya sanığın vücut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşımayan olay yerinde veya şüphelinin vücudunun “dış yüzeyinde bulunan kıl, tüy, lif gibi örnekler” olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Şüpheli ya da sanığın kendi vücut bütünlüğü kapsamında değerlendirilmesi kuvvetle muhtemel“kan veya tükürük benzeri biyolojik örneklerle saç, kıl, tırnak, doku gibi vücut parçalarından örnekler” yetkili makamın kararı olmaksızın alınamayacaktır.

3.1.4.5. İnvaziv Yöntemlerle Alınabilen Örnekler

İnvaziv kelimesi Latince kökenli bir kelime olup, tıbbi anlamı ile “ilerleme gösteren, özellikle komşu dokulara doğru yayılma gösteren” anlamı taşır.⁵¹⁴ Uygulamada ise

⁵¹² ASLAN Ahmet, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018 s.322.

⁵¹³ POLAT, Oğuz, “Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar”, Ankara 2004, s. 209 vd.

⁵¹⁴ <https://www.tipterimlerisozlugu.com/invasive.html> (Erişim Tarihi:01.02.2021)

sık sık bahsedildiği üzere girişimsel tıbbi müdahalelerin invaziv müdahaleler olduğu kabul edilir. Girişimsel tıbbi müdahaleler ile vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ve vücudadışarıdan müdahale ile herhangi bir materyal alınması söz konusu olur. Hekim, yapacağı herhangi bir invaziv müdahale için hastasını aydınlatmalı ve bilgilendirilmiş rızasını almalıdır.⁵¹⁵ Burada sorumluluk hekime aittir.⁵¹⁶

3.1.4.6. Koruma Yöntemleri-Laboratuara Sevk

Alınan örneklerin bozulmadan veya değiştirilmeden incele yapılacak laboratuara gönderilmesi gerekir. Adli tıp uygulamalarında birçok koruma yöntemi ve koruyucu materyal alınan örneklerin korunmasında kullanılmaktadır. Buna göre ideal bir koruyucu, basit bir kimyasal bileşime sahip olmalı, ısıya dayanıklılığı yüksek olmalı ve laboratuarda kolayca bulunmalıdır.⁵¹⁷

Örnek alınması sonrasında, inceleme için nakil sırasında, “numuneyi alanın personelin adı soyadı, görevi, numunenin alınış gün ve saati, numunenin elde edildiği yer ve alınış usulü, soruşturmaya yürüten adli makam veya kararı veren adli birim gibi etiket bilgileri” yazılarak mühürlü bir zarf ile gönderilir ve her delil ayrı ayrı paketlenir.⁵¹⁸

Örneklerin muhafaza edilip paketlenmesinde kâğıttan yapılmış kuru saklama torbaları kullanılmalı, çürüme yapma ihtimalinden dolayı plastik malzeme kullanılmamalıdır.⁵¹⁹ “Örnekler için tek kullanımlık kitler kullanılır, anal ve vajinal svapların eküvyon çubuęu⁵²⁰ ile alınarak ayrı-ayrı steril tüpler içine konulması, ağızlarının iyice kapatılması ve her tüpün üzerinde yukarıda belirtilen gerekli bilgileri içeren etiketin bulunması ve ayrıca biyolojik delilleri toplarken bulaşmayı engelleyici tedbirler alınması”⁵²¹ gereklidir. Her türlü delilin temini bakımından, mukayese

⁵¹⁵ KIZILARSLAN, “Ceza Muhakemesi Hukukunda..”, s. 120.

⁵¹⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.389.

⁵¹⁷ DENER, Yücel, “Alkol ve Madde Analizi”, Adli Tıp Ankara Grup Başkanlığı, İç Sunumu, Mayıs–2005 (Naklen: KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda.., s. 122.)

⁵¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda.., s. 122.

⁵¹⁹ BAĞDATLI, Yaşar: “Materyal Alma Yöntemleri”, 12. “Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 01.10.2005 günlü Sunumu”, Adli Tıp Kurumu Yayınları, İstanbul, 2006, ss.121–131, s.123.

⁵²⁰ “Vücut boşluklarından (örneğin; ağız vs) numune alınması işlemleri için kullanılan çoğunlukla steril paketlerde satılan çubuk ve ucunda pamuktan ibaret numune alma aparatlarına eküvyon çubuğu denir.” <https://kelimeler.gen.tr/ekuyyon-nedir-ne-demek-106353> (Erişim Tarihi:01.02.2021)

⁵²¹ ZENGİN, Nurullah, “Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Bilgi Notu”, Nisan 2005, s.2.

örneği olarak şüpheli veya mağdurun kan, köklü saç örneği⁵²² alınıp laboratuara gönderilebilir.

3.1.4.7. Kimyasal Analizler

Örneklerin usulüne uygun alınması ve etkin bir şekilde analizi oldukça önemlidir. Biyolojik materyallerin gerekli teknolojik imkânlarla doğru temin edilmesi ve analiz yapacak kuruma iletilmesi gereklidir.⁵²³ Adli makamlar tarafından talep edilen toksikolojik, narkotik, gıda ve alkol metrik analizler kriminal laboratuarlarda yapılmaktadır.⁵²⁴

Kriminal laboratuvarları ülkemizde genellikle polis, jandarma gibi kolluk kuvvetlerine bağlı olarak faaliyet gösterse de, Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumlarında laboratuvarlar vardı. “Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin” 12. maddesi ve devamında Adli Tıp Kurumu’nun tespit edeceği usule göre, “kişilerin solunum havalarında veya usulüne uygun şekilde gönderilen kan veya idrar örneklerinde alkol veya narkotik madde incelemesi ve analizleri” de bu kurum tarafından yapılabilir.

Laboratuvarlar talep edilen incelemelerin konularına göre “narkotik, gıda, biyoloji, moleküler genetik inceleme laboratuvarları” gibi çeşitli dallarda faaliyet göstermektedirler. Halen ülkemizde “Adli Tıp Kurumu laboratuvarlarının imkânları ve kapasitelerinin dünya standartlarının üzerinde olduğu ve gelişen teknolojinin takip edildiği, lazer mikroskoplar vasıtasıyla ayrıştırılan tek bir hücreden bile DNA analizler ve kimliklendirmelerin yapılabildiği” ifade edilmektedir.⁵²⁵

3.1.4.8. Moleküler Genetik İnceleme (DNA Analizi)

Yönetmeliğin 3. maddesi moleküler genetik incelemeyi “Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması” olarak tanımlamaktadır. Bu inceleme yöntemi, “tarafılardan alınan ve

⁵²² AKSOY, Ercüment, “Cinsel Saldırıların Muayenesi” İstanbul 2004, s.55.

⁵²³ AKTAY Göknur, “Toksikolojik Deliller Açısından Olay Yeri İncelemesi”, “Toksikoloji Dergisi (The Journal Toxicology)”, Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3, s. 39-42.

⁵²⁴ KIZILARSLAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda., s. 123.

⁵²⁵ BAĞDATLI, s. 124.

olayın çözümü için gereken tür ve miktardaki biyolojik materyalin kullanılarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması olarak”⁵²⁶ da tanımlanabilir.

Bu inceleme için yapılması muhtemel müdahalenin CMK’nın 75. ve 76. maddelerinde olduğu gibi “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması” gerekir. CMK’nın 75. maddesinde şüpheli veya sanık hakkında dikkat edildiği gibi ölçülülük ilkesi burada da kendisini göstermektedir.⁵²⁷ Sanık ve şüpheliden farklı olarak “mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında” cerrahi müdahale imkânı düzenlenmemiştir. Sanık veya şüphelinin “beden muayenesi ve vücutundan örnek alınmasında” ise cerrahi müdahale söz konusu olabilir.⁵²⁸

Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik incelemeler olarak adlandırılan DNA analizi, bağımsız bir tedbir olmak yerine, bedenin muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısı olarak ele alınmaktadır.⁵²⁹ CMK’nın düzenlemesinin özünde beden muayenesi ve DNA analizi koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir.⁵³⁰ DNA analizi ile olay yerinden elde edilen materyalin ve beden muayenesi sonrasında temin edilen materyalin karşılaştırılması maksadıyla analizi yapılmaktadır.⁵³¹

Kişilerin hak ve hürriyetleri açısından bazı kısıtlamalar içermesi nedeniyle beden muayenesi ve moleküler genetik inceleme birer koruma tedbiri olarak ele alınması gerekir. 1412 Sayılı CMUK’da moleküler genetik inceleme düzenlenmemiştir. CMK’da ise 78, 79 ve 80. maddelerde ayrıntılı olarak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81e maddesine benzer bir şekilde⁵³² düzenlenmiştir.⁵³³ CMK’nın 78’nci maddesine göre; 75 ve 76. maddeler uyarınca şüpheli, sanık veya mağdurdan elde

⁵²⁶ ÖZTÜRK, Cemal; “Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği”, Seçkin Yayınevi, Ankara–2006, s.182.

⁵²⁷ Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.48; ERSAN, s.269.

⁵²⁸ YENİSEY/KUNTER/NUHOĞLU, s.251.

⁵²⁹ ÖZBEK: “DNA Analizi”, s.7.

⁵³⁰ ÖZBEK: “DNA Analizi”, s.10.

⁵³¹ ÖZBEK; “DNA Analizi”, s.7.

⁵³² YENİSEY/OKTAR, s.63.

⁵³³ ÖZBEK; “DNA Analizi”, s.31.

edilen bulgunun da şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için bu incelemelerin yapılabileceği ifade edilmiştir.

CMK'nın 79'ncu maddesi gereğince bu incelemelere ancak hâkimce karar verilebilir. Görüldüğü üzere burada gecikmesinde sakıncalı hal durumunda Cumhuriyet savcısına bu kararı verme imkânı tanınmamıştır. Hâkim kararında incelemeyi yapacak bilirkişinin gösterir, uygulamada genelde bu ATK ve kolluk kriminal laboratuvarlarıdır. Soruşturmayı yürüten makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup görevlilerin bilirkişi olabileceği, bu kişilerin sonuçların gizliliğini sağlama görevi olduğunu ve incelenecek bulgunun bilirkişiye ilgisinin adı soyadı ve adresi doğum tarihi bildirilmeksizin verilmesi gerektiği yine kanun maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın 80'nci maddesinde ise analiz sonuçlarının gizliliği ve materyalin imhası konuları hüküm altına alınmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer bir nokta ise mağdurun rızası ile bedeninden örnek alınması durumunda; bu örnekler üzerinde CMK'nın 78'nci maddesi gereği moleküler genetik inceleme yapılması için mağdurun rızası yeterli değildir. Dolayısıyla mağdurun rızasının bu tedbir açısından bir anlamı olmayıp, inceleme yapılabilmesi için CMK'nın 79/1 gereği hâkim kararı gereklidir.⁵³⁴ Aksi halde inceleme sonucu elde edilen delil kanuna aykırı bir yolla temin edildiğinden kullanılamaz.

⁵³⁴ Yargıtay 14 CD, T. 12.04.2012, E. 2012/1955, K. 2012/4351 sayılı kararında: "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Bir suça dair delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzer biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet Savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz şeklindeki 76/1 ve Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için 1. fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur şeklindeki 76/2 nci maddesindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; mağdurun rızası aranmaksızın vücudu üzerinde suç delillerinin tespiti amacıyla muayene kararı verilebileceği gözetilmeksizin, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan, kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden" (Uyap.gov.tr Erişim Tarihi:01.02.2021)

3.1.4.9. Moleküler genetik incelemelerin gizliliği ve sonuçların imhası

Yönetmeliğin 14'ncü maddesinde “moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliği” başlığı ile farklı bir madde bulunmaktadır. Bu madde kapsamında, “örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliği taşıdığı kabul edilmiş olup bunların farklı amaçlar ile kullanılması yahut dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği” ifade edilmiştir.

CMK'nın 80'inci maddesine göre, “CMK'nın 75 ve 76 ncı madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz.” Bunun yanında başka yönden de bir koruma durumu düzenlenmiştir. Şöyle ki CMK gereğince dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler de bu yükümlülük altındadır. Taraf sıfatları nedeniyle öğrendikleri diğer taraf veya başka bir kişiye ait bilgileri herhangi bir kimse ile paylaşamazlar.

CMK'nın 80/2'nci ve Yönetmeliğin 14/2'nci maddeleri düzenlemesinde, “bilgilerin, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği ve bu hususun dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirileceği” düzenlenmiştir.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin “özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8' inci maddesini ihlal ettiğine” dair verdiği bir kararında; mahkeme S. And Marper v. The United Kingdom başlıklı kararında beraat, vazgeçme ya da düşme kararıyla son bulan yargılamalarda, yargılamanın son bulmasına rağmen, dosya kapsamında temin edilmiş olan “bu suçlamalara ilişkin parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin” imha edilmeksizin muhafaza edilmesini sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir.⁵³⁵

⁵³⁵ “S. and Marper v. The United Kingdom Applications nos. 30562/04 and 30566/04”, 4 December 2008, “<https://rm.coe.int/168067d216>” (Erişim Tarihi:25.12.2020) “125. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants'

AİHM yukarıda belirtilen kararında, kapsamlı ve ayırım gözetmeyen parmak izlerinin, hücresel numunelerin ve hüküm giymemiş kişilerin DNA profillerinin muhafaza edilmeye devam edilmesinin ile başvuruçuların durumu arasında adil bir denge sağlamadığını ifade etmiştir. Davalı Devletin sahip olduğu kabul edilebilir takdir marjını aştığına hükmetmiştir. Buna göre, söz konusu muhafaza etme ölçülülük ilkesine aykırı olmakla, başvuranların özel hayata saygı haklarına müdahale teşkil eder. Mahkeme başvuruçuların konuya ilişkin eleştirilerini dikkate alması gerekliliği, bu verilere çok geniş erişim ile ilgili kişisel veriler ve kötüye kullanıma karşı yetersiz koruma sağlanmasını Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

Yukarıda ifade edilen hususlara uyulmaması durumunda, ilgililer hakkında adli ve idari yönden sorumluluk doğacağı açıktır. İlgilinin kamu görevlisi olması durumunda hakkında disiplin yönünden idari soruşturma yapılabileceği gibi CMK gereğince adli soruşturma da açılabilir. TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinde düzenlenen “kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları” ile TCK'nın 257 ve 285'nci maddeleri gereğince görevi kötüye kullanma ve soruşturma gizliliğinin ihlali suçları somut olayın özelliklerine göre olayda oluşabilir.

3.2. ÇOCUĞUN SOY BAĞININ ARAŞTIRILMASI DURUMU

Ceza muhakemesi hukukunda çocuğun soy bağının araştırılması durumu, CMK'nın 76/3 maddesinde düzenlenmiştir. Madde düzenlemesine göre çocuğun soy bağının araştırılması için, “mağdurun veya diğer kişilerin bedenmuayenesi ve vücuttan örnek alınmasına” ilişkin şartların geçerli olduğu ve bu durumda hâkim kararının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda Medeni Kanun⁵³⁶ ve Hukuk Muhakemeleri

right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society. This conclusion obviates the need for the Court to consider the applicants' criticism regarding the adequacy of certain particular safeguards, such as too broad an access to the personal data concerned and insufficient protection against the misuse or abuse of such data. 126. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case; Holds that there has been a violation of Article 8 of the Convention”

⁵³⁶ MK'nun 284. Maddesi: “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

Kanununda da soybağının tespitine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Soybağının tespiti durumlarında çocuğun annesinden alınacak örneklerle ilişkin annenin rızası halinde CMK'nın 76/2'nci maddesi uyarınca karar alınmasına gerek yoktur. Çocuğun soybağının tespit edilmesi genellikle cinsel suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda karşımıza çıkmaktadır. Bir cinsel saldırı eylemi neticesinde hamile kalan ve doğum yapan mağdurun doğan çocuğundan alınan örnekler ile şüpheliden alınan örneklerin karşılaştırılması ile failin tespiti mümkündür.⁵³⁷ Soybağı tespit edilecek çocuk hakkında uygulanacak tedbirde, suçun mağduru soybağı tespit edilecek çocuk değil anne⁵³⁸ olduğu için, annesinin rızasının geçerli olmadığı savunulmuştur.⁵³⁹ CMK'nın 76/2 maddesinde mağdurun rızasından bahsedilmektedir. Vücudundan örnek alınacak doğan çocuğun diğer kişiler anlamında ele alınması gerektiği ve diğer kişilerin rızasından kanunda bahsedilmediği için mağdur annenin rızasının geçerli olmadığı görüşü yerindedir.

Çocuğun soybağı değiştirildiğinde veya gizlendiğinde ise durum farklı olarak ele alınmalıdır. Söz konusu suç, "kişinin doğal veya hukuki yollarla bağlı bulunduğu ailesinden koparılmasını ve aile düzeninin bozulmasını önlemek" amacıyla kanunda suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁴⁰ Bu suçta mağdur, soybağı değiştirilmiş ya da gizlenmiş çocuktur. TCK'nın 231/1 maddesinde düzenlenen suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Suçun faili anne ve babası da olabilir. Çocuğun anne ve babasından birisinin diğerinden habersiz olarak işlemesi veya bunlar haricinde üçüncü bir kişinin de fail olabilmesi mümkündür.⁵⁴¹ Bu durumda çocuk mağdur sıfatını taşıdığı için şüpheli olmayan anne veya babası kanuni temsilci sıfatıyla vücudundan örnek alınmasına rıza gösterebilir.

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."

⁵³⁷ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.64.

⁵³⁸ ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.245

⁵³⁹ BAĞLAR, Yunus Emre; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması", TAAD, Yıl: 12, Sayı: 45 (Ocak 2021), ss.121-154, s.141.

⁵⁴⁰ NUHOĞLU, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul, 2009, s.66.; KOCA, Mahmut, "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", "Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu", Ankara, 2008, s.506; YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", İstanbul, 2008, s.186.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.907.

⁵⁴¹ EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.2, 1993, s.1953. (Naklen: YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, C.5, s.6898.)

Konumuz gereği soybağı tespitiin gündeme gelmesi ancak bir suç sebebiyle gerekip gerekmediği noktasında tartışılabilir olacaktır. Çekişme sadece babalık davasında soybağının araştırılması ise CMK yerine hukuk usul hukuku kuralları uygulanacaktır.⁵⁴² 6100 sayılı HMK'nın 292 maddesinde Soybağı Tespiti İçin İnceleme başlığı altında buna dair; “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. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz” şeklinde bir düzenleme vardır.

HMK'nın 292'nci maddesi uygulanması hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım görüşe göre, kişinin rızası alınmaksızın bedenine fiziki zorlama ile müdahale edereksoy bağıının tespitiin yapılması, Anayasanın 17'nci maddesi ihlal etmez. Şöyle ki; TMK'nın 24/2'nci maddesine göre çocuğun üstün yararı ve kamusal yararı koruyan hükümler, kişinin vücut dokunulmazlığı hakkının istisnaları olarak değerlendirilebilir.⁵⁴³ Burada çocuğun üstün yararı dikkate alınarak çocuğun üst soyunun tespiti ile beden dokunulmazlığı arasında çocuğun üstün yararına öncelik tanınmaktadır.⁵⁴⁴ Bunun toplumsal duyarlılık açısından da ayrıca önemli olduğu kanaatindeyiz. Örneğin; babası belirlenmemiş veya babasını bilmeyen bir çocuk için sosyal yaşam açısından birçok sorun çıkacağı gibi aile hukuku ve miras hukuku anlamında çocuğun birçok menfaati etkilenecektir.

Bu husustaki diğer bir görüşe göre ise, çocuğun üstün yararı ile kişinin bedeninden zorla kan veya doku alınması, soybağının tespitine ilişkin davalarda gerçeğin ortaya

⁵⁴² YENİSEY, NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.631.;Hukuk Genel Kurulu E: 2017/1927; K: 2018/1471; T: 18.10.2018 sayılı kararında: “Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'da soy bağıının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hâl böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.”

⁵⁴³ İNCİ, s.124.

⁵⁴⁴ İNCİ, s.124; YENİSEY, NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.631.

ıkarılması amacıyla olsa bile, llk ilkesi bakımından sakınca teşkil eder. Kişinin bedeni üzerinden soy bağının tespiti maksadıyla zorla örnek alınması kişilik haklarını ihlal eder.⁵⁴⁵ Diğer bir görüşe göre “HMK'nın 292'nci maddesinde yer alan düzenlemeyle kabul edilen hâkim tarafından hakkında incelemesi için kan ve doku alınması kararı verilen kişinin, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uymaması halinde, hâkimin zor kullanılarak gerekli inceleme yapılmasına hükmetmesi ve bu kararın yerine getirilmesi insan haklarına aykırıdır.”⁵⁴⁶ Kanaatimizce bu görüşler yerinde değildir. Şöyle ki; soybağının tespiti için örnek alınan kişi herhangi bir kimse olmayacaktır. Olayla bağlantılı olduğu bilinen ve hakkında makul bir iddia olan şahsın bedeni üzerinden hâkim kararı ile gerektiğinde zor kullanılara örnek alınmasında llk ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

⁵⁴⁵ İNCİ, s.124.

⁵⁴⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.550.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TEDBİRİN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN ZORLUKLAR VE MAĞDURUN RIZASI

4.1. GENEL AÇIKLAMALAR

4.1.1. Rıza Nedir?

Sözlük anlamıyla rıza; “istek, razı olma, isteme, onama” anlamlarına gelmektedir.⁵⁴⁷ Ceza hukuku açısından önem taşıyan bir kavram olarak rıza ancak ceza hukukunun kendisine önemli sonuçlar bağlaması halinde hukuki işlem olarak nitelendirilebilir, aksi halde önemsiz bir irade beyanından ibarettir.⁵⁴⁸ Bu iradenin sağlıklı ve geçerli bir şekilde oluşması ve rızanın açıklanmış olması da eylemin hukuka uygunluğu bakımından şarttır.⁵⁴⁹ Hekimin kişiye yaptığı tıbbi müdahalenin yaralama niteliği taşıması ve diğer koşulları itibari ile ilgilinin rızasının varlığı halinde hukuka uygun sayılması sebebiyle tıp hukukunda rıza, oldukça önemli bir unsur haline gelmiştir.⁵⁵⁰

Rıza günlük dilde bir dilek veya başkasının talebine uymak olarak kullanılmaktadır.⁵⁵¹ Ceza hukuku anlamında rıza ise; “*kişinin, kendi iradesi ile bir başkasının iradi davranışının örtüştüğünü açıklaması*” veya “*rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuki değere karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuki değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.*” olarak da tanımlanır.⁵⁵² Rıza, terim olarak basit ve açık bir kavram olmasına rağmen

⁵⁴⁷“http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54a11a77329c22.40701517”, (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

⁵⁴⁸ YENERER ÇAKMUT, “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku...*” s.194.

⁵⁴⁹ ERMAN, s.122; YENERER ÇAKMUT, “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku...*”, s.204.

⁵⁵⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.432-433.

⁵⁵¹ Peter-Rene Gülpen, Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB, Köln Uni-Diss. 2008, Troisdorf, Duhme-Verlag, 2009, s.5. (Naklen: CANKURT, Ezgi, “Tıbbi Müdahale Ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası”, “İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi”, İstanbul 2018, s.6.)

⁵⁵² Richard Kessler; “Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung”, Berlin 1884,s.26’dan (Naklen: EKİCİ ŞAHİN, Meral, “Ceza Hukukunda Rıza”, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2012, s.5.)

öğretide ve uygulamada çıkan bir takım sorunlar nedeniyle ele alınması tartışılabilir bir hale gelmiştir.

Bir görüşe göre, rıza herhangi bir haktan feragat anlamına gelmektedir. Bu feragat özel hukuktan farklı olarak geri alınabilmektedir.⁵⁵³ Yani her an verilen rızadan vazgeçilebilir. İlgilinin rızası, “*ibra, hakkın temlik, feragat*” gibi anlamlara da gelebilir.⁵⁵⁴ Ceza hukuku anlamında kişi kendisine ait hukuki menfaatleri rıza ileulaşılabilir veya dokunulabilir bıraktığında buna yönelik olarak gerçekleşen ve suç içeren eylemi gerçekleştiren kişiyi cezalandırmak gerekmeyecektir.

Ceza Kanununun çözümlmek istediği ve bir sonuca bağladığı ihlal edilen yararlar konusunda meydana gelen uyuşmazlığın rıza hukuki işlemi ile ortadan kaldırılmasından ibarettir. Fakat bu hukuki işlem, ayrı bir takım nitelik ve şartları gerekli kıldığından, özel hukukta görülenlerden tamamıyla farklı, kamusal ve cezai bir nitelik taşımaktadır.⁵⁵⁵ Bu bağlamda rıza beyanında bulunan kişiye karşı, gerçekleşen eylem, kamu hukukunun bünyesinde değerlendirilecek bir hukuki işlem sebebiyle hukuka uygun kabul edilecektir.

Tıp alanında da tüm demokrasilerde olduğu gibi insan onuruna dokunan hiçbir müdahale kabul edilemez.⁵⁵⁶ Bu durumda dahi, tıbbi müdahaleye ilgilinin rızası olduğunda, müdahalenin insan onuruna aykırı nitelikte bir davranış olmadığı savunulabilir.⁵⁵⁷ Anayasa’nın 17/2. maddesi gereğince “tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller” dışında beden dokunulmazlığına ancak rıza ile dokunulabilir. Başka bir deyişle, “bir tıbbi müdahale ilgilinin rızasına dayanabileceği gibi, tıbbi zorunluluk veya kanunda yazılı hal gerekçesiyle rıza dışı da yapılabilir.”⁵⁵⁸ Örneğin; bir suç soruşturmasında CMK’nın 75 ve 76. maddeleri gereğince hâkim kararı ile kişilerin beden muayenesi yapılabilmesi gibi, vücutlarından örnek de alınabilir.

⁵⁵³ DÖNMEZER Sulhi /ERMAN, Sahir/BAYRAKTAR, Köksal/ KIZIROĞLU, Serap/ ZAFER, Hamide/ MEMİŞ KARTAL, Pınar/ SINAR, Hasan/ ERMAN, R.Barış/EROĞLU, Fulya/ÖNOK, R.Murat, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 14. Bası, İstanbul, D/R Yayınları, 2019, s.300.

⁵⁵⁴ Binding, Handbuchdes Strafrechts, Leipzig,1885,I,s.710 (Naklen: DÖNMEZER/ERMAN vd., s.300)

⁵⁵⁵ DÖNMEZER/ERMAN vd., s.300.

⁵⁵⁶ HAKERİ, Hakan, “Hasta Hakları Kanunu Taslağı”, “4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı Özel Sayı”, Kasım 2007, S. 51-64,s.53.

⁵⁵⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.433.

⁵⁵⁸ ÖZAR, Süleyman, HALICI, Türkan , "Organ Veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza". “Adalet Dergisi/66”, Mayıs 2021, ss.569-593, s.572.

Biyotıp Sözleşmesi'nde rıza, *muvafakat* başlığı ile II. Bölümde düzenlenmiştir. Bölümün girişinde 5. maddesinde genel kural olarak, yapılacak bir tıbbi müdahale, hastanın söz konusu müdahaleye özgür ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza göstermesi ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddenin devamında hukuka uygunluk nedeni olarak varsayılan rıza ve rıza ile ilgili diğer unsurlar 6, 7, 8 ve 9'ncü maddelerde ele alınmıştır. Bu hususlara aşağıda değinilecektir.

Tababet Kanununun 70. maddesinin ilk fıkrasında ise, doğrudan doğruya Biyotıp Sözleşmesinde olduğu gibi “*muvafakat*” terimi kullanılmıştır. Tababet Kanunu'nun müzakerelerinin yer aldığı zabıta farklı yerlerde “*rıza*” terimi geçmekle birlikte, Tababet Kanunu'nun mevcut yürürlük haliyle 70. maddesine tekabül eden metinlerde ise “*muvafakat*” terimi kullanılmış olması; rıza ve muvafakatin ayırt edildiği izlenimini uyandırmaktadır. Sözlük anlamıyla muvafakat, “*Uygunlu, Uymak, Uzlaşmak Anlaşmak, Müsaade, Kabul etme, Rız olma*” anlamlarına gelmektedir.⁵⁵⁹

Türk Ceza Hukuku ve konumuz gereği yapılan vücut dokunulmazlığının ihlaline yönelik müdahaleye mağdurun rızası bağlamında hukuka aykırılığın giderilmesine yönelik yaklaşımlar söz konusu olsa da; TCK'nun 26. maddesi başlığında “*Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Öğretide “*ilgilinin rızası*” teriminin yetersiz ve farklı anlamlara açık bir kavram olduğu bunun yerine “*hukuki değer sahibinin rızası*”; maddede geçen “*hak*” teriminin yerine “*hukuki değer*” kavramı olması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁶⁰

Medeni Kanun'un 23/3 maddesinde de rıza ele alınmıştır. Şöyle ki “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür*”. Ayrıca 24. maddesinde ise “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” şeklinde bir düzenleme daha mevcuttur.

⁵⁵⁹ “<http://www.lugatim.com/s/muvafakat>” (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁵⁶⁰ EKİCİ ŞAHİN, s.10-11.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/1-h maddesinde rıza, “kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi” olarak düzenlenmiştir.

Rıza beyanında bulunma, kanun gereğince kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, ihlal edilmesi muhtemel hukuki menfaatin sahibinin rıza göstermesi beklenmelidir.⁵⁶¹ Öğretide, hukuki menfaat ve hak sahibi kavramları arasında nasıl bir fark olduğu, hak sahibi kavramının kanunda kullanılma nedeninin kanuni temsilciye dair madde metninde bir açıklanabileceği halde açıklanmadığı yönünde eleştiriler vardır.⁵⁶² Burada söz konusu hukuki menfaat sahibi birey olsa da; geniş anlamda toplumun yararının etkilenmesi veya üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmesi ihtimali söz konusu olduğundan kamu otoritesinin de hak sahibi olacağı savunulabilir. Buna rağmen bir kısım yazar hukuki menfaat kavramının kullanılmasını, menfaat teriminin daha kapsayıcı olması nedeniyle yerinde görmektedir.⁵⁶³

Ceza kanunumuzda; ilgilinin rızası kavramı, her suçta ve bu suçlara ilişkin gerçekleştirilen eylemlere göre kanun metninde ayrı ayrı ele alınmak suretiyle genel bir kabul veya uygulama yapılmasının önüne geçilmiştir. Rızanın ilgilisi tarafından gösterilmesi şekli her suç için aynı şartlara bağlanmamış olup, hukuki sonuçları açısından da farklılık göstermektedir. Rızanın ilgili hukuki menfaat sahibi tarafından gösterilmesi ve ilgilinin bu rızasının eyleme konu suç tipi bakımından kanunda öngörülen bir işlevi bulunmalıdır.⁵⁶⁴ Yine eylem, ceza hukuku bakımından sonuç ortaya çıkaran durumlar meydana getirirse ya dabu eylem bir hukuki işlem teşkil ediyorsa gösterilen rıza hukuka aykırılığı giderir nitelikte olacaktır.⁵⁶⁵

4.1.2. Rızanın Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Bağlamında Ele Alınması

Genellikle özel hukuk ve ceza hukuku kuralları ve uygulama için öngörülen düzenlemeler birbirinden farklıdır. Rızanın her iki hukuk disiplininde ele alınış

⁵⁶¹ YENERER ÇAKMUT; “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku...*”, s.36.

⁵⁶² Bkz. ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2”, İstanbul, 2006, s. 234.

⁵⁶³ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.488-489.

⁵⁶⁴ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAŞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler, s.345.

⁵⁶⁵ DÖNMEZER/ERMAN vd., s.304.

şekilleri de ayrıdır. Keza, rıza özel hukukta sözleşmenin kurucu şartlarından iken, ceza hukukunda ise suçun hukuka uygun sebeplerinden olarak kabul edilir. Özel hukukta bir hukuki işleme yönelik öngörülen şartlar kurucudur, zira bu şartların oluşmaması durumunda hukuki işlem meydana gelmeyecektir. Fakat ceza hukukunda, hukuka uygunluk sebeplerine yönelik düzenlemeler ise düzenleyici olduğu gerekçesiyle söz konusu teori öğretide eleştirilmektedir.⁵⁶⁶

4.1.3. Hukuka Uygunluk Sebebi “Rıza”

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” hususunda, söz konusu olacak hak vücut dokunulmazlığı üzerindeki mağdurun hakkını oluşturmaktadır. Kişiye tanınan bu hak, beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale üzerinde kişiye sınırsız bir tasarruf yetkisi vermeyeceği gibi bu hakkın belirli bir ölçüde kişisel tasarrufa tabi olabileceği kabul edilen bir durumdur.⁵⁶⁷ Örneğin; rızanın geçerli olmayacağı bir durum olarak insan ticaretini düzenleyen TCK’nın 80/2 maddesinde; “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla kişilerin çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, bir yerden başka bir yere götürme eyleminde, mağdurun göstereceği rızanın geçersiz olduğu” düzenlenmiştir.

Bu hususta belirtilmelidir ki; TCK’nın 25. maddesi uyarınca bazı durumlarda hekimin zorunluluk sebebiyle hayati tehlikesi olan ve bilinci yerinde olmayan kişilere tıbbi müdahalede bulunması durumunda; eğer hasta bilinci yerinde olsa idi normal koşullarda bu müdahaleye rıza gösterirdi diye kanaat oluşması mümkün ise, kişinin varsayılan rızası yapılan müdahale için bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu kabul edilmelidir.

Aslında müdahaleyi yapan hekim, mesleki bir faaliyet yürütmenin yanında, kanun gereğince “..*başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak..*” şeklinde tasvir edilen durumdan insani bir saikle herhangi bir kişiyi kurtarmak da

⁵⁶⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.34; Werner Neyen, “Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht”, Dissertation Universität Trier, 1991, s.8 vd. . (Naklen: CANKURT, s.18.)

⁵⁶⁷ ERMAN, s.134

istemektedir. “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” soruşturma işlemleri açısından yapılan değerlendirmede; “hekimin kanun hükmünü yerine getirmek amacıyla gerçekleştirdiği bu eylem, ilgilinin rızasına aykırı hareket edilmesinin, kamu yararı, suçların aydınlatılması amacı ile kanunen zorunlu kılındığı, zorlayıcı tıbbi müdahaleler” olarak değerlendirilebilir.⁵⁶⁸

CMK’nın 75 ve 76’ncı maddeleri gereğince “kanun emrinin gereklerini yerine getiren hekimin eylemi”, TCK’nın 24. maddesine göre de “Kanunun hükmü ve amirin emri” bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir. Her ne kadar rıza, hekimin yaralama suçu teşkil eden müdahalesini, hukuka uygun hale getirebileceği gibi bazı ayıksı durumlarda da rıza olmaksızın hukuka uygunluk sebeplerinin meydana geldiği görülecektir.

Almanya gibi diğer Avrupa ülkelerinde de ülkemiz uygulamasına paralel olarak kişinin vücut dokunulmazlığı korunması gereken bir hak olmakla birlikte, sahibine sınırsız bir hak tanımamaktadır. Bazı özel durumlarda, sınırlamalar getirilerek insan bedeni üzerinde inceleme mümkün olabilmektedir. Bu sınırlamalar dışından vücut dokunulmazlığına ancak kişinin rızası müdahale edilebilir. Buradaki rıza, kişinin sahip olduğu bir hukuki değer, hekim tarafından yapılacak müdahale ile ihlal edilmesini kabul etmesine ilişkin bir irade beyanıdır.⁵⁶⁹ Yapılması muhtemel tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkarabilmesi için kişinin rızasına konuhak üzerinde kişinin tam ve serbestçe tasarruf edebilme yetkisine sahip olması gerekmektedir.⁵⁷⁰ Ayrıca, kişinin irade beyanının kişinin aleyhine olması durumunda, kişinin beden bütünlüğü kendisine karşı da korunduğundan yapılan eylem hukuka uygun olamayacaktır.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ ÖZGENÇ, TCK Şerhi, § 24 s. 355.

⁵⁶⁹ ÜNVER, “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, s. 976.

⁵⁷⁰ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, s. 337; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 339; GÖKÇEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, “SÜHFD Milenyum Armağanı”, C.8, S.1-2, 2000, s. 67; İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, s. 394; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhami, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 291; TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, 1978, S:1-4, s. 95.

⁵⁷¹ YÜCEL, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Ankara 2018, s. 198.

AIHM, “13.5.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye” davasında, başvuru kadının tutuklu bulunduğu sırada kendisine karşı cinsel saldırıda bulunulduğu iddiası üzerine rızası olmadan genital muayenesinin yapılmasının AIHS’nin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata saygı gösterilmesi hakkını” ihlal ettiğini belirtmiştir.⁵⁷² AIHS’nin 8. maddesi kapsamında mağdurun rızası dışında, bilgilendirilmiş özgür iradesine dayanmayan her türlü tıbbi müdahalenin mağdurun özel hayatına müdahale teşkil ettiği AIHM kararında vurgulanmıştır.⁵⁷³

AIHS’nin 8. maddesinin 2. paragrafına göre “bu şekilde yapılan bir tıbbi müdahalenin yasada 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 olabileceğine” dair düzenleme karşısında; yasalara uygunluk açısından eğer hâkim kararı ile muayene yapılmış ise herhangi bir ihlal olmayacaktır. Fakat maddenin devamında demokratik bir toplumda gereklilik durumu açısından ise, ayrıca somut olayın özelliklerine göre ve ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirme yapılması gerekir. Mağdurun beyanı ve soruşturma kapsamı itibari ile buna yargı makamları, mağdurun rızası olmaksızın tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmamasına karar verecektir.

4.2.RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, RIZAYA EHLİYET, RIZANIN ŞEKLİ, AYDINLATILMIŞ RIZA VE VARSAYILAN RIZA

4.2.1. Rızanın Hukuki Niteliği

Rıza daha önce de belirtildiği gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldırması itibariyle bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınabilir.⁵⁷⁴ Hukuk düzeninde kişiye, kendi geleceğini tayin hakkını kullanarak rızasının olup olmadığı yönünde açıklama

⁵⁷² KAZANCI, Behiye Eker, “Türkiyede Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi (AIHM 13.5.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası)”, “Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 10, Eylül 2010”, s.22-25, “<https://jurix.com.tr/article/3291>” (Erişim Tarihi:10.01.2021)

⁵⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. “<https://www.womenslinkworldwide.org/files/2898/gjo-echr-juhnke-en-pdf.pdf>” (Erişim Tarihi:10.01.2021)

⁵⁷⁴ Kaspar, AT, §5 Rn.365. (Naklen: CANKURT, s.52.)

yapmasına fırsat tanınmaktadır.⁵⁷⁵ Kişi “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”durumunda mutlak hak sahibi olduğu bedeni üzerine bir tasarrufta bulunmaktadır. Rıza açıklayan kişinin serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkına yönelik gerçekleşen eylem tipikliğini ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğu da savunulmuştur.⁵⁷⁶

Anayasanın 5’nci maddesi⁵⁷⁷ gereğince devlet bazı durumlarda bireyleri koruma ihtiyacı hisseder, sosyal devlet olmanın getirdiği bazı sorumluluklarla birey ve toplum üzerinde daha fazla denetim yetkisini kullanır. Bu denetim neticesinde bazı durumlara müdahale etmesi söz konusu olabilir. Örneğin; TCK’nın 90/4 maddesinde⁵⁷⁸ olduğu gibi; kişinin üzerinde mutlak tasarruf imkânı olduğu bedeni üzerinde vereceği iznin sınırları belirlenmiştir.

Rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı gibi, bunu açıklayan ilgisinin iradesi tipiklik düzeyinde göz önünde bulundurulmadığı suç tipleri bakımından söz konusudur.⁵⁷⁹ Hak sahibinin rızası olmasına rağmen eylem tipe uygun ise, bu rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyebilir. Örf ve adet hukuku temelli, yazısız hukuka uygunluk sebebi teşkil eden Alman Ceza Kanunu m.228’de⁵⁸⁰ olduğu gibi, bu durumda kişi özerkliği ilkesini düzenleyen Alman Anayasası m.2/1’deki kişinin kendi kaderini tayin hakkı devreye girecektir.⁵⁸¹ Buna göre rıza olması durumunda sadece rıza sahibine karşı işlenen suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olacak,

⁵⁷⁵ Wessels/ Beulke/ Satzger, AT45, §11 kn 551 (Naklen: CANKURT, s.52.)

⁵⁷⁶ Zipf, s.30; Göbel, s.20 (Naklen: CANKURT, s.52.)

⁵⁷⁷ “Devletin temel amaç ve görevleri” Madde 5 : “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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 çalışmaktır.”

⁵⁷⁸ TCK m.90/4: “Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.”

⁵⁷⁹ Bauman/Weber/Mitsch, AT11, §17 kn.93-94 (Naklen: CANKURT, s.52.); ÖZTÜRK vd. §5 kn.432.

⁵⁸⁰ Rıza Başlıklı Alman Ceza Kanunu(StGB)Madde 228: “Yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hallerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır”

⁵⁸¹ Wessels/ Beulke/ Satzger, AT45, §11 kn 550 . (Naklen: CANKURT, s.52).

başkaca ahlaka aykırı bir suç teşkil etmesi durumunda burada tipiklik gerçekleşmiş olacaktır.

Alman Ceza Kanununda rızayı düzenleyen madde 228'in karşılığı TCK'nın 26/2 maddesinde "kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden ceza verilmeyeceği" şeklinde düzenlenmiştir. Kişi rıza açıklanan konu üzerinde sadece belirli amaçlar konusunda tasarruf edebilir. Örneğin; kişi bir gözünün çıkartılmasına rıza gösteremez.⁵⁸² Bu açıdan önemli olan bir eylem hukuka aykırı ise bütün hukuk sistemine de aykırı olması gerektirir.⁵⁸³

Yukarıda da ifade edildiği gibi ilgilinin rızası, kişinin kendi geleceğini tayin hakkı çerçevesinde kabul edilir. Ancak bu durum kişiye her hal ve şartta özerklik talep etme hakkı verileceği anlamına gelmeyecektir.⁵⁸⁴ Kişi mutlak surette tasarruf edilemeyecek haklar bakımından ve açıkça kanuna ve toplum tarafından genel ahlak kurallarına aykırı rıza gösterirse, rızası bir kısım suçların yargılamasının yapılmasına engel olamayacaktır.⁵⁸⁵ Başka bir ifadeyle ahlak ve adaba aykırı olan bir fiille ilgili rıza açıklaması⁵⁸⁶ durumunda toplumun genel ahlakı ve kamu düzeninin korunması da gerekir. Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair rıza açıklaması, hukuk düzenine tamamına bakılarak değerlendirilir⁵⁸⁷. Burada ifade edilmek istenen, ahlak kuralları da dikkate alınarak adil bir değerlendirme yapılması gereğidir.⁵⁸⁸ Sonuç olarak uygulamacıların temel alması gereken kıstas, "hakkın, içerdiği amaç dışında, hukukun doğru bulmadığı bir amaçla kullanılması veya sırf

⁵⁸² ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3.baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006, s.393.

⁵⁸³ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), s.244.

⁵⁸⁴ Odenwald, s.47 (Naklen: CANKURT, s.59.)

⁵⁸⁵ ARTUK, M.Emin/GÖKÇEN Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.552.

⁵⁸⁶ ZAFER, Genel Hükümler, s.327; CANKURT, s.60.

⁵⁸⁷ İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2004, s.185.

⁵⁸⁸ Joachim Rain, "Die Einwilligung des Sportlers beim Doping", Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1998, s.113. (Naklen: CANKURT, s.61)

başkasına zarar verecek biçimde kullanılması, söz konusu hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukukça korunma”yacaktır.⁵⁸⁹

“Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” hususunda Alman CMK’sı, 5271 sayılı CMK hükümlerimiz birçok açıdan farklılık göstermektedir. Öncelikle CMK’da ilgilinin mağdurun beden muayenesinde bulunmasına rağmen moleküler genetik inceleme maddesinde rızaya dair bir husus yoktur. CMK’nın açık hükmü ile bu tedbire ancak hâkim kararı ile başvurulabileceği öngörüldüğünden, rıza gösterilmesi ile moleküler genetik inceleme yapmak mümkün değildir. Yargıtay⁵⁹⁰ ve öğretide ifade edilen görüşler⁵⁹¹ de bu yöndedir.

Şüphesiz ki; toplum değerlerinin ağır bastığı durumlarda ilgilinin rızasının etkisinin olmayacağı savunulabilir. Bunun yanında bireysel değerlerin ağır bastığı bir kısım suçlarda, suç tipinin ortadan kalkacağı da öğretide savunulmaktadır.⁵⁹²

İlgilinin rızasının düzenlendiği iç hukuk düzenlememiz TCK’nın 26/2 maddesi “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” alt başlığında yer almaktadır. Bu şekilde ilgilinin rızası kanunda bulunduğu sistematik açısından hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler içerisinde yer almaktadır.⁵⁹³ TCK’nın Birinci Kitap İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde yer alan kişilerin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran düzenlemelerin sadece bir kısmı hukuka uygunluk sebebi olarak uygulamada karşılık bulmaktadır.⁵⁹⁴ Bölüm başlığının bu şekilde tercih edilmesi öğretide eleştirilmiştir.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GEZGİN M.Fikret / SARIOĞLU H.İbrahim, Hukukun Temel Kavramları, 4.Baskı, Ankara, Tayfun Medya, 2013,s.210-211.

⁵⁹⁰ Yargıtay 13. CD, E: 2012/17565 K: 2012/23123 T: 7.11.2012: “Mağdurun rızası varsa beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK’nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için hâkim kararının bulunması gerektiği gözetilmelidir.”

⁵⁹¹ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 638.

⁵⁹² ÜNVER, “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”,s.983.

⁵⁹³ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), s.378-379.

⁵⁹⁴ Örneğin; Yargıtay 8.CD, E: 2019/6811, K: 2022/3498, T:28.02.2022 sayılı kararında “mağdur Hatice Koç’un resmi bir kurumda doğmadığı, bu nedenle ve suç tarihindeki gerçek yaşının araştırılması için Sağlık Bilimleri Üniversitesi Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nden 19.12.2018 günlü rapor alındığı, anılan raporda mağdur Hatice Koç’un kemik yaşının 22 olduğunun belirtildiği, bu rapor sonrası mağdurun doğum tarihinin hükmüyle birlikte 19.12.1996 olarak değiştirilip yaş tashihiye karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmakla, tespit edilen kemik yaşı itibarıyla suç tarihinde on beş yaşından büyük olup, rızası geçerli olan mağdurenin kendi rızası ile

4.2.2. Rızaya ehliyet

4.2.2.1. Rızanın Konusu

Rızanın açıklanmasının ceza muhakemesinde hukuksal bir karşılığı ve değeri vardır. Kişi kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye bizzat rıza göstermelidir. Bu rıza, tıbbi müdahalenin konusu hususunda öncesinde somut ve uygun bir bilgilendirmeye dayanmalıdır.⁵⁹⁶ Rızanın hukuken geçerli bir şekilde kurulmasının en önemli şartı, söz konusu kişide rıza ehliyetinin bulunmasıdır. Bu şart, rıza veren kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gereğini ortaya koyar.

Başka bir deyişle kişi, yeterli bir kavrama ve değerlendirme yeteneğine haiz olması gerekmektedir birlikte; ihlal edilmesi muhtemel hukuki değerinin, hayat hakkı ve vücut bütünlüğünün korunmasının anlamını, kendisine yapılacak tıbbi müdahalenin özelliğini, kapsamını, olumlu/olumsuz tüm etkilerini, yeterli bir düşünce sürecinden geçirerek, anlayabilecek ve mevcut olaya göre değerlendirme yapabilecek bir yeteneğe, ahlaki ve zihinsel anlamda belirli bir olgunluğa, tıbbi müdahalenin içerdiği veyahut da sonrasında meydana gelebilecek yan etkilere yönelik olarak, yeterli tasavvurda bulunabilecek yeteneğe sahip olmalıdır.⁵⁹⁷

Rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini yapmak kural olarak müdahalede bulunacak hekime aittir.⁵⁹⁸ Hekim bunu yaparken ehliyete etki

sanığın yanına gittiğini kabul etmesi nedeni ile sanığın eyleminin suç oluşturmadığı gözetilerek sanığın atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozma nedeni yapılmıştır.”

⁵⁹⁵ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), s.250-251.

⁵⁹⁶ SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu Ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza)”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009”, s.30. (Çev. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ)

⁵⁹⁷ “Almanya için krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 374; S/S/C-Cramer/Heine, Lenc- Içner, ÖD § 32 Sn. 40; Kindhäuser, AT, § 12 Sn. 11; Jescheck/AVeigend, § 34 IV 4; Köhl, AT, § 9 Sn. 33; Gropp, AT, § 6 Sn. 40; Frister, AT, § 15 Sn. 8; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 456, 466; Köhler, AT, § 5 II 2 2.4; SK-Joecks, ÖD § 32 Sn. 22; Tröndle/Fischer, StGB, ÖD § 32 Sn. 3b; Otto, GK, § 15 Sn. 18; Alman Yargıtay içtihatları için krş. BGH NStZ 2000, 87 (87); BGH NJW 1978, 1206; BGHSt 4, 88 (90); BGH NStZ 2000, 87 (88); Avusturya için krş. Wiener-Kommentar- Burgstaller, § 90 Sn. 32; Türkiye için krş. HAKERİ, Tıp Hukuku, Genel Hükümler, s. 454; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, TCK Giriş, s. 319; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 366; ÖZTÜRK/ERDEM, Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s. 137; TOROSLU, Genel Hükümler, s. 167”(Naklen: AYGÖRMEZ, “Hukuki Kurum Rızanın..”, s.154)

⁵⁹⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s. 442.

edebilecek tüm etkenleri göz önünde bulundurur. Rıza verenin yaşı, fiziksel ya da ruhsal kökeni bu etkenler arasındadır.⁵⁹⁹

Öğretide, özel hukukta ele alınan fiil ehliyeti veya ceza hukukundaki ceza ehliyetinden bağımsız olarak, rıza ehliyeti, “*kişinin doğal kavrama ve değerlendirme yeteneğinin gelişmişliği*”⁶⁰⁰ olduğu savunulmuştur. “Kişinin bireysel özerklik hakkını kullanmasının dile getirilmesi olan rızada, ne özel hukuk anlamında bir hukuki işlem, ne de ceza hukuku anlamında bir başkasının hukuken korunan değerini korumaya yönelik bir yasak normunun ihlali” söz konusu olduğundan, baskın görüş oldukça yerindedir.⁶⁰¹

Tıp hukukunda hastadan alınan rızanın hukuken geçerli olma unsurlarından biri de, hastanın yeterince aydınlatılmasıdır. Hekimin, rıza ehliyeti olan hastaya, yeterince bilgilendirme yaparak rızasının sağlıklı bir şekilde oluşmasını sağlamalıdır. Buna hekimin aydınlatma yükümlüğü denir. Kural olarak rıza, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak müdahaleden önce hasta tarafından bizzat açıklanmış veya geri alınmamış olmalıdır. Ayrıca, rıza açıklayan kişinin iradesinin, hile veya hata gibi unsurlarla sakatlanmamış olması gerekir.

⁵⁹⁹ AYGÖRMEZ, “Hukuki Kurum Rızanın...”, s. 154

⁶⁰⁰ “Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 374; Roxin, AT I, § 13 Sn. 84, 85; Jescheck/ Weigend, AT, § 34 IV 1,4; Kühl, AT, § 9 Sn. 33; Gropp, AT, § 6 Sn. 40; Straten- werth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 24; Frister, AT, § 15 Sn. 8, 9; Jakobs, AT, § 14 Sn. 7; SK-Joecks, ÖD § 32 Sn. 22, 23; Göbel, s. 81; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 466; Köhler, AT, § 5 II 2 2.4; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 38; Wachenhausen, s. 64, 65; Almanya yargı içtihatları için krş. BGH NStZ 2000, 87; BGH 4 88 (92); NStZ 04, 205; buna karşılık Roxin, AT I, § 13 Sn. 85 “ilke olarak yaş sınırının getirilmeyeceğini belirtse de, kural olarak 14 yaşın altındaki küçükler, ceza ehliyetine sahip olmadıklarından, rıza ehliyetine de sahip değildir görüşündedir”; başka bir açıdan S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 39, 40 “malvarlığına ilişkin rızaya dayalı işlemlerde, Alman MK m. 107’yi belirleyici görmekte”; bunun eleştirisi için bkz. Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 25; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 36; Türkiye için krş. ÖZTÜRK/ERDEM, Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s. 137; Koca, CHD, 2006, Sayı 1, s. 145; ERMAN, s. 84; ÖZBEK, TCK Şerhi, § 26 s. 368; YENERER ÇAKMUT, S. 205, 206; Şen, TCK Yorumu, § 26 s. 74; “aynca malvarlığında tasarrufa ilişkin rızalarda, özel hukuktaki fiil ehliyetini aramakta” Demirbaş, Genel Hükümler, s. 249, 250; yine “kısmen, ceza sorumluluk yaşını nza ehliyeti sınırı olarak gören görüşler” için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, TCK Giriş, s. 319; SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 366 (Naklen:AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.155).

⁶⁰¹ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.155

Rızanın son geçerlilik koşulu da, hastanın rızasının olduğunun müdahale yapacak hekim tarafından bilinmesi gerekir.⁶⁰² Zira hekim, profesyonel olarak icra ettiği mesleğinin yükümlülükleri gereğince rızası olmayan veya rızası olduğu hususunda tereddüt ettiği bir kişiye diğer kanunen zorlayıcı koşullar haricinde tıbbi müdahalede bulunmamalıdır.

4.2.2.2. Çocuklar Açısından Rıza Ehliyeti

Çocuk Hakları Sözleşmesine göre “18 yaşını doldurmamış herkes çocuktur.”⁶⁰³ Çocukların rıza ehliyeti, sözleşme ve ÇKK açısından yoktur diye düşünülebilir. Ancak uygulamada ayırt etme gücü olan çocuğun rıza yetkinliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Kanun düzenlemesine bakıldığında; çocuğu ilgilendiren sorunlar hakkında karar verme yetkisi kanuni temsilcilerde bulunmaktadır. Özellikle çocukların tıbbi tedavi sürecinde rıza açıklama ehliyetinin olması oldukça önem arz eden bir durumdur.⁶⁰⁴ Tıbbi müdahalelerin özelliği ve çocukların genel ruhsal ve sosyolojik statüleri dikkate alındığında; kanunda özel olarak yaş belirtilmediği durumlarda, çocuklara yönelik tıbbi müdahalede çocuğun görüşünün esas alınması gerekmekte olup, bu durum çocuğun yüksek yararına uygun ise kabul edilebilir.⁶⁰⁵

Ülkemizin taraf olduğu, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı yasa ile ve 20.4.2004’te onay yasası yürürlüğe giren ve ülkemizde Anayasa gereğince kanun olarak uygulanması gereken “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nin (Biyotıp Sözleşmesi) “Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:⁶⁰⁶

“1) Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için

⁶⁰² “Hastadan alınan aydınlatılmış rızanın geçerli bir irade beyanı olarak değerlendirilebilmesi için, rızanın müdahalede bulunan yetkili kişiye yönelmesi gerekmektedir” , IŞIK ÖZCAN, Funda: “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2008, s.90.

⁶⁰³ Ülkemiz düzenlemesi de buna uygundur. ÇKK’nın 3/a maddesi: “Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder.”

⁶⁰⁴ Georg Staubli, “Das Kind als Patient- Unmündigkeit bedeutet nicht fehlende Urteils- fähigkeit”, Der selbstbestimmte Patient, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 1, Hrsg. Diana Meier – Allmendinger/Ruth Baumann-Hölzle, Basel, EMH Schwabe, 2009, s.72-73 (Naklen: CANKURT s.65)

⁶⁰⁵ Frister, AT6 .§15 kn.10 (Naklen: CANKURT s.66)

⁶⁰⁶ SALTİK, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi Aşı Kararının İrdelemesi”

“http://ahmetsaltik.net/arsiv/2017/03/Anayasa_Mahkemesi_ASI_karari_irdelmesi_AHMET_SALTIK.pdf” (Erişim Tarihi:01.11.2020)

yapılabilir. 2) Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır. 3) Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır. 4) Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir. 5) Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olacaksa her zaman geri çekilebilir.”

Biyotıp Sözleşmesi'nin 6 II maddesinde ifade edildiği gibi, çocuğun rızaya ilişkin kararı, yaşı ve olgunluk seviyesiyle orantılı bir şekilde göz önünde bulundurulmalıdır. Avusturya Medeni Kanunu 146 c maddesine ve Almanya'daki, baskın görüşe⁶⁰⁷ göre, “çocuk gerekli rıza ehliyetine sahip olduğu sürece, çocuğun rızasına üstünlük tanınmalı, yasal temsilcinin rızasına, ancak, rıza ehliyetinin bulunmaması durumunda başvurulmalıdır.” Kanatımızca çocuklar hakkında yapılacak tıbbi işlemlerde çocukların üstün yararı da dikkate alınarak görüşlerine değer verilmesi, belirtildiği gibi rıza ehliyetlerinin olmaması veya ayırt etme gücünden yoksun olmaları durumunda kanuni temsilcilerine sorulması oldukça yerinde bir görüştür.

Biyotıp Sözleşmesi'nin Anayasamız gereğince ülkemiz için bağlayıcı olması dolayısıyla, çocukların rızasına ilişkin iç mevzuat düzenlemelerinin, 6'ncı maddeyle uyumlu olarak yorumlanması gerekmektedir. Buna karşın, yetişkinler için rıza ehliyetinin, eğer rıza ehliyetini olumsuz yönde etkileyecek bir unsur yoksa rıza ehliyetini kaldırarak düzeyde bir ruhsal ya da akıl hastalığı, aşırı yorgunluk, var olan

⁶⁰⁷ Roxin, AT I, § 13 Sn. 92; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 3; Göbel, s. 82. (Naklen: AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın., s.156)

ağır acılara yoğunlaşma,⁶⁰⁸ şok hali, uyuşturucu madde ya da alkol etkisi altında olma gibi haller söz konusu değilse kural olarak olduğu kabul edilir.⁶⁰⁹

Hakkında tıbbi müdahale uygulanacak kişinin bizzat rıza açıklamasında bulunması ana kuraldır fakat bu kişide rıza ehliyetinin bulunmadığı anlaşılırsa, kanuni temsilcisi onu temsilen, tıbbi müdahaleye rızasının bulunup bulunmadığını açıklayacaktır. Çocuklarda rıza açıklamaya yetkili olan kanuni temsilci, genellikle velayet hakkına sahip olan, çocuğu birlikte temsil eden ana ve babadır.⁶¹⁰ Çocuğun anne veya babasının olmaması durumunda vasi atanmış ise o rıza beyanında bulunmaya yetkilidir.

Tıbbi müdahalenin uygulanması konusunda sınırlayıcı ve yaptırım içeren bir kanun maddesi olarak değerlendirilebilecek yasa maddelerinden biri de “Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun” 70. maddesidir. Bu maddede “tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her tıbbi müdahale için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinden rıza almak zorundadırlar. Bu duruma riayet etmeyenler için idarî para cezası verileceği” öngörülmüştür.⁶¹¹

Medeni Kanun’un 16’ncı maddesi gereğince; “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*”. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24’ncü maddesi uyarınca ise, “*hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*”. Şeklinde düzenlemeler mevcuttur.

Çocuğun üstün menfaati açısından Türk Medeni Kanunu’nun 339 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.” hükmü de önemli bir husustur. Ülkemizin de kabul ettiği “Çocuk Hakları Evrensel Beyannamesinin” 3. ilkesinde, “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari

⁶⁰⁸ “Krş. S/S/C-Eser, § 223 Sn. 38; krş. BAM kararı Frankfurt MedR 84,194” (Naklen:AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.156.)

⁶⁰⁹ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.156.

⁶¹⁰ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.156.

⁶¹¹ “<https://www.saglik.gov.tr/TR,10385/sayisi1219--rg-tarihi04041928--rg-sayisi863-tababet-ve-suabati-sanatlarinin-tarzi-icrasina-dair-kanun.html>” (Erişim tarihi: 16.10.2020)

makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olduğu” belirlenmiştir.⁶¹²

Devamında “taraf devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacakları” düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu husus çocukların korunması açısından devletin velilerinin kararlarına müdahale edebilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca aynı ilkenin devamında, “taraf devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği yönünden yükümlülük altına” girmiştir.

Bu bağlamda, “çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine bağlı olarak zaman içinde gelişen bir karar verme kapasitesinin olduğu kabul edilmeli, her somut olayda çocuğun tek başına müdahale veya muayeneye rıza gösterip gösteremeyeceği araştırılmalı, müdahalenin ve muayenenin anlam ve sonuçlarını algılama kapasitesinin bulunduğuna karar verilmesi” halinde muayene veya müdahale konusunda verdiği kabul veya ret kararı yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece uygulanmalıdır.

Bu nedenle “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından kaçınılması veya rıza gösterilmesiyle ilgili CMK’nın 76/4 maddesinin iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 12’ nci maddesine aykırılık teşkil ettiği, madde metninde çocuğun görüşünün alınması ile yetinildiği bu görüş doğrultusunda hareket edilmesinin zorunlu olmadığı” görülmektedir.⁶¹³

Görüldüğü üzere tıbbi müdahalede ve konumuz gereği CMK’nın 76/2 maddesi gereğince mağdurun rızasının alınması durumunda rıza ehliyetinin, her somut olayın özelliğine ve küçüğün bireysel olgunluk derecesine göre, hekim tarafında özenli bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Rıza gösterenin yaşı azaldıkça ve tıbbi müdahalenin

⁶¹² “https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html” (Erişim tarihi: 05.10.2020)

⁶¹³ Bkz. Aynı yönde görüş için; DOĞAN Recep, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuk Ceza Adalet Sistemi: Uluslararası Boyut ve Çocuklara Özgü Hükümler”, Ütopya Yayınları, Ankara, 2018, ss. 43-50.

yoğunluğu arttıkça, hekimin rıza ehliyetini belirleme yönündeki incelemesinde özenlilik miktarı da nispeten artmalıdır.⁶¹⁴

Çocukların bir suçun mağduru olmaları durumunda beden muayenelerinin yapılması veya vücutlarından örnek alınması, eğer ayırt edebilme gücüne sahipler ise kendi kararlarına, değilse ise kanuni temsilcilerinin rızalarına bağlıdır. Hâkim kararı veya gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı kararı ile de çocukların beden muayenesi yapılabileceği gibi vücutlarından örnek alınabilir.

Öğretide; çocukların tıbbi müdahaleye rıza gösterme alt yaş sınırının 12 yaş olduğu, bu yaşı altında bulunan bir çocuğun tıbbi anlamda karar verme ehliyetinin olmadığı savunulmaktadır.⁶¹⁵ Aynı zamanda 12 yaş, ceza muhakemesi kapsamında kusur sorumluluğunun da başladığı yaştır. Buna göre tıbbi müdahalenin özelliği, çocuğun içinde bulunduğu sosyolojik ve ruhsal durum dikkate alınarak yapılacak tıbbi müdahaleye sahip olduğu ayırt etme gücü ile yerinde bir rıza gösterip göstermediği değerlendirilebilir. Tıbbi uygulamanın ağırlık derecesi, muhtemel sonuçları ve mevcut risklerinin önemi kadar belirsizliği, acil olması ve çocuğun yaşı gereği rıza verme yeteneğinin ne oranda olduğu ve geçerliliği ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır.⁶¹⁶

4.2.2.3. Akıl Hastaları veya Diğer Kısıtlılar Açısından Rıza Ehliyeti

Yetişkinlerde ise rıza verme ehliyetini ortadan kaldıracak bir ruhsal veya fiziksel bir hastalık sebebiyle kısıtlılık altında bulunan ve rıza ehliyeti bulunmadığı durumlarda, rıza gösterme yetkisi, bunlara kanuni temsilci olarak atanmış yasal vasedir.⁶¹⁷ Vasi veya veli olsun kanuni temsilciler, küçüğün veya kısıtlının sağlığının korunması açısından gerekli olan her türlü tedbiri almakla ve bunlara izin vermekle yükümlüdür. Aksi durumda velayet veya vesayetin kötüye kullanılması gündeme gelecektir. Bu durumda ilgili veli veya vasinin yetkisi özel hukuk hükümleri gereğince kaldırılabilir gibi cezai tedbirler ile de karşı karşıya kalabileceklerdir.

⁶¹⁴ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.155.

⁶¹⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.450.

⁶¹⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.453; ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2018, s. 545.

⁶¹⁷ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın..., s.157.

Biyotıp Sözleşmesinin muvafakat başlığı düzenlenen II. bölümünde yer alan 8. maddesine göre, acil bir durum nedeniyle tıbbi müdahale için gerekli rıza alınmadığında, ilgilinin sağlığı açısından gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda, gerekli olan tıbbi müdahale, hekim eliyle derhal yapılabilir. Buna uygun düzenleme Almanya Medeni Kanun'un 1904 ve Türkiye'de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde yer almaktadır.⁶¹⁸

Mevcut yasal düzenlemelerimize göre hakkında herhangi bir kısıtlılık kararı olmayan kişilerin rıza açıklama kapasitelerinin olması koşulu ile rıza beyanında bulunmalarında bir mahsur yoktur. Rıza açıklama kapasitesi, kişinin ehliyetine yönelik kurallar kapsamında değerlendirilir. Her şeyden önce rıza açıklayacak kişinin ehliyetsiz olmaması gerekir.⁶¹⁹ Ceza Hukuku açısından ehliyet meselesi, her somut olaya göre farklı ele alınabilir. Bu açıdan net bir yaş belirlenmesi yerine, rıza ehliyetinde ayırt edebilme gücünün varlığı daha etkin rol oynar.⁶²⁰

Bazen aksine durumlar söz konusu olsa da medeni hukukta ve özel hukuk düzenlemelerinde yer alan rıza ehliyetine yönelik kurallar ceza hukuku bakımından mutlak olarak belirleyici değildirler. Bu hususta yapılacak belirleme her somut olayın özelliğine göre, ayrı ayrı yapılmalıdır.⁶²¹ Medeni Kanunda yer alan kişilerin fiil ehliyetine ilişkin şartlar, ceza hukukunda uygulanmaz.⁶²² Kişi ayırt edebilme gücüne sahip ise, kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermediğini açıklayabilir. Alman uygulamasında genel kabul gören görüşe göre; özel hukuktakinin aksine sabit bir yaş tayin edilmesi zorunlu değildir.⁶²³ Uygulanacak tıbbi müdahalenin niteliğine göre yaşı küçük olanların dahi ayırt etme gücü var ise verdikleri rıza geçerli olacaktır.⁶²⁴

Kısıtlılar veya akıl hastalarının ölçülülük koşulu gözetilmek suretiyle tıbbi standartlara uygun olarak zorla tedavilerinin yapılması, ilgili tıbbi müdahalenin ve

⁶¹⁸ AYGÖRMEZ, Hukuki Kurum Rızanın., s.157.

⁶¹⁹ Wessels/ Beulke/ Satzger, AT45, §11 kn 554. (Naklen: CANKURT, s.64)

⁶²⁰ DÖNMEZER/ERMAN vd., s.306.

⁶²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.291-292; ÖZTÜRK/ERDEM, §5 kn.438; Bauman/Weber/Mitsch, AT11, §17 kn.102; Gropp, AT, §9 kn.40 (Naklen: CANKURT, s.65)

⁶²² ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.333.

⁶²³ Wessels/ Beulke/ Satzger, AT45, §11 kn 554. (Naklen: CANKURT, s.65)

⁶²⁴ Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn.5. (Naklen: CANKURT, s.65)

ona eşlik eden diğer tedbirlerin varsayılan rıza ya da kendi veya üçüncü bir kişi lehine meşru müdafaa hukuka uygunluk sebepleri uyarınca suç teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.⁶²⁵ Bu bağlamda akıl hastaları veya kısıtlıların bir suç mağduru olmaları durumunda beden muayenelerinin yapılması kendi iradelerinden ziyade, hâkim kararına veya kanuni temsilcilerinin rızalarına bağlıdır.

4.2.3. Rızanın Alınma Şekli

Rızanın hukukta anlam ifade edebilmesi için açık veya zımni bir şekilde açıklanması ve tıbbi müdahaleyi yapacak hekimin bilgisine ulaşması gerekir.⁶²⁶ Mevcut düzenlemelerimizde tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınma şekline dair herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Uygulamada genelde tutanak altına alınan rıza veya rıza göstermeme beyanı, ispat yükümlülüğü bakımından dikkate alınmakla; aksi durumdaki iddialar kabul edilmemektedir.⁶²⁷ Rıza yazılı olarak alınabileceği gibi sözlü olarak açıklanmasında da sakınca yoktur.⁶²⁸ Ancak sonradan ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda rızanın yazılı olarak alınması ispat yükümlülüğü açısından oldukça önem arz eder.

Rıza tıbbi müdahale uygulanmadan önce alınmalıdır.⁶²⁹ Rızanın açıklanmasının tipe uygun harekete başlamadan önce veya en geç tıbbi müdahaleye başlandığı sırada alınması gereklidir.⁶³⁰ Uygulamada tıbbi işlem sonrasında da rızanın alınabildiği

⁶²⁵ ERTEM, s.463.

⁶²⁶ Geerds, ZtSW 72 (1960), s.43-44; Kuhlmann, s.17, (Naklen: CANKURT, s.69)

⁶²⁷ Yargıtay 8. CD. E.2019/9868, K.2022/5134, T.28.03.2022 : “Mağdurun, doktor raporu sırasında ve sonrasında rızası dışında muayene edildiğine dair herhangi bir beyanda bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçların oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre, sanığın, atılı suçları işlemediğine, mağdurun sonraki beyanına itibar edilmediğine, lehe kanun hükümlerinin uygulanmadığına yönelik temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA karar verilmiştir.”

⁶²⁸ Rızanın sözlü alınabileceğine dair görüş açısından bkz. Kuhlmann, s.17., (Naklen:CANKURT, s.69)

⁶²⁹ KICALIOĞLU, Mustafa, “Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.112.

⁶³⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s. 331

durumlar karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce tıbbi müdahaleden sonra mağdurun rızasının alınması tıbbi müdahaleyi hukuka uygun getirmeyecektir.⁶³¹

Kişinin, rıza konusu hak üzerinde tam olarak ve serbestçe tasarruf yetkisine sahip olması gereklidir. Eğer açıklanan rıza, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir hakka ilişkin değilse, açıklanan rıza hukuken bir değer taşımayacak ve yapılan tıbbi müdahale de hukuka uygun olmayacaktır.⁶³²

İspat yükümlülüğü ceza muhakemesi ve hukuk muhakemesinde oldukça farklıdır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için vicdani kanaate dayanan daha geniş bir delil silsilesi kabul edilirken hukuk muhakemesinde ise daha kısıtlı ve şekil şartına bağlı bir sistem düzenlenmiştir. Ceza muhakemesinde kayıtların doğruluğu aksi ispat edilene kadar geçerli kabul edilmesine rağmen, bir suç soruşturmasında mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında mağdurun veya kanuni temsilcisinin rızası oldukça önemli olduğundan uygulayıcılar genellikle yazılı olarak alınmasını tercih etmektedirler.

Rızanın hukuken sonuç doğurması için, özel bir açıklanış biçimine uygun bir şekilde açıklanması gerekmez. Rıza iradesinin mutlaka dışarıya yansıtılmasına gerekmez, kişinin bilincinde olması da yeterlidir.⁶³³ Bir başka deyişle tıbbi müdahaleye maruz kalan kişi doğrudan doğruya rızaya yönelik iradesini açıklayabileceği gibi, bu iradeye sahip olduğunun bilinmesi yeterlidir.

Rızanın hukukta işlevi, kişinin karar verme yeteneğinin sonucunda bunun dış dünyaya yansması olduğundan,⁶³⁴ rıza açıklamasının; yazılı veya sözlü, açık veya zımni olarak yapılmasının hukuken geçerliliği açısından herhangi bir farkının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁶³⁵ Bunun yanında öğretide bazı durumlarda kişinin

⁶³¹ Öğretide bu yönde belirtilen görüşler için bkz.; ÜNVER, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s.246; HANCI, Hamit, “Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk)”, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1995, s.154-155.

⁶³² YENERER ÇAKMUT, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku...”, s.215; ERMAN, s.124-125.

⁶³³ Pedrazzi, C., “Consenso dell’avente diritto in Enciclopedia del diritto”, IX, Giuffrè, Milano, 1961, s. 149. (Naklen: CASSANİ, s.246)

⁶³⁴ Odenwald,s.65., (Naklen:CANKURT, s.70)

⁶³⁵ Bauman/Weber/Mitsch, AT11, §17 kn.105; Kühl, AT5, §9 kn. 31., (Naklen:CANKURT, s.70)

açık rızanın olmadığında hipotetik rızanın varlığından bahsedilmektedir. Rızanın bu biçimi çoğunlukla varsayılan rıza ile karıştırılmaktadır.⁶³⁶

Hipotetik(muhtemel) rıza, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yeterince yerine getirmemesi nedeniyle hastanın tıbbî müdahalenin içeriğini anlamadığından verdiği rızasının geçerlilik kazanmadığı durumlarda, kişi yeteri kadar aydınlatılmış olsa idi, yapılan tıbbî müdahaleye rıza gösterebileceği, böylece rızasının da geçerli olacağı durumlar için söz konusu olmaktadır.⁶³⁷ Buradan hareketle kurallara uygun bir aydınlatma yapmadan hekim bir tıbbî müdahale yapmış ise, meydana gelen hukuka aykırılık, tıbbi müdahale öncesinde usulüne uygun bir aydınlatma yapılmış olması durumunda kişinin tıbbî müdahaleye rıza göstereceği sonucu kuvvetle muhtemel ise ortadan kalkmaktadır.⁶³⁸

Ancak bu hususta bir kısım eleştiriler de söz konusudur. Tıbbi müdahalede alınan rızanın hukuki olarak geçerli sayılabilmesi için hastanın etraflı şekilde aydınlatılmış olması zorunluluktur.⁶³⁹ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden gerçekleştirilen tıbbi müdahale esnasında var olmayan bir rızaya dayanan eylem söz konusu olduğundan dolayı, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ihlal edildiğinden hukuka uygun olmayacaktır.⁶⁴⁰

4.2.4. Aydınlatma Yükümlüğü

Aydınlatma yükümlülüğü iki ayrı amaçla hekimlere yüklenmiştir. Öğretide bu amaçlardan ilki, “teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin olarak hastanın bilgilendirilmesidir ki, buna tedavi (güvenlik) aydınlatması” olarak belirtilmekle, diğer ise “tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktır ki, bu da otonomi (karar) aydınlatması” olarak ifade edilmektedir.⁶⁴¹ Belirtilen bu hususlar aracılığı ile kişinin yapılacak tıbbi müdahale hususunda öncelikle ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi ve sonucunda tıbbi müdahaleye rızasının alınması amaçlanır.

⁶³⁶ DİZDAR, Emre, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Şubat 2019, Ankara, s.162

⁶³⁷ LK-StGB12 (RÖNNAU), Vor § 32, No: 230; FREUND, § 3, No: 44b; WESSELS/BEULKE, No: 384a. (Naklen: KANGAL, s.225)

⁶³⁸ KREY/ESSER, § 18, No: 682; MOSENHEUER, s. 69 (Naklen: KANGAL, s.225)

⁶³⁹ ÇETİN, Gürsel, “Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları”, “İstanbul Barosu Yayınları”, İstanbul 2007, s.176.

⁶⁴⁰ Köhl, AT5, §9 kn. 47. (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁴¹ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.341

Tıbbi müdahaleye hastanın veya temsilcisinin rıza göstermiş olması, hukuka uygunluk sebeplerindendir. Biyotıp Sözleşmesi’nde rıza, muvafakat başlığı ile II. Bölümde düzenlenmiştir. Bölümün girişinde 5. maddesinde “sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, hastanın bu müdahaleye, özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza göstermesinden sonra yapılabileceği” düzenlenmiştir. Maddenin devamında bu kişiye, “önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler” verileceği düzenlenmiştir. Amsterdam Bildirgesi’nin 3.1. maddesinde de “hastanın bilgilendirilmiş rızasının bir tıbbi girişimin ön koşulu olduğu” düzenlenmiştir.⁶⁴²

İç hukuk düzenlemelerimizde; “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu”nun rızayı düzenleyen 70. maddesinde ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14. maddesinin 2. fıkrasında doğrudan olmamakla birlikte dolaylı olarak aydınlatma sorumluluğu düzenlenmiştir. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onama başlığını taşıyan 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğü’nün bulunduğu bilinmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 31’nci maddesinde hastanın rızası konusu; “*Rıza alınırken hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın uygulanabilecek tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik’te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun ve yönetmelikler gereğince hastaya, hekim tarafından konulan teşhis ve yakalanmış olduğu hastalığın bilinen özellikleri hakkında bilgi verilmesi hastayı aydınlatma sorumluluğu kapsamındadır. Konulan teşhisle ifade edilen hastalık tedavi edilmediği takdirde neden olabileceği sonuçların açıklanması gerekir. Kişiye uygulanacak “tıbbi müdahalenin şekli, türü, kapsamı, tedavinin olası riskleri, komplikasyon ve ihtimal dahilindeki sonuçları” hakkında da bilgi verilir. Hukuken kişi, usulüne uygun biraydınlatmadan sonra tıbbi müdahalenin sebebini, içeriğini,

⁶⁴² ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, “Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Nisan 2007”, s. 206.

devamında nasıl gelişeceğini ve olumlu-olumsuz sonuçlarını bilerek tıbbi müdahaleye rıza göstermesi koşuluyla verilen bu rızanın geçerliliğinden bahsedilecektir.⁶⁴³ Anayasa Mahkemesi bir kararında; herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu olduğunda muhatabın verdiği rızanın salt olarak geçerli olmadığı, tıbbi müdahalenin olumlu veya olumsuz sonuçları hakkında ilgilinin anlayacağı şekilde aydınlatılması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴⁴

Tıbbi müdahale yapılacak kişi göstereceği rızanın kapsamını anlayabilecek durumda değilse bile, tıbbi müdahale konusunda aydınlatmanın yapılarak bunun sağlanması gerektiği öğretide savunulmuştur.⁶⁴⁵ Ancak ilgili kişi rızasını açıkladığında, rızasını açıkladığı fiilin kapsamını ve rızasına bağlanan sonuçları ayırt edebilmesi gerekir.⁶⁴⁶

Kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi aydınlatılsa dahi tıbbi müdahalenin olumlu veya olumsuz sonuçlarını algılamayabilir. Bunu anlamayan bir kişiye aydınlatma yapılması gerekli olmayacağı gibi alınması muhtemel rızanın da hukuken geçerli olmayacağı savunulabilir. Bu sebeple tıbbi müdahale ile ilgili bilgilendirme, kişinin rıza ehliyetinin olması durumunda yapılmalıdır.⁶⁴⁷

Aydınlatma yükümlülüğünün ana muhatabı ayırt etme gücüne sahip mağdurdur.⁶⁴⁸ “Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”tedbirinde, rıza gösterecek mağdura veya kanuni temsilcine hekim tarafından olayın önemine ilişkin ayrıntılı bir bilgilendirilme yapılmalıdır. Tedbire ilişkin yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili yeterli bilgilendirme kişinin rızasını açıklamadan önce yapılmalıdır. Her ne kadar CMK’da bu hususta bir düzenlem bulunmasa da belirtilen koşulun yerine getirilmemesi

⁶⁴³ Bkz. ÖZASLAN, Abdi; “Aydınlatılmış Onam, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, İstanbul 2006, s.43 vd.; ÖZDAMAR, Mehmet; “Sigortacının Sorumluluğu İle İlgili Gelişmeler (Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğu)”, “Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu”, Ankara 2009, s.409 vd.; DURU, Neslihan, “Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye’deki ve AB’deki Uygulamalarının Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, İstanbul 2006, s. 52-53.

⁶⁴⁴ AYM kararı, 20.10.2021 tarih, B.N.:2017/37430, R.G. Tarih ve Sayı: 21/12/2021 – 31696, “Sultan Bulut ve Diğerleri Başvurusu”, “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/37430>” (Erişim Tarihi:22.12.2021)

⁶⁴⁵ AYGÖRMEZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda..., s.160.; Gropp, AT, §9 kn.40 aktaran ÖZTÜRK/ERDEM, §5 kn.438 (Naklen: CANKURT, s. 66)

⁶⁴⁶ ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.333.

⁶⁴⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.386.

⁶⁴⁸ AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, Seçkin Yayıncılık, s.39 Vd.; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.387.

durumunda alınan rıza hukuka aykırı olduğu için elde edilen delilin de hukuka aykırı olacağı savunulmuştur.⁶⁴⁹

Bir suç soruşturmasında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında mağdurun rızası, tıbbi müdahaleye yönelik olarak aydınlatılmış, gönüllü ve serbest irade ile alınmalıdır.⁶⁵⁰ Bu hususta mağdurun gönüllü olması, kasten gerçekleştirilen fiillerin müdahale ettiği hakların yapısını değiştiriyorsa ortada hukuka uygun alınmış bir rıza vardır.⁶⁵¹ Şöyle ki; rıza kişinin özgürlüğü, gücü, oto kontrolü ve sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilir. Kişi özerkliği ile bu yetkisini kullanarak rıza gösterir, Bu da kişinin özerkliğinin önemini ortaya koyar.⁶⁵² Kişinin özerk bir tercihte bulunması için kişiye saygı duyulması gereklidir.⁶⁵³ Bu nedenle, kişiye yeterli bir bilgilendirmenin yapılması, kişinin buna rıza gösterme ehliyetinin olması ve alınan rızanın gönüllü olarak verilmiş olması şartları aranır.⁶⁵⁴

Aydınlatma sonrasında alınacak rızanın sahibi kişinin ayırt etme gücü varsa bizzat aydınlatılmalıdır.⁶⁵⁵ Suçun mağduru çocuk veya kısıtlı ise kanuni temsilcisine bilgi verilerek aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir.⁶⁵⁶ Nitekim “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un 70. maddesi hükmünde, “hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde tıbbi müdahale için veli veya vasinin izninin aranacağı” düzenlenmiştir.⁶⁵⁷

Kural olarak aydınlatma yükümlülüğü yapılacak tıbbi müdahaleden önce adli tabip tarafından yerine getirilmelidir. Uygulamada kolluk veya Cumhuriyet savcısının da bilgilendirme yaptığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Ancak bu durum ek

⁶⁴⁹ HAKERİ, Hakan; “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C.3, S.2, 2016, s.31-32.

⁶⁵⁰ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Genel Hükümler6, s.326;

Kienapfel/Höpfel/Kert, AT15 (2016), E 1 5 66. (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁵¹ “James F. Childress, “Who Should Decide? Paternalism in Health Care”, 1st Edition, Oxford-Newyork, Oxford University Press, 1982, s.77. (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁵² Maclean, s.9. (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁵³ “Irene S. Switanowsky, “The New Paradigm For Informed Consent”, Lanham- New York- Oxford, University Press of America, 1998, s.5.” (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁵⁴ Nathan Hershey/Robert Miller, Human Experiment and The Law, Maryland, An Aspen Publication, 1976, s.57. (Naklen: CANKURT, s.70)

⁶⁵⁵ HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, “Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014”, ss.17-44, s.23; DOĞAN, Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin”, ss.41-60, s.44

⁶⁵⁶ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.84.

⁶⁵⁷ ŞENOCAK, Zarife, “Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 2001/4, ss.65-80, s.74 Vd.

bilgilendime boyutunda kalmalıdır. Keza adı geçenlerin tıbbi müdahale hususunda bir uzmanlıkları olmadığından yapacakları aydınlatma yerinde olmayacaktır. Kanaatimizce buna dayalı alınan rıza da hukuka aykırı olacaktır.⁶⁵⁸

Sonuç olarak; gerek iç hukuk düzenlemeleri gerekse de uluslararası belgeler uyarınca tıbbî müdahalenin evrensel hukuk ilkelerine uygun sayılabilmesi içinkişinin yeterince aydınlatılması ile rızasının alınması sonrasında müdahalenin tıp mesleğinin bilimsel ilkelerine ve hekimin özen yükümlülüğüne uygun yapılması gerekmektedir.⁶⁵⁹

4.2.5. Rıza İradesinin Sıhhatli Olması

Rızanın hukuken geçerli olması için genel hukuk ilkeleri bakımından irade fesadı hallerinden arındırılmış bir şekilde açıklanması gerekir. Kişinin özgür iradesine dayalı olarak verilmesi gerekir. Rıza açıklayan kişi hukuki menfaati bakımından gerekli aydınlatılma gerçekleştirilmeksizin rıza açıklamış ise, açıklanan rıza geçersiz sayılacaktır.⁶⁶⁰ Bu durumda da iradesi fesada uğramış sayılabilir, irade fesadı durumlarında, açıklanan rıza geçersiz kabul edilecektir.⁶⁶¹

İradeyi etkileyen başkaca sebepler olması durumunda da açıklanan rıza hukuka aykırı olacaktır. Rızanın fesada uğramış bir beyan ile açıklanmamış olması gereklidir. Alman CMK uygulamasında da ilgilinin rızasının hata, hile, tehdit ve zorlamadan uzak bir şekilde verilmiş olması aranmaktadır.⁶⁶² Örneğin rızası ile beden muayenesini hukuka uygun hale getiren mağdura kolluk kuvvetlerinin tehditi veya zorlama eyleminde bulunması neticesinde alınan rıza beyanı yapılan soruşturma işlemini hukuka uygun hale getirmeyecektir.

⁶⁵⁸ Bkz. SAVAŞ Halide, “Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları”, Ankara, 2011, s.39

⁶⁵⁹ YÖRDEM, Yılmaz, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, “TAAD, Yıl: 11, Sayı: 39” (Temmuz 2019), s.130.

⁶⁶⁰ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.550.

⁶⁶¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/32755 E., 2014/1498 K.; 2013/23055 E., 2013/27584 K. ve 2013/17524 E., 2013/29431 K. sayılı kararlarında: “alınan rızanın, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınması durumunda geçersiz olacağı” ifade edilmiştir.

⁶⁶² Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, s.171; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT15 (2016), E 1 5 66. (Naklen: CANKURT s. 71)

Rıza tıbbi müdahaleden önce veya müdahalenin yapıldığı sırada açıklanmalıdır⁶⁶³, geçmişte yapılmış bir tıbbi müdahale için rıza beyanında bulunulamayacağı gibi, gelecekte belirsiz bir zaman diliminde gerçekleşecek muayene için de rıza açıklamasında bulunulamaz. Bunun yanında peşin olarak vazgeçme sonucunu doğuracak şekilde, tıbbi müdahaleye dair aydınlatma gerçekleştirilmeksizin, hakkında bilgisi olmadığı bir fiile yönelik rıza açıklanmasının hukuken geçerliliği bulunmadığı gibi,⁶⁶⁴ gerçekleştirilecek her tıbbi müdahale için genel bir rıza açıklanması da mümkün değildir. Sonradan açıklanan rızanın hukuken geçerliliği hususunda farklı görüşler bulunsun da kanaatimizce tıbbi müdahalenin üzerinden makul bir zaman sonra açıklanan rıza beyanı geçerli kabul edilmelidir.

4.2.6. Varsayılan Rıza

Türk Ceza Kanunu'nda veya özel yasalarda varsayılan rızaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁶⁵ Bu yönüyle varsayılan rızanın kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶⁶ Varsayılan rıza, bir tıbbi müdahale içeren eylemden önce bu eylemin yöneldiği ilgilinin gerçek iradesinin alınmadığı durumlarda, ilgilinin normal şartlarda yapılacak müdahaleye rıza göstereceğine dair kanaat oluşturan kuvvetli bir tahmindir.⁶⁶⁷ Burada net olarak rıza temin edilemediğinden olayın özelliği gereğince bir riske girme durumu ile karşı karşıyız. Buna izin verilen risk de denebilir.⁶⁶⁸

Varsayılan rıza, henüz rızanın alınmadığı hallerde tıbbi müdahale yapacak hekimin karar vermesini sağlar ve müdahalenin gerçekleştirilmesini mümkün kılar.⁶⁶⁹ Aksi halde başkasının hukuksal alanına rızasın aykırı bir müdahale ile karşı karşıya kalan

⁶⁶³ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.442.

⁶⁶⁴ ÖZTÜRK vd. §5 kn.439.

⁶⁶⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.562

⁶⁶⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.561; KANGAL, Zeynel T., “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, “Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Yaz, 2011, S.4”, s.232; ERTEM, Burcu, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza Ve Sınırları”, “Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi”, s.443; Roseau, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çev.Ali Kemal Yıldız), 2. “Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu”, “Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, (2006)” s.55 .

⁶⁶⁷ Bkz. CANKURT, s.202.

⁶⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998

⁶⁶⁹ YAŞAR, Nur, “Tıbbi Müdahalelerde Karar Vericiler Ve Rıza”, “Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi Yönetimi Ana Bilim Dalı Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Tezi”, s.71.

hekim müdahale yapamayacaktır. Bu müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, varsayılan rıza çerçevesinde ilgilinin, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması ve rıza açıklama yeteneğine sahip olması, ilgilinin rızasının alınamaması ve hekimin ilgilinin yararına hareket etmesi gerekmektedir.⁶⁷⁰ İlgilinin daha önceden açıklanmış iradesine göre tıbbi müdahale konusunda bilinen bir durum varsa varsayılan rıza yoluna başvurulamaz.

Tıbbi müdahale için rızası gereken kişinin o anda rızasının alınması mümkün değildir, ancak kişinin söz konusu müdahaleye rıza göstereceği düşünülüyorsa, varsayılan rızadan bahsedilecektir.⁶⁷¹ Hekimin bir ceza soruşturması kapsamında mağdurun beden muayenesinden ziyade genelde tedavi maksatlı müdahale yapması durumunda ilgilinin görünen yararına hareket ettiği durumlarda varsayılan rıza söz konusu olacaktır. Hekimin varsayılan rızanın maddî koşullarında hataya düşmesi veya bir şekilde sınırın aşılması hâlinde TCK'nun ilgili hükümleri gereğince sorunlu olacaktır.⁶⁷²

Ceza muhakemesi uygulamaları dışında hekim bir hastalıktan dolayı kişinin rızası ile gerçekleştirdiği tıbbi operasyon sırasında daha önceden öngörülmeleyen bir bulgu ile karşılaştığında, hastanın rızasını aldığı eylemin kapsamını genişleterek bir tıbbî müdahale yapamaz. Ameliyattan önce hekimin hastayı aydınlanma hakkı çerçevesinde her türlü risk ve gelişmesi muhtemel komplikasyonlar bakımından bilgilendirmesi gerekir. Hasta ameliyattan önce hür iradesi ile ameliyatın belirli kısmına ve yöntemine rıza göstermemişse, ameliyat sırasındaki bir komplikasyon durumunda hekim varsayılan rızaya artık dayanamaz.⁶⁷³ Çünkü burada açık bir ret iradesi hekime yansıtılmış buna rağmen hekimin bu yönde hareket etmesi beklenemez. Ancak, karşılaşılan bulgu veya komplikasyonla daha önce öngörülmemişse, ameliyatın yarıda bırakılması ve yeniden hastadan rıza alınmasından doğması muhtemel risk, yapılacak tıbbi müdahalenin riskinden daha yüksek ise, alınan rıza dışında yapılan tıbbi müdahale varsayılan rıza kapsamında

⁶⁷⁰ KANGAL, s.223.

⁶⁷¹ KANGAL, s.224

⁶⁷² KANGAL, s.223.

⁶⁷³ JAKOBS, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-New York 1991, s.15/16 (Naklen: KANGAL, s.235)

değerlendirilebilecektir.⁶⁷⁴ Böylelikle eylem hukuka uygun hale gelecektir. Hatta tıbbi müdahale yapılan hastanın hayati tehlikesinin bulunması şartı da burada aranmaz.⁶⁷⁵

Varsayılan rızada, bir diğer husus da; hastanın ameliyat gibi bilincini veya tasarruf ehliyetini kaybedeceği durumlar için önceden tutanağa geçirilen bir beyan vererek veya yazılı bir belge bırakarak rızasının kapsamını belirlemesidir. Bir diğer deyişle, ayırt etme gücünü kaybetmesi muhtemel hastanın önceden hazırladığı tasarrufla hangi tıbbi müdahalelere rıza gösterdiğini, hangilerine göstermediğini ifade etmesidir.⁶⁷⁶ Burada kişiye gelişmesi muhtemel olaylar bakımından kendisi hakkında hür iradesine göre yapılacak müdahaleyi belirleme hakkı tanınmış olur. Sonuç olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde bile kişinin geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmemiş olacaktır.⁶⁷⁷

Ancak mevcut kanuni düzenlemelerimiz uyarınca hasta tasarrufu içeriği ve şekli hususunda bir düzenleme bulunmadığından dolayı hastanın bu şekilde hazırlayacağı belgenin kanunen bağlayıcılığı tartışmalıdır.⁶⁷⁸ Öğretide bir kısım görüşe göre kanunen bağlayıcılığı bulunmayan bu tür tasarruflar ancak varsayılan rızanın hangi yönde olacağına ilişkin karar vermede hekime yardımcı olacaktır.⁶⁷⁹ Kanaatimizce zorunlu haller veya kanunda belirtilen durumlar haricinde hazırlanan bu tür bir yazılı

⁶⁷⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

⁶⁷⁵“Tıbben uygun olan hekim müdahalelerinde, özellikle de ameliyatın genişletilmesinde, hastanın varsayılan rızası temelinde hekimin hareketinin caizliği yaşamsal endikasyon hâllerıyla sınırlı değildir. Gerçi hastanın açık veya zımnî rıza göstermediği, fakat varsayılan rızasına uygun düşen tıbbi müdahaleler yalnızca halen mevcut olan yaşam tehlikesini savuşturmak için gerçekleştirilemezler. Hekim, hastanın rızasıyla başlanan bir ameliyatı genişletip genişletmemesi veya durdurup durdurmaması veya hastayı, belki büyük tehlikeler barındıran, fakat her halükarda başka fiziksel ve ruhsal zararlara yol açan yeni bir riske maruz bırakıp bırakmaması gerektiği sorunuyla karşıya bulunduğu da, hastanın (varsayılan) iradesi dikkate alınmalıdır. Hekim, ameliyatın öngörülebilir, zorunlu bir genişletilmesi hakkında hastayı aydınlatmayı ihmal etmişse ve böylece hastanın açık bir kararını alma olanağını taksirle kullanmamışsa bile, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni etkisini yitirmez. Sonucu tek başına belirleyen husus, varsayılan rızanın koşullarının, hekimin başlangıçta açıklanan rızanın artık kapsamadığı diğer müdahalenin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi gerektiği sorunuyla karşı karşıya bulunduğu anda mevcut olup olmadıklarıdır” [“Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2. Ceza Dairesi’nin 25.03.1988 tarihli kararı, BGHSt 35, s. 249 (246-251)”], KANGAL, s.235, dn.47

⁶⁷⁶ İMAMOĞLU, S. Hülya; “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler,” “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 65, S.1”, ss. 199-230, s.199. “<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42378/510331>” (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁶⁷⁷ İMAMOĞLU, s.203.

⁶⁷⁸ İMAMOĞLU, s.222.

⁶⁷⁹ İMAMOĞLU, s.223.

belge aksine bir düzenleme olmadığı için rızanın kapsamı anlamında hekim açısından bağlayıcı olacaktır.

Varsayılan rıza uluslararası belgelere konu olmuştur. 1994 yılında “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” olarak yayınlanmış olan Amsterdam Bildirgesinin 3.3. maddesi uyarınca varsayılan rıza: “*Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişimin yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir*” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁸⁰

Kanaatimizce varsayılan rızada hayati tehlikesi bulunan veya sağlığı açısından ciddi bir tehlike doğması muhtemel hastanın tedaviyi kabul edeceği farz edilerek, onun mutlak yararına bir eylemde bulunmaktadır. Böylesine kriz anlarında hastanın sahip olduğu kişisel hakların ihlal edilebileceği, hastayı kurtarmak maksadıyla olması durumunda hem yasal hem de etik alanda kabul görmektedir.⁶⁸¹ Burada bir hastanın maruz kaldığı bilinç kaybı, sepsis, entübasyon, travmatik beyin hasarı vb. durumlarda tedavi edilmesinde gecikmesinde sakınca bulunması durumunda rızasının alınması önem arz etmeyecektir. Tıbbi müdahaleye rızasının olduğu kabul edilmelidir.

Belirtilen kanaate paralel bir düzenleme olan Amsterdam Bildirgesinin 3.7. maddesi; “*Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun değerlendirmeler yapılmalıdır*” şeklindedir.⁶⁸² Madde metninden, hastanın rızasının

⁶⁸⁰ World Health Organization, “*A Declaration On The Promotion Of Patients' Rights In Europe*”, “European Consultation On The Rights Of Patients Amsterdam 28 - 30 March 1994”, s.11, “*When a patient is unable to express his or her will and a medical intervention is urgently needed, the consent of the patient may be presumed, unless it is obvious from a previous declared expression of will that consent would be refused in the situation*”

“https://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf” (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁶⁸¹ COOPER, Stephanie; “2012 Saem Ethics Curriculum Module 2: Issues Related to Patient Autonomy”, Seattle, Module 2-3, “<https://www.saem.org/docs/default-source/saem-documents/education/module-02-issues-related-to-patient-autonomy.pdf>” (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁶⁸² World Health Organization, “*A Declaration On The Promotion Of Patients' Rights In Europe*”, “European Consultation On The Rights Of Patients Amsterdam 28 - 30 March 1994, s.11”, “*In all other situations where the patient is unable to give informed consent and where there is no legal representative or representative designated by the patient for this purpose, appropriate measures should be taken to provide for a substitute decision making process, taking into account what is*

alınmadığı bazı durumlarda talepleri tahmin edilerek tıbbi müdahaleye rızasının bulunduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Sözleşme'nin acil durum başlıklı 8. maddesinde varsayılan rıza düzenlenmiştir. Buna göre acil bir durum nedeniyle hastanın rızasının alınmadığı hallerde herhangi bir tıbbi müdahalenin yapılabileceği yetkisi hekime verilmiştir. Ancak yapılacak müdahale hastanın sağlığı amacını gütmeye ve tıbbi bakımdan gerekli olma gibi iki şartın varlığına bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, hekim gözetim yetkisini kullanarak şartların varlığı halinde hastaya rızası olmadığı durumlarda da müdahale edebilecektir.

Varsayılan rıza da hekime sınırsız bir müdahale imkânı tanımaz. Şöyle ki, Biyotıp Sözleşmesinin 9'ncü maddesine göre "hekim, isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerini tıbbî müdahale sırasında gözönüne almalıdır."⁶⁸³ Bunun yanında varsayılan rızanın kapsamı belirlenirken hastanın, dini inancını, yaşını, eğitim düzeyini, sosyal ve psikolojik durumunu, değer yargılarını ve önceden belirtmiş olduğu istekleri bir arada değerlendirip karar vermelidir.⁶⁸⁴

Türk Hukukunda varsayılan rıza, herhangi bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu olayda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir.⁶⁸⁵ Bu şekilde kabul edilen varsayılan rızanın hukuki niteliği hakkında, zaruret halinin özel bir şekli olarak da ifade edilmiştir. Varsayılan rıza ile zaruret hali arasında bir benzerlik olmasına rağmen, varsayılan rıza hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan kendine özgü bir hukuki sebep ya da başlı başına sui generis bir hukuka uygunluk sebebi⁶⁸⁶ olduğu da savunulabilir.⁶⁸⁷

known and,, to the greatest extent possible, what may be presumed about the wishes of the patient"
"https://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf" (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁶⁸³ "https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html" (Erişim Tarihi:21.03.2021)

⁶⁸⁴ Benzer düzenleme için bkz. HHY m. 24/5: "Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır."

⁶⁸⁵ ÜNVER, İzin Verilen Risk, s.355.

⁶⁸⁶ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.371; YAŞAR, N., s.69.

⁶⁸⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 202.

Uygulamada mağdurun beden muayenesi veya vücudundan örnek alınması müessesesi anlamında “varsayılan rıza” karşımıza çıkabilir. Örneğin, bir suç mağdurunun hayati tehlike kaydı ile hastaneye müracaatı ile kolluk bilgilendirilir ve CMK’nın 160. maddesi gereğince olayı öğrenen savcının emri ile soruşturma başlatılır. Burada mağdurun bilinci kapalı olabileceği gibi beyanda bulunması da mümkün olmayabilir. Delillerin kaybolma ihtimali olduğundan ivedi bir şekilde söz konusu tedbirin yerine getirilmesi gerektiğine kanaat edinilir ve eğer mağdurun bilinci açık olsaydı muayene yapılmasına veya örnek alınmasına rıza göstereceği düşünülse işlem yapılır. Burada bu işlemin yapılması suçun aydınlatılması ve mağdurun menfaatinin korunması açısından oldukça önemlidir.

4.2.7. Zımnî rıza ve rızadan vazgeçme

Kişinin kendisine sıkı sıkıya bağlı hakları bakımından geleceğini tayin hakkının yansımaları olarak, hukuki menfaatlerin ceza hukuku ile korunmasında da sınır kişinin kendi tercihi ile belirlenir. Kişiler ancak özgür bir birey olarak maddi ve manevi varlığını geliştirebilirler.⁶⁸⁸

Kişinin vücut bütünlüğü hakkı, kişinin kendisini, kendisine karşı koruma ve topluma faydasız kılacak şekilde hakkını kullanma özgürlüğünün bulunmadığı da öğretide dile getirilmektedir.⁶⁸⁹ Bunun yanında suç şikâyetine tabi ise ilgilinin rızasına hukuka uygunluk sebebi olarak geçerlik tanınabileceği ancak şikâyetine tabi olmaması durumunda ise ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı kaldırmayacağı yönünde de görüşler bulunmaktadır.⁶⁹⁰ Burada kişinin beden bütünlüğüne verilen zararın amacının da önemi vardır. Rızanın eylemden umulan sonuçla bağdaştığı ölçüde ve genel ahlak kurallarına aykırı olmadığı sürece vücuda zarar verilmesine rıza göstermek mümkündür.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ ÜNVER, “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer”, s. 430-431; “*Hooligan gruplar arasında düzenlenmeye başlanan Takım kikkboxu (Mannschaftskickboxen)* da öğretide rıza açıklanabilececek alanlardan olup olmadığı noktasında ele alınmıştır. Katılımcıların serbest iradeleriyle bedensel bütünlüklerine zarar verebileceğini bildiği bu fiiller kanaatimizce rıza açıklanabilececek alanlardan kabul edilirler ise, kasten yaralama suçu bakımından tipik olsalar da hukuka uygun sayılacaklardır. Jan Spoenle,” *Hooligan-Trendsport Mannschaftskickboxen*” – bloß bizarr oder doch strafbar?”, NStZ 2011, s.554(Naklen: CANKURT, s.60,dn.311)

⁶⁸⁹ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.555.

⁶⁹⁰ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s.188.

⁶⁹¹ KANETİ Selim, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi,

Açıklandıktan sonra ancak tıbbi müdahale yapılmadan önce rıza geri alındıysa, artık rızanın varlığından bahsedilemez. Kanaatimizce tıbbi müdahale teşkil eden beden muayenesi veya örnek almaya ilişkin tıbbi müdahaleden sonra rızanın geri alınması mümkün değildir. Burada tıbbi müdahale esnasında geçerli bir rızanın varlığı kabul edilmekle, sonradan geri alınması soruşturma işleminin sıhhatine zarar getirmeyecektir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde 3'ncü fıkrasında“ilgili kişi, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler” aldıktan sonra özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza gösterdiği tıbbi müdahaleye ilişkin muvafakatini istediği anda, serbestçe geri alabilir. Dolayısıyla, kişiye burada sınırsız bir geri alma hakkı tanınmaktadır. Ancak kanaatimizce tıbbi müdahale sonrasında rızanın geri alınması mümkün olmayacaktır.

Bu durumda, sonuç olarak, söylemek gerekir ki, tıp ceza hukukunda, hastanın hayatı üzerinde, bireysel özerkliği kapsamındaki, “müdahaleyi reddetme ya da verdiği rızayı geri alma şeklinde kullanabileceği, belirli bir tasarruf yetkisi olduğunu” ifade etmekte yerinde olacaktır.⁶⁹²

4.3. MAĞDURUN RIZASININ ALINAMAMASI VE HEKİMİN MUAYENEDEN KAÇINMASI

4.3.1. Mağdurun “Beden Muayenesine ve Vücuttan Örnek Alınmasına” Rıza Göstermemesi

İlgilinin rızasının bulunmadığı hallerde ne şekilde hareket edileceğini, muayene yapılacak kişinin yargılamadaki sıfatına göre değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim CMK uyarınca gerek iç beden ve dış beden muayenesi, gerekse vücuttan örnek alma şüpheliye, sanığa, mağdura ve bu kişiler dışında kalan diğer kişilere de uygulanabilen işlemlerdir. O halde işlemlere maruz kalacak olanlar, şüpheli veya sanık ya da diğer kişiler arasında olan mağdurdur. Mağdur, şüpheli veya sanığın

2007, s.246.

⁶⁹² AYGÖRMEZ, “Hukuki Kurum Rızanın”, s.150.

muayeneye ve vücudundan örnek alınmasına rızasının olmaması durumunda, zorla beden muayenelerini gerçekleştirmek ya da vücutlarından örnek almak mümkün müdür? Bu sorunun çözümü, muhakemenin devamı açısından oldukça önemlidir.

Kanaatimizce; bu işlemlerin koruma tedbiri niteliği ciddi anlamda ağır bastığından bedeni muayene edilecek veya vücudundan örnek alınacak şüphelinin veya sanığın rızası aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilir. Ancak diğer kişilerden mağdur için aynı görüşükesin bir bakış açısı ile savunmak mümkün değildir. Örneğin; cinsel saldırı suçlarında mağdurun genital muayenesinin yapılması ya da bekâret kontrolünün yapılması gerekiyorsa ve mağdur bu işlemlerin yapılmasına rıza göstermiyorsa, zorla bu muayeneyi yaptırmak doğru değildir. Zira cinsel saldırıya uğrayan kişi, hem bu suçun mağdurudur, hem de zorla kontrole tabi tutularak ikinci kez mağdur durumuna düşürülmektedir. Ancak cinsel saldırıya uğradığını söyleyen mağdur bu muayeneye rıza göstermezse, Cumhuriyet savcısının iddiayı ispat edememe olasılığı ortaya çıkabilir. Mağdur da böyle bir olasılığın çıkması halinde, muayeneye rıza göstermemesinin olumsuz hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Uygulamada, genellikle bir kısım mağdurların kendi düşünceleri ile yeniden cinsel yönden veya farklı bir şekilde tıbbi prosedüre tabi tutulmamak maksadıyla muayene işlemine rıza göstermedikleri karşılaşılan durumlardandır. Ancak kanun koyucu, ceza adalet sisteminin etkin ve adil bir şekilde işlemesi için mağdur rıza göstermese dahi beden muayenesinin yapılabileceği hususunda yargı makamlarına yetki vermiştir. Keza, mağdurların yargılama için bu çok önemli delilin temin edilmesini engellemek maksadıyla, olayın faili veya failin yakınları tarafından korkutulmak suretiyle iradesi fesada uğratarak muayeneye rıza göstermemesi de mümkündür.⁶⁹³

CMK'nın 76'ncı maddesi gereğince mağdurun rıza göstermediği hallerde hâkim kararı ile gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının kararı ile bir suç soruşturması kapsamında mağdurun beden muayenesinin yapılması gerekir. Rıza göstermemesi veya direnmesi durumunda ise Yönetmelik'in 18'nci maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi gereğince Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli

⁶⁹³ ÜNVER/HAKERİ, s.280.

önlemler alınmak suretiyle mağdur beden muayenesine zorlanabilir. Burada önlemlerin içeriği veya seviyesi hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak mağdurun zorlanmak suretiyle beden muayenesinin yapılmasında bir sakınca yoktur.

Aynı husus şüpheli bakımından da geçerlidir. Cinsel suç mağdurlarının iç ve dış beden muayenesinde muayene sırasında mağdurun vereceği bilgiler çok önemlidir. Doktorların mağduru muayene ederken vücutta tespit ettikleri ekimozları açıklattırması gerekebilir.⁶⁹⁴

Kanaatimizce; cinsel suçlarda mağdur kadınların genital muayenesini ya da bekâret kontrolünü yaptırmayı zorunlu hale getiren yönetmelikteki düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir. Bu hükmün kapsamının şüpheli veya sanıkla sınırlı olarak kanunla düzenlenmesi veya mağdur için bazı suçlar yönünden ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Örneğin, 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 eklenebilir.

Uygulamada, cinsel suç soruşturmalarında, mağdurun vücuduna organ sokulması suretiyle eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda çelişkili beyanlar varsa ve mağdurla ilgili düzenlenen raporda buna ilişkin kesin tespit bulunmaması halinde Adli Tıp Kurumu'ndan ikinci bir rapor istenmesi gerekmektedir.⁶⁹⁵ Suçun işlendiğine dair somut bir delil yoksa ancak mağdur beyanında tutarlı ise ve şüpheliye iftira etmesi için husumeti veya başka bir sebebi bulunmadığı hallerde mağdurun ifadelerine itibar edilir ve soruşturma dosyasına yansıyan diğer delillere göre de karar verilebilir. Bununla birlikte mağdur, iddialarında samimi değilse, şüpheli ile aralarında suçlamayı gerektirir anlaşılabilir bir gerekçe varsa, olayı uzun süre gizlemiş ve gizlemesi hususunda haklı bir sebep bulunmuyorsa, salt mağdur ifadesine göre mahkûmiyet kararı verilemez.⁶⁹⁶ Bu durumda dosyada bulunan diğer

⁶⁹⁴ ÇALIŞKAN, Bilal, “İnsan Hakları Soruşturamalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı”, “Adalet Dergisi, S. 16, Temmuz 2003”, (s. 1-38), s.36.

⁶⁹⁵ AKIN ÜN Ayşe Nur, “Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler Ve Mağdurun Korunması”, “Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi”, Isparta, 2019, s.133.

⁶⁹⁶ ŞARMAN, Ceren, “TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, “Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi”, İstanbul, 2012, s.91.

delillere göre suçun işlendiği yönünde kanaat edinilmezse beraat kararı veya soruşturma aşamasında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilir.

Ceza yargılamasının çocuklar açısından nasıl geçtiği oldukça önemlidir. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında mağdur çocuğun gördüğü zararın artmaması için hassasiyetle davranılmalıdır. Suçun meydana gelmesinden sonra geçilen soruşturma ve kovuşturma aşaması, “delillerin toplanması ve muhafaza edilmesi, ardından mağdurun adli muayene aşamalarından geçirilmesi suçun ispatı ve failin alacağı cezanın belirlenmesi için en önemli kısımları” oluşturmaktadır. Uygulamada cinsel istismar suçlarının ortaya çıkmasında mağdurun adli muayenesi en önemli etkidir. Bu sebeple muayeneyi yapan sağlık çalışanlarının özenle ve dikkatli bir şekilde muayene yapması hem mağdur açısından önlem alınmasını hem de failerin tespit edilmesini ve cezalandırılmasını kolaylaştıracaktır.

Uygulamada, mağdurun duruşmaları katılma zorunluluğu olmamasına rağmen tanık olarak bilgisine başvurulması amacıyla sık sık duruşmalara çağrı kâğıdı ile davet edildiği görülmektedir.⁶⁹⁷ Yapılan çağrıya uymaz ise mağdur, mahkemeye zorla getirme kararı ile kolluk tanık sıfat ile aracılığıyla getirilmektedir. Mağdurtanık olarak dinlenmesi gerekmediği hallerde duruşmaya zorla getirilmemelidir.⁶⁹⁸ Mağdur çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında da CMK’nın 52/3 maddesi gereğince görüntü ve seslerin kayda alınması gerekir. Mağdur çocuk bir kez daha dinlenmek istendiğinde bu kayıtların dinlenmesi ile yetinilir. Ayrıca bu kayıtlar sadece ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Mağdurların beden muayenesine rıza göstermemeleri durumunda Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 12.04.2012 Tarihli, 2012/1955 Esas ve 2012/4351 Karar sayılı ilamında;“mağdurun rızası olmaksızın vücudu üzerinde suç delillerinin tespiti için muayene kararı verilebileceği” belirtilmiş ve bu madde gereği tedbire başvurulmamasını bozma nedeni yapmıştır. Buna göre uygulamada ağır basan uygulama birliği sağlayan görüş, mağdurun rızası olmasa dahi muayenesinin yapılması ve gerektiğinde vücutundan örnek alınmasının sağlanmasıdır.

⁶⁹⁷ SOKULLU AKINCI, Füsun/DURSUN, Selman, Viktimoloji, Beta Basım Yayım Dağıtım, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s.353.

⁶⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.98.

Mağdurlar genellikle adli tıp kurumu olmayan yerlerde aile sağlık merkezi veya hastanelerde muayene işlemine maruz kalmaktadır. Bu gibi yerlerde “adli tıp uzmanı olmayan hekimler tarafından yapılan muayene sonrası düzenlenen hekim raporları ile aynı olguların adli tıp tarafından değerlendirilmesi arasındaki uyumsuzluk oranının, sağlık personelinin bilgi yetersizliği ve farkındalık düzeyindeki eksiklik sebebi ile % 60 olduğu bildirilmiştir.”⁶⁹⁹ Bu oran oldukça ciddi bir boyuttadır. Aslında bu durum mağdurun defaetle beden muayenesi olmasına yol açmakta ve bu yöndeki mağduriyetini arttırmaktadır.

Mağdurun beden muayenesi hususunda yapılan bir anket araştırması kapsamında, 120 mağdur ile yapılan görüşmeler neticesinde; “ilk muayene olunan yerin %92.5’lik bir oranla başvuru hastane olduğunu belirtilmiştir. Ancak 120 kişiden %20’si 4 kez, %34.2’si 3 kez ve %30’u 2 kez muayene edildiklerini” beyan etmişlerdir. Olguların çoğunluğunda hekim aydınlatma yükümlülüğü kapsamında muayeneye ilişkin bilgi verilmemiştir. Birçok olguda muayene esnasında, “odada 2-3 kişi bazı olgularda 4’ün üzerinde kişi olduğu ifade edilmiştir. Mağdurların büyük bir bölümü olayın anlatılması sırasında mahkemede utandığını, sıkıntı duyduğunu ve korktuğunu” belirtmişlerdir.⁷⁰⁰

Araştırmadan anlaşıldığı kadarı ile mağdurların çok büyük bir oranda adli tabip olmayan hekimler tarafından ilk muayenelerin yapıldığı, muayene oldukları fiziki imkânların olumsuz şartları ve muayene eden hekimlerin konunun uzmanı olmayışı gibi nedenlerle mağdurlar sağlıklı olmayan koşullarda birden fazla muayene olmak zorunda kalmışlar ve mağduriyetleri katlanarak artmıştır.

Yönetmelik’in 18/3 maddesinde “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 alınabileceği” düzenlenmiştir. Genellikle bir suçun soruşturması mağdurun müracaatı ile başladığından mağdurun müracaatı ile Cumhuriyet savcısının kararı

⁶⁹⁹ YILDIZ, Yakup, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu”, “İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Doktora Tezi”, İstanbul, 2012, s.54.

⁷⁰⁰ BARUTÇU, Nesrin, “Cinsel Saldırı Mağdurlarının Karşılaştığı Sorunların Değerlendirilmesi”, “İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi”, İstanbul, 1998, s.54.

doğrultusunda soruşturma açılır ve CMK'nın 76/2 maddesi gereğince mağdurun beden muayenesi rızası ile yapılır. Burada hâkim kararına gerek yoktur.

Ancak “şüpheli veya sanığın beden muayenesi ile vücudundan örnek alınmasına” rıza göstermesi veya kendiliğinden bu tıbbi müdahaleleri talep etmesi halinde hâkimden karar alınması gerekip gerekmediği konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması uygulamada bazı tereddütlere neden olmaktadır. Kanaatimizce açılmış bir soruşturma veya devam eden kovuşturma kapsamında şüpheli beden muayenesinin yapılması veya vücudundan örnek alınarak karşılaştırma yapılması talebinde bulunabilir. Yönetmelik hükmüne göre talep şüpheli veya sanıktan gelmişse, hâkim kararı alma usulüne gerek olmadığı görüşü savunulabilir. Ancak CMK'nın 75'nci maddesinde mağdurun rızasını düzenleyen CMK 76/2 maddesinin aksine şüpheli veya sanığın rızası ile beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususu düzenlenmemiştir. Bu sebeple talep şüpheliden gelse ve rızası olsa dahi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi ile hâkim kararı ile şüphelinin beden muayenesi yapılabilir veya vücudunda örnek alınabilir. Aksi durumun kabulü kanun hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Kovuşturma evresinde ise, sanık mahkemeden talepte bulunabilir. Mahkeme talebi değerlendirir ve yerinde olduğuna karar verir ise sanığın muayenesinin yapılması için ilgili kuruma müzekkere yazar. Diğer bir husus da, şüpheli veya sanık talepte bulunmamış ancak iç beden muayenesinin yapılmasına veya vücudundan örnek alınmasına rıza göstermişse, hâkim kararı olmaksızın bu işlemler yapılamaz. CMK'nın 75'nci maddesi gereğince ancak hâkim kararı ile yapılabilir. Kanun koyucu, bu hükümle kolluğun şüpheli ya da sanığı, talepte bulunmaya veya yapılacak tıbbi müdahale rıza göstermeye zorlayarak hâkim veya gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısından karar almaksızın beden muayenesinin yapılmasını önlemek istemiştir.⁷⁰¹

Yönetmeliğin 25. maddesinde “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlığı altında “kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya

⁷⁰¹ Bkz. ÜNVER/HAKERİ, s. 285.

uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.” Burada belirlenmesi gereken konu CMK gereğince yapılacak “mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”durumunda mağdur bu Yönetmelik maddesinden yararlanabilecek midir? Kanaatimizce bu yönetmelik maddesinin bir suç soruşturması kapsamında yapılacak müdahalenin niteliği dikkate alındığında tedavinin reddi müessesesinin uygulanmaması gerektiği görüşü savunulabilir niteliktedir.

Mağdura ulaşılabilmesi uygulamada çoğunlukla kesin adli rapor ve ruh sağlığına ilişkin hekim raporu alınırken karşılaşılabilen durumlardır. Bu durumda da kanaatimizce hâkim veya Cumhuriyet savcısı makul bir süre mağdura ulaşmaya çalışmalıdır. Makul bir süre geçtikten sonra dosya kapsamında bulunan mevcut delillere göre dosya karara bağlanmalıdır. Ancak şüphesiz ki; bu durum mağdur yönünden bir kısım deliller toplanamadığı için, çoğunlukla şüpheli veya sanık lehine karar verilmesine yol açmaktadır.

4.3.2. Hekimin muayeneden kaçınması

Biyotıp Sözleşmesi’nde 5. maddesinde genel kural, “sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, hastanın bu müdahaleye, özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza göstermesinden” sonra yapılabileceğidir. Uygulamada genelde mağdurun muayeneye veya vücuttan örnek alınmasına rızasının olmaması nedeni ile hekim tarafından muayene işlemi yapılamadığı karşımıza çıkmaktadır.

Tıp etiği ilkelerinden özerkliğe saygı ilkesi gereğince hekim ve hasta ilişkisinde, hekim veya diğer sağlık çalışanlarının, hastanın kendi tıbbi durumu ile ilgili olarak karar verici olmasını sağlamakla yükümlüdürler. Aydınlatılmış rıza⁷⁰² ile hasta yapılacak müdahale konusunda yeterli bilgiye ulaştıncaya kadar kendi tıbbi geleceğine karar verebilecektir. Hekim buna dayanarak rıza göstermeyen mağduru muayeneden etmekten kaçınabilir.

Beden muayenesinin özelliği itibarıyla muayene edilen mağdur rahat bir ortamda ve muayene eden hekimle iş birliği içinde olmalıdır. Kişinin sağlığına zarar vermeden muayenesinin yapılması sağlanmalıdır. Burada karşımıza Hipokratik tıp etiğinde yer

⁷⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.341.

alan "Primum non nocere" olarak ifade edilen “öncelikle zarar verme” ilkesi çıkar. Beden muayenesinin kişinin sağlığına zarar vermesi durumu kanunda da yer almakla birlikte bu tıp etiği ilkesine dayanılarak da muayeneden kaçınılabılır.⁷⁰³

Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi de bazen muayeneden çekinmeyi gerektirebilir. Örneğin; Soy bağıının tespiti amacıyla sadece kan örneği alınması gerekli olmayıp, ayrıca kişiye daha az sıkıntı verebilecek olan bukkal sürüntü (ağız içerisinden her iki yanak iç yandan özel applikatörü vasıtası ile alınan sürüntü) örneği veya (çekilerek alınan) köklü saç kılı örneği vb. yöntemler kullanılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre daha hafif bir tıbbi müdahale ile ulaşılmak istenen sonuca ulaşıyor ise bu tercih edilmelidir. Hekimin bunu da gerekçe göstererek muayeneden kaçındığı durumlar söz konusu olabilir.

Bunun yanında aşağıda Adli Tıp Kurumunun görüşü olarak ele alınan adli tabiplerin *“hastanın zorla muayene edilmesi kavramının tıp öğretisi içerisinde yer almadığı, muayeneyi kabul etmeyen bir kişinin zorla genital iç beden muayenesine maruz bırakılmasının o mağdurda ruhsal travma etkeni olabileceği, yapılacak muayenenin mağdurun sağlığını açıkça ve öngörülebilir biçimde tehlikeye düşüreceği”* şeklindeki gerekçeli bir şekilde muayeneden kaçınması da yasal olarak kabulü mümkün bir mazeret ile de muayeneden kaçınabilir.

Yönetmelik hükmü gereğincebeden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında zor kullanma görev ve yetkisinin adli tabipte olmadığı, ilgili mahkeme veya hâkim kararını uygulamakla görevli Cumhuriyet Başsavcılığınca ve kolluk görevlilerince gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Hekim bu şartların gerçekleşmediğini ifade ederek muayene işleminden çekilebilir.⁷⁰⁴

⁷⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.535.

⁷⁰⁴ Yargıtay 5. CD’nin, E. 2015/1213, K.2019/2001 ve T.14.02.2019: *“Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından cinsel istismar suçundan yürütülen soruşturmada hâkim kararıyla mağdurların iç beden muayenelerinin yapılması amacıylaCumhuriyet Başsavcılığına yazılan talimat uyarınca mağdurların sevk edildikleri.... Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığında görevli öğretim görevlisi olan sanık hakkında mağdurların kabul etmemeleri nedeniyle gerekli muayeneyi yapmamak suretiyle ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, sanığın mağdurları muayene etmemesi üzerine mağdurların aynı günün gecesinde.... Üniversitesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı Başkanlığı, bir kaç gün sonra daDevlet Hastanesi tarafından muayene edilmiş olmaları karşısında, mağdurlara yönelik cinsel istismar suçundan yürütülen soruşturmanın akıbeti araştırılarak delil kaybına veya gözaltı ya da tutukluluğun uzamasına sebebiyet verilip verilmediğinin belirlenmesinden sonra eylem nedeniyle kamunun zararı*

Yukarıda ifade edilen unsurlar genellikle hekimlik mesleğinin tatbiki esnasında uyulması zorunlu olan yasal ve ahlaki sorumlulukları kapsayan tıbbi deontoloji⁷⁰⁵ ve tıp etiği ilkeleri gereğince hekimin muayene etmekten kaçınabileceği hallerdir. Anayasa ve yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak verilen bir hâkim kararı ile hekim gerekli koşullar sağlandıktan sonra mağdurun rızası olmasa dahi “beden muayenesi ve vücuttan örnek almak” işleminden kaçınamaz.

Bunun tek ve en güçlü istisnası, 3718 karar sayısı ile Resmi Gazete'de yayımlanan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 3. maddesi gereğince ülkemizin çekildiği İstanbul Sözleşmesi idi. Sözleşmenin 71. maddesinde hastanın muayene olmayı reddetmesi, yasal düzenlemeler gereğince zorunlu olabileceği kabul edilmektedir. Ancak 68. maddesinde ise, “hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmanın söz konusu olduğu durumlarda veya hastayı tehlikeye bırakmaktansa, hekimin hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmeleri gerektiğini” düzenlenmektedir. Hekimler bu madde hükmüne dayanarak, rıza göstermemeleri durumunda CMK’nın 76’ncı maddesi gereğince hâkim kararı olmasına rağmen iç beden muayenesi yapılmak istenen mağdurların beden muayenesini yapmaktan kaçınmakta idiler. Yürürlükte olmadığı için günümüz itibarı ile bu maddenin bir hükmü kalmamıştır.

4.4. HUKUKA AYKIRI BEDEN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

4.4.1. İtiraz

Ceza muhakemesi hukukunda itiraz, bir suç soruşturması kapsamında maddi gerçeğe ulaşma amacıyla yapılan soruşturma işlemleri sırasında verilen hâkim kararları ile kanunda açıkça gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı başvuru bir kanun

veya kişilerin mağduriyetine neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama biçimindeki objektif cezalandırma koşullarından birinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetime imkân verecek şekilde karar yerinde gerekçeleriyle gösterilip değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır”

⁷⁰⁵ ARDA/ ŞAHİNOĞLU, s.324.

yoludur.⁷⁰⁶ İtiraz, uygulamada hâkim veya mahkeme kararlarında, hukuka aykırılıkların bulunduğu iddiasıyla maddî ve hukuki bakımdan incelenmesini ve denetlenmesini sağlamak amacıyla yapılır. İtiraz, hükümden önceki aşamalarda, dava bitmeden önce başvurulabilecek bir kanun yoludur.⁷⁰⁷ İtirazın konusu, genellikle hükümden önce verilen ara kararlar veya soruşturma sırasında verilen hâkim kararlarıdır.

Mağdur, şüpheli, sanık veya diğer kişiler hakkındahâkim tarafından bir soruşturma kapsamında verilen “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” kararlarına CMK’nın 75/5 ve 76/5 maddeleri düzenlemeleri gereğince itiraz edilebilir. İtiraz usulü CMK’nın 268. maddesi uyarınca belirlenmiştir. Buna göre hâkimveya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde kararların açıklanması ve tebliğini düzenleyen CMK’nın 35’inci maddesine göre “ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren 7 gün içinde kararı veren makama verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen tarafın beyanını ve tarafça atılan imzayı, mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.”

İtirazı incelemeye yetkili merciler, “7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile TBMM tarafından 08.07.2021 tarihinde kabul edilen, 14 Temmuz 2021 tarih ve 31541 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanandeğişiklikten önceki hali ile sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi yetkisi, “o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu

⁷⁰⁶ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.241; ÜNVER/HAKERİ, s.763; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN-BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.780; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1669 ve 1670.

⁷⁰⁷ AYDIN, Devrim, “Ceza Muhakemesi Kanununda İtiraz”, “TBB Dergisi, Sayı 65, Yıl: 2006”, ss.61-72, s.64, “<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-238>” (Erişim Tarihi:01.09.2021)

yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aitti”.

Öğretide bu durum, ağır ceza mahkemesinin kararına yapılan itirazı diğer bir ağır ceza mahkemesinin veya sulh ceza hâkiminin verdiği karara yapılan itirazı diğer bir sulh ceza hâkiminin değerlendirmesinin yerinde olmadığı ifade edilerek eleştirilmiştir.⁷⁰⁸ Kanaatimizce; yargı mercilerince verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yollarının özünde kararı inceleme ve denetleme söz konusu olduğu için, değerlendirmenin üst bir yargı merciince yapılmasının hakların güvence altına alınması açısından yerinde olacaktır.

Kanun koyucu bu eleştirileri göz önünde bulundurarak yapılan yerinde bir değişiklik ile CMK’nın 268/3’üncü maddesinin b bendi değiştirilmiştir: “*Sulh ceza hâkimliğinin tutuklama ve adli kontrole ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir. İtirazı incelemeye yetkili mercilerin farklı olduğu hâllerde, itirazların gecikmeksizin incelenmesi amacıyla, kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği tarafından gerekli tedbirler alınır. Sulh ceza hâkimliği işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanına aittir.*”

Bu değişiklik ile üst bir yargı merciine itiraz yolu açılmıştır. Ancak bu kanun maddesinin yürürlük tarihi olarak 01.01.2022 tarihi öngörülmüştür.

İtiraz kanun yolu ile hâkim tarafından verilen kararların denetimi kanunda düzenlenmiştir. Kanunda yer alan şartlara uyulmadan hâkim kararı olmaksızın veya sonradan itiraz yolu ile kaldırılan bir hâkim kararına dayanılarak yapılan “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” soruşturma işlemi ile elde edilen delil şüpheli aleyhine kullanılamaz. Ceza muhakemesi hukukumuzda genel kabul gören görüşe göre kişiye isnat edilen suç ancak hukuka uygun yollarla temin edilen delillerle ispat edilmelidir. Sonuç olarak kanuni şartlara uyulmaksızın yapılan “beden muayenesi ve

⁷⁰⁸ Bkz. AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3999-4044” (Basım Yılı: 2015), s.4025-4027.

vücuttan örnek alma” sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olarak kabul edilecektir.⁷⁰⁹

CMK’nın 269. maddesinde bulunan “*itiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz.*” şeklindeki düzenleme gereğince itiraz kanun yoluna başvurulmasının beden muayenesi ve örnek alma tedbirinin yerine getirilmesini engellemez. Aksini kabul etmek soruşturma işlemlerinin yapılmasını ciddi anlamda sıkıntıya sokacak nitelikte olacaktır. Özü itibarı ile “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” tedbirinin uygulanması, iz ve emarelerin yok olma tehlikesi sebebiyle ivedi soruşturma işlemleri arasındadır. Bunun yanında kanuna uygun bir şekilde uygulanan tedbir, kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal edici nitelikte değerlendirilmeyebilir.⁷¹⁰ Kanuna aykırı olması durumunda ise, itirazın kabulü kararı verilecek ve elde edilen delil şüpheli aleyhine kullanılamayacaktır.

4.4.2. İşlemin Hukuka Aykırı Olmasının Hukuki Sonuçları

4.4.2.1 Elde Edilen Delilin Kullanılamaması

Mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine, ancak kanunda öngörülen hallerde ve bir suçla ilgilidelil elde etmek amacıyla başvurulacağından, elde edilen delil, suçun aydınlatılmasında kullanılmalıdır. Başka bir ifade ile tedbire başvurulmasını gerektiren suçtan veya soruşturmadan elde edilen delil, başka bir soruşturmanın konusu suçun ispatlanmasında kullanılamaz. Bu durumda, tedbire başvurulmasında etkili olan suçtan başka bir suçun ispatlanmasında delil kullanılmak istenirse, bu delilin kullanılabilmesi için yeniden bir hâkim kararı alınması gerekir.⁷¹¹

4.4.2.2. Ceza Sorumluluğu

CMK’nın 75 ve 76’ncı maddeleri uyarınca elde edilen bilgiler CMK’nın 80’nci maddesi uyarınca “kişisel veri niteliğinde olup başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bu bilgiler bir başkasına verilemez.” Buna aykırı davranan kişiler hakkında TCK’nın 136’ncı maddesi

⁷⁰⁹ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 464 ve 467.

⁷¹⁰ BAĞLAR, s.148.

⁷¹¹ YENİSEY/ NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s. 623.

uyarınca “kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan” ceza sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

Yetkili makam kararı veya mağdurun rızası olmaksızın mağdur veya diğer kişilerin “beden muayenesinin yapılması ve vücudundan örnek alınması” TCK’nın “genital muayene” başlıklı 287’nci maddesi gereğince de suç teşkil edebilir.⁷¹² Anılan madde de bu suç “*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail...*” hakkında öngörülmüştür. Aynı zamanda bu tür bir olayın hekimlik mesleğinin etik kurallarına da aykırılık teşkil ettiği ve haysiyet kırıcı bir muamele olarak değerlendirildiğinden, Türk Tabipler Birliği tarafından da ayrıca ele alınıp düzenlenmiştir. “Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları”nın⁷¹³ 39’uncu maddesine göre “*Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.*”

AİHM’in “*Salmanoğlu and Polattaş v. Turkey*”⁷¹⁴ kararında, “iki kadın şüphelinin herhangi bir hukuksal zorunluluk veya gereklilik bulunmamasına ve yazılı rızaları da olmamasına rağmen kollukça yapılan şüphelilerin bakire olup olmadığı ve yakın zamanda cinsel ilişkide bulunup bulunmadığını gösterir katı doktor raporunun verilmesi şeklindeki talep üzerine bekâret kontrolüne tabi tutulmasının, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’nin 3’ üncü maddesinde belirtilen hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı ilkesine aykırı” olduğuna karar verilmiştir.⁷¹⁵

⁷¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.543; TURHAN, Beden Muayenesi, s. 1039; SARİKOĞLU, s. 717.

⁷¹³ Bkz. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları için <http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index> (Erişim Tarihi:21.12.2020)

⁷¹⁴ Case of Salmanoğlu and Polattaş v. Turkey (Application no. 15828/03) 17 March 2009, Final, 17.06.2009 https://www.law.cornell.edu/women-andjustice/resource/salmanoglu_and_polattas_v_turkey (Erişim Tarihi:25.12.2020)

⁷¹⁵ “Case of Salmanoğlu and Polattaş v. Turkey” (Application no. 15828/03) 17 March 2009: “...The ECtHR took consideration of the circumstances of the case as a whole, and in particular the virginity tests carried out without any medical or legal necessity as well as the post-traumatic stress and depressive disorders suffered, and was persuaded that the applicants had been subjected to severe ill-treatment during their detention in police custody, in violation of Article 3. The Court further concluded that the Turkish authorities had not effectively investigated the applicants' allegations of

Bunun yanında CMK'nın 217/2 maddesine göre "isnat edilen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispat edilebilir, dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle yapılan beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilen deliller kullanılamaz." Örneğin; "yetkisiz hâkimin muayene kararı vermesi, suçun ağırlığına ilişkin koşulun gerçekleşmemesi, muayenenin sağlığı tehlikeye sokmasına rağmen yapılması, gecikmesinde sakınca olmadığı halde"⁷¹⁶ Cumhuriyet savcısının kararı ile müdahale yapılması, ya da Cumhuriyet savcısının müdahale kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunmaması⁷¹⁷ veya hâkimin kararı yirmi dört saat içinde onaylamaması halinde, delil hukuka aykırı yöntemler ile elde edildiğinden hükme esas alınamaz ve ispat vasıtası olarak kullanılamaz."⁷¹⁸

ill-treatment after seven years, in further violation of Article 3. The Court awarded the applicants non-pecuniary damages and costs and expenses"

⁷¹⁶ Öğretide bir görüşe göre, "söz konusu muhakeme işlemine başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda; muhakeme yapılamaz, hüküm infaz edilemez veya muhakeme masrafları karşılanamaz duruma girecekse 'gecikmede tehlikenin varlığı' kabul edilmektedir." Bkz. ÖZTÜRK vd., s. 540. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4/a maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hal şöyle tanımlanmıştır: "*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*" ifade eder. Bkz. BACAŞIZ Pınar/ÖZBEK, Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", "Ceza Hukuku Dergisi, C: 1, S: 1, Eylül 2006", s. 181 (s. 145-206). Gecikmesinde sakınca bulunan hal bakımından karar alma yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATLADI, Barış, "Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın ya da Şüphelinin Beden Muayenesine İlişkin Tedbir Bakımından Savcılık ve Savcılık Yardımcı Personelinin Karar Alma Yetkisi", "Güncel Hukuk, Temmuz 2009/7-67", (s. 58-61).

⁷¹⁷ "Yargıtay 8. CD.'nin 12.09.2018 tarih ve 2017/10820 E., 2018/9086 K. sayılı kararı":

"Somut olayda, Hatay Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan sanığın uyuşturucu kullandığı yönündeki duyurular üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının 30.07.2013 tarih ve 2013/10427 soruşturma numaralı evrakında Cumhuriyet savcısı kullandığı yönündeki duyurular üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı kararıyla CMK'nın 75/1. maddesi gereğince sanığın vücudundan idrar örneği alınmasına karar verildiği, ancak kararın yasal sürede hâkim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."

⁷¹⁸ CENTEL/ZAFER, s.276. ; "Yargıtay 2. CD.'nin 10.04.2013 tarih ve 2012/21976 E. , 2013/7760 K. sayılı" kararında: "Somut olayda suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hâkim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez' ve 5271 sayılı CMK'nın 206/2-a maddesinde yer alan 'Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur' biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınamayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı

Sonuç olarak temin edilen örnekler hususilik kuralı gereğince yalnızca belirlenmiş olay için karar doğrultusunda ve ancak olayın ispat edilmesi için kullanılmalıdır. Yetkili yargı organı kararına göre belirli bir suçun ispatı için vücuttan alınan örneklerin başka bir suçun ispatı için kullanılması gerekiyorsa yeni bir hâkim kararına ihtiyaç duyulduğu yukarıda belirtilmişti.⁷¹⁹ Hukuka aykırı olarak temin edilen delilin kullanılması durumunda, CMK'nın 141'inci maddesinde bu hususta bir husus bulunmadığından ve hukuka aykırı koruma tedbiri uygulanması söz konusu olamayacağından tazminat istenemeyecektir. Ancak şartlar oluşmuşsa ilgililer genel hükümlere göre haksız fiil hükümleri gereğince tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Tıbbi açıdan bir değerlendirme yapılacak olursa, ilgilinin rıza göstermediği durumlarda muayenesinin yapılması amacıyla zor kullanılması gerekebilir. Bu yapılırken bazı yardımcı araç ve gerecin kullanılması veya ilgilinin bilincine etki eden bir takım ilaçların ilgiliye verilmesi etik ilkelere göre uygun olmadığı gibi taraf olunan bir kısım uluslararası sözleşmelere göre de işkence olarak kabul edilen eylem olarak adlandırılabilirdiği savunulmaktadır.⁷²⁰

Hekim, bir soruşturma kapsamında hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş bir karara rağmen rıza göstermese dahi mağdurun beden muayenesini yapmak zorundadır.⁷²¹ Öğretide bir görüşe göre “Hekim burada bilirkişidir, şüpheli ise onun hastası değil, delil süjesidir. Bu nedenle şüphelinin rızasının bulunmadığından bahisle hekim, şüphelinin cinsel organını muayeneden kaçınmaz. Kaçınması halinde, disipline ilişkin hükümler uygulanabileceği gibi (CMK 71, 60) kamu görevlisi hekim bakımından görevin ihmali davranışla kötüye kullanılması suçunun (257/2) işlenmesi de söz konusu olacaktır.”⁷²²

Öğretide yer alan bir diğer tartışmalı husus da genital muayene yapma suçunun oluşmasının, genital muayeneye gönderme fiilinin gerçekleşmesi şartına bağlanıp

gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

⁷¹⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi..., s.623.

⁷²⁰ FİNCANCI/YORULMAZ, s. 145.

⁷²¹ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.544.

⁷²² KOCA, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hekimin Bilirkişi Olarak Görevlendirilmesi”, “III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (Ed. Nilgün Sarp/Cahid Doğan)”, Ankara 2012, S. 7-19.

bağlanmayacağıdır. Bir görüşe göre genital muayene yapma hareket önceden gönderme hareket ile bağlantılı olarak ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla yetkili hâkim ve savcı dışında herhangi bir kimse tarafından muayene amaçlı gönderme bulunmadığı takdirde hekimin genital muayeneye yönelik yaptığı hareketler TCK m. 287’dek suçu oluşturmaz. ⁷²³ Diğer görüşe göre ise kanun maddesiiki farklı seçimlik hareket öngörmüştür. Bu nedenle muayene yapma fiilinin suç teşkil etmesi gönderme eyleminin varlığına bağlı değildir. ⁷²⁴

Bu görüşe göre yetkili hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararı olmadan kendiliğinden gelmiş bir kişinin de geliş amacı dışında ayrıca genital muayeneye tabi tutulması, örneğin “ensesindeki şişlikten dolayı kendi isteğiyle hekime giden hastanın rızası ve tıbbi bir zorunluluk olmadan hekim tarafından genital muayeneye tabi tutulması” da TCK m. 287’de düzenlenen suçu oluşturur. ⁷²⁵

Bunun yanı sıra yetkili makam, yani hâkim yahut ilgili durumda Cumhuriyet savcısı kararı olmaksızın genital muayene dışındaki “iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” işlemleri yaralama suçunu teşkil edebilecektir. ⁷²⁶

Kanuna uygun bir şekilde alınan bir yetkinin olması durumunda, yetki doğuran hakkını kullanan kişinin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. ⁷²⁷

CMK’nın 80/2 maddesi gereğince “mağdurun beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucundan elde edilen delil veya diğer bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi ile Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve buna ilişkin tutanak dosyada muhafaza edilir.”

4.4.2.3.Hukuki Sorumluluk

CMK’nın 141’nci maddesinde koruma tedbirleri olan “yakalama, gözaltına alma, tutuklama, elkoyma ve arama tedbirinin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu kişilerin zarara uğraması” durumunda bu tedbirlerden birine maruz kalan kişilerin

⁷²³ HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, s.392.

⁷²⁴ KANBUR, s.7-31.

⁷²⁵ DÜLGER, İ., “Genital Muayene Suçu”, s.55.

⁷²⁶ CENTEL, ZAFER, s.308.

⁷²⁷ EKİCİ ŞAHİN, s.32-34.

mağduriyetinin giderilmesinin koşulları ve yargılama usulü, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ila 144. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'nın 141/1 maddesinde sınırlı olarak sayılan durumlar nedeni ile zarar gördüğünü iddia eden kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını talep edebilirler.⁷²⁸

Ancak kanunen bir koruma tedbiri olarak kabul edilmeyen “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma”tedbirinin hukuka aykırıolarak uygulanması nedeniyle zarara uğrayan kişilerin tazminat talebinde bulunamayacaktır. Ancak hekimin, zorunlu olduğu halde tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınması veya hastanın rızasını almadan herhangi bir tıbbi müdahalede bulunması haksız fiil oluşturabilir.⁷²⁹ Genel hükümler çerçevesinde haksız fiil teşkil etmesi durumunda tazminat talebi mümkün olacaktır.⁷³⁰

Sağlık mesleği mensubunun tıbbi müdahalede hata yapması sebebiyle sorumluluğu esasen iki nedene dayanmaktadır, bunlar: Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğudur.⁷³¹ Dolayısıyla tıbbi müdahale nedeniyle zarar gördüğü iddiasına bulunan kişi, sağlık mesleği mensubuna karşı sözleşmeye aykırılığa veya haksız fiile dayanarak dava açabilir.⁷³² Hekimin sorumluluğu, kural olarak sözleşmeden kaynaklanır.⁷³³ Bunun yanında, sözleşme yapılmamış ise, genel hükümlere göre haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Sözleşme yapılmış ise beden dokunulmazlığına karşı tüm müdahalelerde, sözleşme şartlarına aykırı zarar verenbir davranış, sözleşmeye aykırı olmanın yanında haksız fiil demeydana getirir. “Sözleşme ve haksız fiil hükümleri dışında, vekâletsiz iş görme kuralları da uygulama alanı bulabilir.”⁷³⁴

⁷²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZALP, Nabi, “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, “TBB Dergisi 2019 S.145”, s.81-158.

⁷²⁹ YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2010, s.172.

⁷³⁰ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 464 ve 467.

⁷³¹ “Alman Hukuku’nda 2002 yılında yapılan bir reform ile sözleşme ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin farklılıklar büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Bugün için iki sorumluluk türü arasındaki fark, sadece yardımcı personelin sorumluluğu bakımından önem arz etmektedir” SCHUMANN, 154 (Naklen: HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Özel Hükümler, C.II, Ankara 2022, s.1235.)

⁷³² AYAN, s.116.

⁷³³ HAKERİ, Tıp Hukuku Özel Hükümler, s.1235.

⁷³⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku Özel Hükümler,s.1235.

BEŞİNCİ BÖLÜM

VAKA İNCELEMELERİ

5.1. Hâkim Kararına Rağmen Adli Tıp Hekiminin Muayeneden Kaçınması ve Sonrasında Hekim Hakkında Uygulanan Hukuki Süreç

5.1.1. Cumhuriyet Savcısının iddiası(İddianame)

....Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülmekte olan ve cinsel istismara maruz kaldıkları yönünde haklarında iddia bulunan 13, 11 ve 10 yaşlarındaki üç mağdur kız çocuğunun haklarındaki koruma tedbirine istinaden ... Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü bünyesinde koruma altına alınmış olmaları sebebiyle, ... Cumhuriyet Başsavcılığınca 08.01.2013 gün ve 20131 71 sayılı talimatlarında her üç kız çocuğunun cinsel istismara maruz kalıp kalmadıkları hususunda rapor aldırılmasının Cumhuriyet Başsavcılığımızdan talep edildiği ve talimat ekinde ... Sulh Ceza Mahkemesinin 07/01/2013 gün ve ... sayılı kararının eklendiği. Talimat gereğinin yerine getirilmesi bakımından aynı gün talimat evrakının ... Çocuk Şube Müdürlüğüne havale edildiği ve her üç mağdurun muayeneleri yapılmak üzereTıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığına 11/01/2013 günü çıkarıldığı anlaşılmıştır. Ancak günün nöbetçi öğretim üyesi olan yukarıda açık kimliği yazılı şüphelinin her bir çocukla tek tek görüşme yapmasının sonunda, çocukların iç beden ve dış beden muayenesi olmak istemediklerini belirtmeleri sebebiyle muayenelerini yapmadığı, görevli polis memurlarınca tutulan tutanaktan anlaşılmıştır. Aynı günlü şüpheli öğretim üyesi ve günün nöbetçi hemşiresi ve intörn doktorunun birlikte imzaladıkları tutanakta da bu hususun belirtildiği, *"Tıp etiği gereğince, tıbbi muayenenin ancak hasta kabulü halinde yapılabileceği, hastanın zorla muayene edilmesi kavramının tıp öğretisi içerisinde yer almadığı, muayeneyi kabul etmeyen bir kişinin zorla genital iç beden muayenesine maruz bırakılmasının o mağdurda ruhsal travma etkeni olabileceği, yapılacak muayenin mağdurun sağlığını açıkça ve öngörülebilir biçimde tehlikeye düşüreceği"* gerekçeleriyle tıbbi muayeneyi yapmadıklarına dair bir tutanak tuttukları anlaşılmıştır. Bu nedenle tutulan tutanağın akabinde aynı muayenenin, talimat evrakının gereğinin ikmali açısından, Cumhuriyet

Başsavcılığınca başka bir birime yazılmak ve o birim tarafından muayeneleri yapılmak suretiyle talimatın gereğinin yerine getirildiği görülmüştür. Şüpheli öğretim üyesinin talimat ekindeki mahkeme kararının gereğinin bu şekilde yerine getirmemek suretiyle adli görevi ihmal ettiğinden bahisle şüpheli hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında şüphelinin alınan savunmasında özetle; *"Tüm muayenelerde olduğu gibi bu muayeneler öncesinde de muayeneleri yapılacak her bir küçük ile tek tek görüştüğünü, muayenelerin kendilerinin can güvenliği yada vücut bütünlükleri açısından zararlı bir muayene olmadığı, kendi menfaatlerine yönelik olarak kendilerine karşı işlendiği iddia olunan suçun bulgularını bulmaya ve kendi haklarını korumaya yönelik bir muayene olduğunu ısrarla anlattığını, ancak her üç küçüğün de bu muayeneyi olmak istemediklerini, bu durum karşısında istemleri dışında böyle bir muayeneye maruz bırakılmalarının mağdurların ruh sağlıklarını bozacağı kanaatine vardığından muayeneleri yapmadığını beyan ederek, bunun tıp etiği gereği olduğunu, görevini ihmal kastının bulunmadığını bilakis 19:30dan gece yarısına kadar bu iş için görev mahallinde kaldığını, görevini ihmal etmediğini, bu şekildeki davranışının suç oluşturmadığını"* savunduğu anlaşılmıştır.

Savcılık tarafından yapılan değerlendirmede; soruşturma dosyası, ceza muhakemesinin amacı ve genel ilkeleriyle birlikte değerlendirildiğinde; Ceza Muhakemesi, maddi gerçeği arar ve bu uğurda akla uygun, makul ve mantıklı her şeyi delil olarak kabul eder. Ceza Muhakemesinin en temel ögesi olan soruşturma faaliyeti de tamamen kamusal bir faaliyettir. Yani, kamu adına ve kamu yararı gözetilerek yürütülen bir faaliyettir. Bu kapsamda delil elde etme yönteminde de kamu yararı/birey yararı arasındaki ölçü ve denge gözetilmektedir. Somut olayda suçun adı cinsel istismardır ve kendilerine karşı cinsel istismar sergilendiği iddia olduğundan, bu suçun en önemli, şaşmaz ve değişmez delili mutlak surette mağdurlar üzerinde gerçekleştirilecek olan beden muayenesidir. Bu muayene olmaksızın mağdurlara karşı gerçekten cinsel istismar eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği ve gerçekleşmiş ise ne derece gerçekleştiği hiç bir şekilde anlaşılamayacaktır. Her ne kadar yapılacak bu muayene her bir mağdurun kişisel haklarını ve yararlarını zedeleyecek nitelikte bir fiil ise de, bu noktada kamu yararı/birey yararı dengesi ve ölçüsü gündeme gelecektir. Zaten böyle bir hassas noktada bu

muayeneye karar vermeye tek yetkili mercilerin mahkemeler olması da bu sebeptir. Mahkemeden bu hususta alınmış bir karar olduktan sonra Mahkemenin bu kararı verirken kamu yararı/birey yararı ölçü ve dengesini gözeterek bu kararı verdiği kabul edilmeli ve hiç bir şekilde tartışılmaksızın gereği yerine getirilmelidir. Artık bir noktadan sonra bu görevin gereğini yerine getirmekle görevli kişilerin görev hudutlarını aşacak biçimde tıp etiği, hasta hakkı, insan hakkı v.s.gibi kavramları gündeme getirerek görevin gereğini yerine getirmemesine mazeret gösteremeyeceleri bir gerçektir. Hem öte yandan soruşturmanın kamusalılığı ilkesi gereği soruşturmayı yapmakla görevli Cumhuriyet Savcısı bir yandan suç işlediği belli olan kişi aleyhine delil toplamaya çalıştığı gibi, suçu gerçekten işlememiş olan kişi lehine de delil toplamaya çalışması bu sebeptir. Somut olayda haklarında sadece cinsel istismara maruz kaldıkları değerlendirilen mağdurların soyut beyanlarına istinaden muhtemel tutuklu yargılanacak olan şüphelinin de bu noktada sırf bu soyut iddialar sebebiyle haksız yere hürriyetinin kısıtlanması gibi bir durum gündeme gelebilecektir.

Bu itibarla; cinsel istismar suçundan yürütülen soruşturmada hâkim kararıyla mağdurların iç beden muayenelerinin yapılması amacıyla Edirne Cumhuriyet Başsavcılığına yazılan talimat uyarınca mağdurların sevk edildikleri Trakya Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığında görevli öğretim görevlisi olan sanık hakkında mağdurların kabul etmemeleri nedeniyle gerekli muayeneyi yapmamak suretiyle ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işleyen adli tabip hakkında TCK'nın 257/2 maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Sanık savunmasında; “Tıp Etiği ve Çocuk Hakları sözleşmeleri uyarınca zorla beden muayenesi yapılması diye bir kavram tıpta yoktur, tüm uğraşımıza rağmen çocuklar muayeneyi kabul etmemişlerdir, bizim bir hekim olarak başkaca yapacak bir şeyimiz yoktu” şeklinde beyanda bulunmuştur.

5.1.2.Deliller

Bazı olay tanıklarının beyanı alınmıştır. Buna göre tanık .. ; Olay günü ben de görevliydim, sanık asistanları görev için çağırdı, muayene odasında ben de vardım, sanık çocuklara yazı gereğince muayene etmesi gerektiğini, muayenenin nasıl

yapılacağını izah etti, çocuklarda muayene olmak istemediklerini beyan edince çocuklar muayene edilemedi, şeklinde beyanda bulunmuştur.

Tanık .. ; ben de olay yerindeydim, sanık hocamızı ben çağırdım, 3 çocukla uzunca süre tek tek konuşulup anlatılıp konuşulmasına rağmen ikna olmadılar muayene olmak istemediler, bizde bunun üzerine tutanak tuttuk, şeklinde beyanda bulunmuştur.

5.1.3.Mahkeme Kararı(Beraat)

Her ne kadar “sanık hakkında TCK 257/2 maddesi gereğince cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de mağdurelerin muayene olmak istememeleri sanığın mağdureleri ikna etmek gibi bir görevinin bulunmadığı esasen mağdurelerin doktora sevk edilmeden önce muayeneye hazırlanıp kabul etmeleri durumunda sevk edilmesi gerekirken bu işlemin savcılık aşamasında yerine getirilmemiş olması zorla muayene durumun da muayeneden beklenecek fayda ile mağdurelerde oluşacak ruhsal yara karşılaştırıldığında travmanın telafisi mümkün olmayan bir sonuç yaratacağı aşikâr olup sanıkta suç kastı yoktur, bir öğretim görevlisinin göstermesi gereken hassasiyeti göstermiştir” şeklinde bir gerekçe ile yasal unsurları oluşmadığından sanığın beraatine karar verilmiştir.

5.1.4. Yargıtay Kararı (Bozma)

Sanığın mağdurları muayene etmemesi üzerine mağdurların aynı günün gecesinde ... Üniversitesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı Başkanlığı, bir kaç gün sonra da .. Devlet Hastanesi tarafından muayene edilmiş olmaları karşısında, mağdurlara yönelik cinsel istismar suçundan yürütülen soruşturmanın akıbeti araştırılarak delil kaybına veya gözaltı ya da tutukluluğun uzamasına sebebiyet verilip verilmediğinin belirlenmesinden sonra eylem nedeniyle “kamunun zararı veya kişilerin mağduriyetine neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama biçimindeki objektif cezalandırma koşullarından birinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetime imkân verecek şekilde karar yerinde gerekçeleriyle gösterilip değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması” bozma nedeni yapılmıştır.

Bozma kararı sonrasında mahkeme, “atılı suçun oluşabilmesi için maddi unsur olarak kişi mağduriyeti, haksız kazanç ve kamu zararının oluşumunun gerektiği, cinsel istismar iddiasının olaydan çok sonra dile getirildiği, bu sebeple muayene tarihi itibarıyla delil elde etmek imkânının bulunmadığı, kaldı ki istismar eylemlerinin nitelikli olarak gerçekleştirildiği yönünde bir iddianın bulunmadığı, yine bu sebeple yapılacak muayenenin sonuca etkili olmayacağı, ayrıca dosyamıza konu suç yönünden olaydan bir gün sonra cinsel istismar iddiası yönünden ilgililerin adli muayenelerinin yapıldığı cinsel istismar iddiası yönünden herhangi bir bulgu tespit edilemediği görülmüştür. Açıklanan hususlar karşısında atılı suçun maddi unsurlarının oluşmadığı” gerekçesiyle sanığın bir önceki kararda olduğu gibi beraatine karar vermiştir. Mahkemece 12.12.2019 tarihinde verilen bu beraat kararı, temyiz veya istinaf edilmediğinden kesinleşmiştir.

5.1.5.Değerlendirme

Mevcut yasal düzenlemelere göre verilen ilk beraat kararı ve dayandığı gerekçe yerinde değildir. Şöyle ki; CMK’nın 76’ncı maddesi gereğince mağdurun rıza göstermediği hallerde hâkim kararı ile gecikmesinde sakıncalı hal bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının kararı ile bir suç soruşturması kapsamında mağdurun beden muayenesinin yapılması gerekir. Rıza göstermemesi veya direnmesi durumunda ise Yönetmelik’in 18’nci maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi gereğince Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınmak suretiyle mağdur beden muayenesine zorlanabilir. Burada önlemlerin içeriği veya seviyesi hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak mağdurun zorlanmak suretiyle beden muayenesinin yapılmasında bir sakınca yoktur.

Ancak olayın özelliği dikkate alındığında Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü bünyesinde koruma altına alınmış olan 13, 11 ve 10 yaşlarındaki üç mağdur kız çocuğunun sırf yurttan kaçmaları nedeni ile ortada bir suç isnadı olmaksızın hâkim tarafından iç beden muayenelerinin yapılmasına karar verilmesi ölçülülük ilkesine aykırıdır. Beden muayenesi tedbiri yukarıda da ifade edildiği gibi özü itibarı ile bir koruma tedbiridir. Hâkim bu yönü ile değerlendirme yaparak olayda mağdur çocukların iç beden muayenesine yönelik savcılık talebini reddetmeliydi.

Bunun yanında adli tabipin "*Tıp etiği gereğince, tıbbi muayenenin ancak hasta kabulü halinde yapılabilmesi, hastanın zorla muayene edilmesi kavramının tıp öğretisi içerisinde yer almadığı, muayeneyi kabul etmeyen bir kişinin zorla genital iç beden muayenesine maruz bırakılmasının o mağdurda ruhsal travma etkeni olabileceği, yapılacak muayenenin mağdurun sağlığını açıkça ve öngörülebilir biçimde tehlikeye düşüreceği*" şeklindeki gerekçeli bir şekilde muayeneden kaçınması da yasal olarak kabulü mümkün bir mazeret olmasına rağmen tabip hakkında kamu davası açılması hususu yerinde değildir. Nitekim Yargıtay bozma kararı sonrasında olayda kamu zararı gerçekleşmediği gerekçesiyle atılı görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığından beraat kararı verilmiştir.

5.2.Cinsel İstismar Suçunda Mağdurun Beden Muayenesinden Kaçınması ve Olay ile ilgili Yapılan Yargılama

5.2.1. Cumhuriyet Savcısının iddiası(İddianame)

18.07.2013 günü saat 17.30 sıralarında meydana gelen "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Nitelikli Cinsel İstismara teşebbüs, Tehdit ve Kasten yaralama" olayı ile ilgili olarak; Mağdur ...'un alınan beyanında olay günü parkta annesi ile birlikte otururken daha sonra çaycılık yaparken abisi olan M'nın dükkânına çay getirip götürürken gördüğü şahsın "bir dakika yanıma gelir misin, seninle bir şey konuşacağım" diyerek yanına çağırdığını, şahsın yanına gittiğinden kolundan tutarak zorla arabasının içine bindirdiğini, mağdurenin kendisini bırakmasını istediğinde aracın kapılarını kilitletiği, daha sonra Lüleburgaz istikametinden çevre yoluna çıkarak ...köy köyüne doğru aracı sürdüğü, tarlalık daha önce hiç gitmediği bir arazide aracı durdurarak "birlikte olalım ne istersen veririm" dediği, mağdurenin bakire olduğunu söylemesi üzerine ters ilişki istediği, mağdurenin kabul etmediği, şüphelinin tamamen üzerindeki elbiseleri çıkartarak soyunduğu, mağdureyi saçlarını çekerek ve yüzüne tokat atarak darp ettiği, mağdurenin aldırılan doktor raporunda BTM ile giderilebilir şekilde yaralandığı, sonra mağdurenin üzerinde bulunan eşofman ve iç çamaşırını çıkardığı, göğüslerini sıkarak ilişkiye zorladığı, mağdurenin kabul etmemesi üzerine "o zaman ağzına alacaksın, o şekilde boşalacağım dediği, ancak mağdurenin reddetmesi üzerine mağdurenin sırtına masturbasyon yaparak boşaldığı, mağdurenin üzerinde bulunan tişört ile sildiği, akabinde mağdureyi tekrar araca bindirerek eğer

polise gidersen seni yatağından aldırırım, ...'da 2 tane tanıdığım var, seni onlara aldırırım" şeklinde tehdit ettiğini söylediği, mağdurenin iç beden muayeneyi kabul etmediği, bakire olduğunu söylediği, bundan dolayı konunun tüm çıplaklığı ile herhangi şüpheyi mahal vermeyecek şekilde ortaya çıkartılabilmesi amacıyla Sulh Ceza Mahkemesinden 22.07.2013 tarihli 2013/288 Değişik İş Kararı ile CMK 'nın 76 ve CMK 'nın 77. Maddesi uyarınca cinsel muayenesinin yapılması istendiği, ancak mağdurenin iç beden muayenesi yapılmasına izin vermediği,

Mağdurun ... Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Sağlık Kurulu raporu ile mağdurenin ruh ve beden sağlığında bozulma olmadığı, ruh sağlığı bakımından kendini savunabilecek durumda olduğu kanaatine varıldığı,

Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan tahkikatta Adli Tıp Kurumundan alınan raporda mağdurun elbiselerindeki doku örnekleri ile şüpheliden alınan kan örneklerinin uyuştugu bu şekilde şüphelinin mağdurenin elbisesinin boşaldığının tespit edildiği,

İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünden alınan raporda olay sonrası yeşil not kâğıdındaki yazının incelenmesi ile söz konusu yazının mağdurun ile mahsulü olduğunun anlaşıldığı, şüphelinin not kâğıdı hakkındaki beyanın bu şekilde doğrulandığı,

Şüphelinin üzerine atılı olan suçları müşteki beyanı, mağdur beyanı, doktor raporu, Olay ve Rızaen Teslim Tutanağı, adli sicil ve nüfus kayıt bilgileri ile tüm hazırlık evrakı kapsamından anlaşılmıştır.

... Cumhuriyet Başsavcılığının 18.12.2013 tarih ve 2013/2364 Esas sayılı iddianamesi ile “Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı (Teşebbüs), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Basit Yaralama, Tehdit” suçlarından yürütülen soruşturmada, 18.07.2013 tarihinde meydana gelen olayla ilgili Türk Ceza Kanunu 103/2, 35, TCK 106/1, TCK 86/2, TCK 109/1, TCK 53, 63, CMK 325 maddeleri gereğince cezalandırma istemli kamu davası açılmıştır.

5.2.2. Şüphelinin Cumhuriyet Başsavcılığında Savunması

Şüpheli ... 'nın alınan beyanında abisi olan ...'nın berber dükkânını ziyarete gittiği zamanlarda kahvede çalışan mağdur ile kendisinden sigara istemesinden ve sohbet

etmelerinden dolayı tanıdığını, kendisinin tuvalet ihtiyacını gidermek için Çamlık Aile çay bahçesine gittiğini, ... ile annesini 2 erkek şahıs ile konuşurken gördüğünü, mağdurenin kendisini görerek nereye gittiğini, kendisinin de çarşıya gittiğini söylemesi üzerine mağdure ...'i aracını aldığını, ...'nin kendisine Çevre yolundan gitmesini istediğini, ...'nin para ile erkeklerle birlikte olduğunu bildiğini, ...'nin kendisine "cebinde ne kadar paran var" diye sorması üzerine kendisinin de 150 TL parasının olduğunu ancak 100 TL verebileceğini söylediği, ...'nin bunu kabul ederek, kendisinin daha önce hiç gitmediği ...'nin tarif etmesi ile ...köy yolunda bulunan anız tarlasının gittiklerini, aracından kilim alarak yere serdiğini, ...'in alt eşofman ve iç çamaşırını çıkarması üzerine ilişkiye girecekleri sırada kötü bir koku geldiğini, şüphelinin mağdurenin ...'lı olduğunu öğrenmesi üzerine ilişkiye girmekten vazgeçerek tekrar araca binerek ... ilçesine geri döndüklerini, ...'in kendisinden 1 paket sigara istemesi üzerine bakkala girerek sigara aldığını bakkalda aldığı bir not kağıdına ...'in kendi el yazısı ile telefon numarasını yazdığını üzerine atılı olan suçlamaları kabul etmediğini ifade etmiştir.

5.2.3.Yargılama Aşamasında Katılan Sıfatıyla Mağdurun Beyanı

Katılan mahkeme huzurunda alınan beyanında "Ben ...'de bir kahve dükkânında çalışırken sanıkta kahveye yakın abisinin berber dükkânına gidip gelirken görüşmüştü, ama hiçbir zaman konuşmuşluğumuz olmamıştı, olay günü evden çarşıda parkta bulunan annemin yanına yolda giderken sanık araç ile yanıma geldi, "ne kadar istiyorsun gel vereceğim" dedi, ben red ettim, böyle biri değilim dedim, sonra ben annemin yanına parka gittim, parkta da şahsı birkaç kez uzaktan gördüm, parkta tek başına duruyordu, annem ile belli bir süre parkta oturduktan sonra ben arkadaşım ile buluşmak üzere annemin yanından ayrıldım, ... sanayisinin orada köprünün yanına geldiğimde şahsı yine araç ile gelerek yanımda durdu, "buraya gel sana bir şey söyleyeceğim, gelmezsen seni yatağından aldırırım, evine kadar gelirim" dedi, bende korktum, arabanın yanına yaklaştığımda arabanın dışına çıkıp beni arabanın arka koltuğuna içeriye soktu, sonra hareket etti, araç ile İstanbul istikametine gidiyordu, araçta "eşim hamile beni rahatlatmak zorundasın" diyordu, belli bir süre sonra anayoldan bir tarlaya doğru ayrıldı, kimsenin göremeyeceği bir yere gelince arabayı durdu, arabadan indik, bana tekrar ilişkiye girelim dedi ve

“bakireyim, ilişkiye girmem” dedim, o da bana ters ilişkiye girelim dedi, bunu da kabul etmedim, “hatta ben hastayım” dedim, beni kollarımdan tutarak zorla yere yatırdı, beni tüm vücudum çıplak olacak şekilde üstümü çıkarttı, o ayakta pantolonun fermuarını açarken ben kalktım kaçtım, arabanın etrafında beni iki tur kovaladı, cep telefonum elimdeydi, bir ara durduk, tekrar konuşmaya başladık, ben bu sırada arkadaşım ...’e beni kurtarın diye mesaj çektim, sanık Soner “eğer benimle ilişkiye girmezsen, seni buradan çıplak bir şekilde çobanlara veririm” diyordu, ben yerden kaçarken elime şortumu da almıştım, şortumu da hemen giydim, iç çamaşırim ve pet orada kalmıştı, “gel sana kıyafetlerini vereyim” dedi, külotum ve pet dışındaki eşyalarımı bana verdi, araca bindik, biraz gittikten sonra tekrar durdu, “sen benim erkeklik gururum ile oynadın” dedi, ben ön koltukta otururken başım arabanın kapısının iç kısmına gelecek şekilde eğdi, kendisi mastürbasyon yaparak sırtıma kıyafetlerimin üzerine boşaldı, sonrada gittik, ilk tarlada durduğumuzda arabanın etrafında beni kovaladıktan sonra bana tokat atmıştı, sonra beni getirip mahallede bıraktı" şeklinde beyanda bulunmuştur.

Katılan mahkeme huzurunda sorulan bir soru üzerine "*Olay öncesinde sanık S....i kahvede çalıştığım zamanlarda berberlerde görmüşlüğüm vardır, ama konuşmuşluğüm yoktur, olay günü kızım ... ben parkta otururken yanıma geldi belli bir süre birlikte oturduk, ... sonrasında ben arkadaşımın yanına gidiyorum diyerek yanımdan kalktı, ben halen parkta otuyordum, ... yanımdan kalktıktan yarım saat sonra ...'in arkadaşı olan ... beni cep telefonumdan aradı, "...'in başı dertteymiş yetiş" dedi, bende hemen polise gittim, olay ile ilgili bilgim bundan ibarettir*" şeklinde beyanda bulunmuştur.

5.2.4. Sanığın Mahkemede Alınan Savunması

Sanık ... Mahkeme huzurunda alınan savunmasında "Üzerime atılı suçu kabul etmiyorum, daha önce bu konuda savunma yapmıştım, aynen tekrar ederim, kesinlikle ben böyle bir şey yapmadım, ben bu kızı ağabeyimin berber dükkânının hemen karşısında çaycı da çalıştığı için tanırım, ağabeyimin berber dükkânına çay servisi yapmıştır, olay günü ben çay bahçesine tuvalet ihtiyacımı gidermek için gitmiştim, çıkarken arkamdan yanıma yaklaştı, nereye gidiyorsun dedi, çarşıya gideceğimi söyleyince beni de bırakır mısın dedi ve birlikte bana ait araca bindik,

oradan onu zorla arabaya bindirme gibi bir şey söz konusu olamaz, oldukça kalabalık bir yerdir, şehir merkezine giderken gören olur diye beni şehir dışından götür diyince başka yola saptık, araba içinde paraya ihtiyacı olduğunu, 150-TL' karşılığında benimle cinsel ilişkiye gireceğini söyledi, bende bu paranın çok olduğunu söyledim, 100-TL ye anlaştık, beni daha önce hiç gitmediğim bir yere götürdü, arabadaki kilimi yere serdim, soyundu, iç çamaşırında pet görünce hasta mısın dedim, bana son günü bir şey olmaz dedi, ben kabul etmedim, sonra 300-TL karşılığında ters ilişkiye girebileceğini söyledi bunu da kabul etmedim, ben çıplak olarak gördüğüm mağduru görünce tahrik oldum ve boşaldım, mağdurun bana verdiği tişört ile kendimi sildim, tişörtün üzerinde bulunan bana ait meni lekesi bu nedenle çıkmış olabilir, kesinlikle kendisine zorla tecavüz etmedim, her şey kendi isteği ile olmuştur, daha önce de birkaç kişiyi bu şekil düşürüp onlardan maddi menfaat temin ettiklerini duymuştum, gittiğimiz yer de birçok kişi ile mesajlaştığına şahit oldum, sorduğumda bana diğer kişiler arıyor dedi, olay yerinde terliğini, iç çamaşırını bıraktı, kendisine neden almıyorsun dediğimde eski dedi, ben buna rağmen terliklerini arabaya koydum, daha sonra şehir merkezine kendisinin istediği yere bıraktım, benden kendisine sigara almamı istedi, aldım, benden telefon numaramı istedi, kendisine veremeyeceğimi söyledim, bu sefer kendisi kendi el yazısı ile bir kâğıda telefon numarasını yazarak bana verdi, o zaman yarın ararsın beni dedi, bende inşallah dedim, benim arabamdan inip başka bir arabaya binerek ayrıldı, üzerime atılı suçu kabul etmiyorum, suçsuzum beraatıma karar verilmesini talep ediyorum" şeklinde savunmada bulunmuştur.

Sanık Müdafii Av.... Esas Hakkındaki Savunmasında : "Mütalaaya katılmıyoruz, yazılı savunmalarımızı tekrarla, müvekkilimin mağdurun gönlü ile olay yerine gittiği ancak mağdurun regl olması sebebi ile ilişkiye giremedikleri, müvekkilin mastürbasyon yolu ile boşaldığı, mağdurun rızası bulunması sebebiyle eylemin suç oluşturmadığı ve beraatının gerektiği kanaatindeyiz, bu nedenle müvekkilimin beraatına, mahkeme aksi kanaatte ise eylemin en fazla TCK. nun 105. maddesindeki fiilleri oluşturabileceği gözetilerek tüm lehe hükümler ayrı ayrı uygulanmak sureti ile TCK.nun 105. maddesi uyarınca hüküm kurulmasını talep ediyoruz" şeklinde savunmada bulunmuştur.

5.2.5. Deliller

5.2.5.1.Yazılı Deliller

Sanığa ait nüfus ve sabıka kayıtları,

Olay yeri inceleme raporu,

Mesaj tespit tutanağı,

Genel adli muayene raporları,

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesinin 19.09.2013 tarih ve B.03.1.ATK.0.08.00.00/2013-74323/2314 sayılı raporu,

Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Sağlık kurulunun katılan ... hakkında tanzim ettiği, 23/09/2013 tarihli katılanın maruz kaldığı cinsel istismar suçu nedeniyle ruh sağlığında bozulma olmadığı, ruh sağlığı bakımından kendini savunabilecek durumda olduğunu bildirir raporu,

İstanbul Emniyet Müdürlüğü İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün 11/10/2013 tarih ve BLG-2013/11321 uzmanlık numaralı bahse konulu el yazıların ... isimli şahsın eli ürünü olduğunu bildirir uzman incelemesi raporu,

...Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığının 07/11/2014 tarihli katılan ...'un muayene olmak istemediğini bildirir tutanağı ve 07.11.2014 tarih 49562677/2014-269 sayılı yazıları,

... Devlet Hastanesinin 16.04.2015 tarih ve 73912978/705 sayılı ... isimli hastaya himen muayene yöntemi anlatıldığını ve muayene olmak istemediğini bildirir raporu,

Dosyada bulunan diğer tüm bilgi belgeler ve tutanaklar.

5.2.5.2.Sözlü Deliller

Tanık ... Beyanında : "... benim arkadaşım olur, olay günü ...'lerin evinde birlikte kahvaltı yaptık, öğleye doğru ben ...'in yanından ayrıldım, evimize gittim, ...'de annesinin yanına gidecekti, öğleden sonra ...'den bir mesaj geldi, sonrasında peş peşe kısa olarak mesajlar atıyordu, birkaç kez de ben mesajlarına cevap yazdım, ancak mesajlarıma cevap gelmedi, bende bunun üzerine ...'in annesini arayıp

durumdan haberdar ettim, sonra birlikte karakola gittik, biz karakoldayken tekrar ... beni aradı, mahalledeki caminin oradayım gelip beni alın diyordu ve telefonda ağlıyordu, gittiğimizde üstü başı dağınık bir vaziyetteydi" şeklinde beyanda bulunmuştur.

Tanık ... Beyanında : *"Sanığı tanımıyorum. Katılanı 6 yaşından beri tanırım. Ben esnaflık yaptığım için sık sık yanıma gelip giderdi. Benim dava konusu olayla ilgili görgü ve bilgiye dayalı hiçbir bilğim yoktur. ben bu olayı meydana geldikten 3 ay sonra öğrendim. Katılanla sanık arasında başkaca bir münasebete de tanık olmadım. Zaten 2013 yazında ben katılanla konuşmuyordum. Biz küsmüştük, daha sonra barışınca bana kendisi anlattı. Soner adında birinin kendisine tecavüz etmeye çalıştığını zorla arabaya bindirmek istediğini söyledi. ...köy yolunda bir yere götürdüğünü söyledi, başkaca bir bilğim yoktur" şeklinde beyanda bulunmuştur.*

5.2.6.Cumhuriyet Savcısının Yargılama Sonunda Alınan Mütalaası

Sanık ... her ne kadar üzerine atılı suçlamaları ret etmiş ise de alınan savunmasında olay yerine mağdurun rızası ile gittiğini, ancak sonradan mağdurun vazgeçtiğini ve dönmek istediğini ikrar ettiği, bu şekilde sanığın mağduru rızası dışında zorla tutmaya çalıştığı ve mağduru basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı, ardından adli tıp kurumundan alınan rapordan da anlaşılacağı üzere mastürbasyon yapmak sureti ile mağdurun sırtına boşaldığı, bu şekilde mağdur beyanlarının doğru olduğu ve itibar edilmesi gerektiğinden sanığın üzerine atılı suçlardan TCK.nun 35/1-2 delaletiyle 103/2 ve 109/2-3-f,5 maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesini kamu adına talep ve mütalaa etmiştir.

5.2.7.Delillerin Tartışılması, Değerlendirilmesi ve Mahkeme Kanaati

Tüm dosya kapsamı incelendiğinde; Sanığın savunmasında önceden tanıdığı mağdur ...'in yanına gelerek nereye gittiğini sorduğunu, çarşıya gideceğini söyleyince beni de bırakır mısın dediğini, mağdur ...'in rızası ile araca bindiğini, mağdur ...'in 150,00-TL karşılığında cinsel ilişkiye gireceğini söylediğini, kendisinin bu paranın çok olduğunu söylediğini ve 100,00-TL 'ye anlaştıklarını, daha önce gitmediği bir yere gittiklerini, yere kilim serdiklerini, mağdur ...'in soyunduğunu, regl olduğunu anlaması sebebiyle kendisinin ilişkiye girmek istemediğini, bu defa mağdur ...'in

300,00-TL karşılığında ters ilişkiye girebileceğini söylediğini, kendisinin kabul etmediğini ancak tahrik olarak boşaldığını, mağdurun verdiği tişört ile sildiğini, gittikleri yerde mağdur ...'in pek çok kişi ile mesajlaştığını, sorduğunda diğer kişiler arıyor dediğini, şehir merkezine geri geldiklerinde mağdur ...'in kendi el yazısı ile telefon numarasını yazıp verdiğini, yarın ararsın dediğini, mağdur ...'in rızası dışında bir şey yapmadığını beyan ettiği, mağdur ...'in ise beyanında olay öncesinde sanığın kendisini yolda yürürken görüp araçla durarak ne kadar istiyorsun gel vereceğim dediğini, kendisinin reddederek yoluna devam ettiğini, bilahare sanığın kendisini... sanayi köprüsü civarında yeniden görerek tehditle ve zorla arabaya bindirdiğini, araçta sanığın kendisine beni rahatlatmak zorundasın dediğini, tarlaların olduğu yerde durduklarını, sanığın ilişki teklif ettiğini, kendisinin bakire olduğunu söyleyerek izin vermediğini, sanığın ters ilişkiye girelim diyerek kendisini zorla yere yatırdığını, bu esnada kendisinin kaçmayı başarak arabanın etrafında tur attığını, bu esnada durup konuştuklarını, kendisinin de arkadaşı olan ...'e beni kurtar diye mesaj çektiğini, bilahare arabaya bindiklerini, sanığın kendisine gururumla oynadın diyerek kendisini eğdiğini ve mastürbasyon yaparak üstüne boşaldığını, sanığın kendisini araba etrafında kovaladığı sırada tokatta attığını beyan ettiği, tanık ...'in beyanında mağdur ...'in kendisine mesaj yazarak yardım istediğini, bu sebeple mağdur ...'in annesine haber vererek karakola gittiklerini, daha sonra mağdur ...'in telefon ederek gelip beni alın diye yerini söylediğini, mağdur ...'in yanına gittiklerinde kıyafetlerinin dağınık vaziyette olduğunu beyan ettiği,

Mağdur ...'in hazırlık aşamasının en başından bu yana bakire olduğunu beyan ettiği ancak bu yönde muayene edilmesine izin vermediği, muayenesini yapacak olan doktorlara direndiği, mahkemece bu muayenenin mutlaka yapılması yönünde karar verilmesi üzerine mağdur ...'in mahkemeye başvurarak suç tarihinden sonra bekâretinin izole olduğunu, bu sebeple muayene olmak istemediğini, hazırlık aşamasında bakire olmasına rağmen ailesinin kendilerini rezil etmemesine dair telkini sebebiyle muayene olmadığını beyan ettiği, bu hususta tutanak düzenlendiği, böylece mağdurun bakire olmadığının kendi beyanı ile tespit edildiği, oysa mağdurun tüm aşamalar boyunca bakire olduğu hususunda yalan beyanda bulunduğu,

Mağdur ...'in sanığa telefon numarasını yazarak vermediği hususunda beyanlarda bulunduğu ancak kriminal rapor ile mağdurun sanığa verdiği iddia edilen telefon numarasının mağdur tarafından yazıldığı hususunun belirlendiği,

Mağdur ...'in tanık ...'in telefonuna gönderdiği mesajların telefon cihazında görülerek tutanak altına alındığı, bu mesajlarda mağdur ...'in tanık ...'e M... ismiyle hitap ettiği, bir mesajda "ya bıraktı beni bir yerde" şeklinde yazdığı, toplam mesaj sayısının 6 adet olduğu, gözetildiğinde; Sanığın mağdur ...'in para karşılığı cinsel ilişkiye girmek istediğine dair savunmasının mağdurun bakire olması halinde hayatın olağan akışına aykırı olacağı ancak mağdurun bakire olmadığına yine mağdurun beyanı ile tespit edildiği, sanığın mağdura ait telefon numarasının mağdur tarafından yazılarak daha sonra görüşmek üzere kendisine verildiğini savunduğu, kriminal rapor ile bu telefon numarasının mağdur tarafından yazıldığı belirlendiği, mağdurun olay sırasında... isimli tanığa 6 kez mesaj gönderebilmesinin mağdurun anlatısındaki gibi bir zor altında bulunmadığına işaret ettiği, mesaj içeriklerinin... isimli tanığın mağdur ...'in nerede olduğunu bildiğine işaret eder nitelikte olduğu, mağdur ...'in mesajlarda tanık ...'e M... ismi ile hitap ettiği, bu halde mağdur ...'in beyanlarını doğrulayan tanığın takma isim kullandığının anlaşıldığı, tanık ...'in takma isim kullanmasının da sanığın mağdur... ve tanık ...'in para karşılığı cinsel ilişkiye giren kişiler oldukları iddiasını kuvvetlendirdiği, sanığa isnat edilen eylemlerin tek delili mağdur ...'in beyanları iken ve mağdur ...'in bakire olmamasına rağmen bakire oluşunu söyleyişi, kendi el yazısı ile telefon numarasını yazıp sanığa vermesine rağmen bu hususu dahi inkar edişi gözetildiğinde mağdur ...'in beyanlarının şüphe ile karşılanması gereken beyanlar olduğu, sanığın mağdurun rızası ile hareket ettiğine dair savunmasının aksinin mahkumiyete yeter derecede kanıtlanmadığı, sanığın cinsel ilişkiye girmeye dair niyetinin teşebbüs aşamasına dahi gelmemesi sebebiyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun da gündeme gelmeyeceği anlaşıldığından sanığın üzerine atılı suçlardan beraatına dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

Sanık ...'ın üzerine atılı “Çocuğun Cinsel İstismarı ve kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma suçlarını işlediğine dair mahkûmiyetine yeter her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden CMK 223/2-e maddesi uyarınca beraatine” karar verilmiştir.

5.2.8.Değerlendirme

Olayın değerlendirilmesinde; mağdurun sanık tarafından nitelikli cinsel istismarının konu olduğu yargılama dosyasında, soruşturma aşamasında genital muayeneye rıza göstermemesi üzerine genital muayenesi yapılamamıştır. Açılan kamu davası sonrasında; yargılamayı yapan ağır ceza mahkemesinin ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde genital adli muayene kararı verdiği kanaatine ulaşılmıştır. Şöyle ki; yaşanan olayda mağdur, “sanığın kendisinin sırtına masturbasyon yaparak boşaldığını” beyan etmiştir. Başkaca cinsel eyleme maruz kalmadığını ifade etmiştir. Bu durum karşısında mağdurun zorla genital muayenesine karar verilmesi yerinde değildir.

5.3.Mağdurun Kanuni Temsilcisinin İç Beden Muayenesine Rıza Göstermemesi

5.3.1.Cumhuriyet Savcısının İddiası (İddianame)

Mağdurun fotoğrafçılık öğrenmek için şüphelinin yanında bulunduğu, tarafların arkadaşlıklarının zamanla sevgililiğe dönüştüğü, bir süre sonra şüphelinin mağdura kızlık zarını bozmayacağını söyleyerek cinsel ilişkiye girmeyi teklif ettiği, mağdurun da buna rıza göstererek ilk defa 2019 yılı Aralık ayında mağdur 14 yaşındayken, şüphelinin cinsel organını mağdurun vajinasına sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdikleri, mağdur ile şüphelinin toplamda iki defa cinsel ilişkiye girdiği, mağdur ile şüphelinin ikinci cinsel ilişkilerinin ise 2020 yılının sevgililer günü olan 14.02.2020 tarihinde yaşandığı, 30.01.2005 doğum tarihli olan mağdurun ikinci defa cinsel ilişkiye girdiği tarihte 15 yaşını doldurmuş olduğu ve cinsel ilişkiye rızasının bulunduğu ancak mağdur çocuğun ve annesi olan müştekinin şüpheliden şikâyetçi olmuşlardır.

Şüphelinin alınan savunmasında kendisinin tur fotoğrafçısı olduğunu, mağduru da bir tur sırasında görüp tanıştıklarını, zamanla sevgili olduklarını, sadece birlikte uyuduklarını ancak cinsel ilişkiye girmediklerini beyan ederek üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiştir.

Sonuç olarak mağdur çocuğun tutarlı, mantıklı ve güvenilir anlatımları, aralarında herhangi bir husumet bulunmayan mağdurun şüpheliye iftira atması için bir sebep bulunmadığından şüphelinin savunmasının suçtan kurtulmaya yönelik olduğunun değerlendirildiği, tüm dosya kapsamından şüphelinin, henüz 14 yaşındaki mağdur ile

vajinal yoldan cinsel organını sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girmesinin TCK'nun 103/2. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğunun, mağdur 15 yaşını doldurduktan sonra ikinci defa mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin de TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğunun değerlendirildiği, şüphelinin sevk maddesinde yazılı maddeleruyarınca cezalandırılması istemi kamu davası açılmıştır.

5.3.2.Beden Muayenesine Dair Ağır Ceza Mahkemesi Kararı

Adli Tıp Kurumu İstanbul Şube Müdürlüğüne iddianame örneğiyle birlikte sevk edilerek CMK 76 ve 77. maddeleri gereğince vajinal ve anal muayenesinin yaptırılarak cinsel saldırı suçuna ilişkin tesbit edilecek hususların rapor edilmesinin istenmesine, sonrasındaen yakın Hastaneye sevk edilerek kemik yaşının tesbiti için yaş tesbitine esas olmak üzere kemik grafisinin çektilmesine, Mağdure çocuk hakkındaki kemik grafisi raporsuz geldiği takdirde duruşma günü beklenmeksizin Adli Tıp Kurumu Adli Tıp 6. İhtisas Kuruluna dosya örneği ve grafisiyle birlikte gönderilerek suç tarihindeki yaşının tespitinin istenmesine karar verilmiştir. Ancak ..Devlet Hastanesi hekimlerince mağdurun kanuni temsilcisinin anal ve genital muayeneyi kabul etmemesi sebebiyle muayenenin yapılmadığına dair gerekçesiz bir tutanak ile mahkemeye yanıt verildiği tespit edilmiştir.

5.3.3. Adli Tıp Kurumu Cevabı

Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 27.01.2021 tarihli; mağdur ile yapılan görüşmede; *“Şişli’de annesi ile yaşadığını, ..’lı olduğunu, 2 yıldır Türkiye’de olduklarını, 17 yaşında olduğunu, 9. sınıfa gittiğini, özel bir okula gittiğini (anadolu lisesi ?), anne ve babasının boşandığını, babası ile görüşmediğini, annesi, 2 ablası ve anneannesi ile yaşadığını, annesinin kuaför olduğunu, hastalık ve psikiyatrik hastalık öyküsü olmadığını, sigara, alkol ve uyuşturucu madde kullanmadığını söylediği, olay sorulduğunda; “... fotoğrafçı, turda tanıştık, sevgili olduk, evine gittim. “Evleniriz” dedi, “bunda üzülecek bir şey yok” dedi, kaç kere birlikte olduk bilmiyorum, çok kez oldu. Kanamam oldu, annem telefonda hamilelik testi bakılan fotoğrafı gördü, şikâyet etti. Sonra görüşmedik. Sonra bana mesaj attı, ...’a kaçtı, kaçak. Eskiden üzülüüyordum, şimdi üzülmiyorum, bu benim hatam, ben beraber gittim.” şeklinde anlattığı, bilişsel yetilerin değerlendirilmesinde; Türkçe okuma ve yazma bildiği,*

“5+3=8”, “10-3=7” işlemlerini yapabildiği, ...ın ve Türkiye’nin başkentini bildiği, Cumhurbaşkanı’nı bildiği, “kalp kırmak” deyimini açıklayabildiği, zekâsının Normal Zekâ Kapasitesi olarak değerlendirildiği, kişi ile genital muayene öncesi yapılan görüşmede; Aralık 2019’dan 5-6 ay önce Haziran 2019 gibi tanıştıklarını, turda tanıştığını, bu kişinin fotoğrafçı olduğunu, Aralık 2019’da sevgili olduklarını, ön bölgeden cinsel birliktelik yaşadıklarını, penisinin tam olarak cinsel organına girdiğini, prezervatif kullanmadığını cinsel organına herhangi bir şey sürüp sürmediğini görmediğini, peçeteye boşaldığını, aynı gün içinde 3-5 kez ilişkiye girdiklerini, kendisinin kanaması olduğunu, bu kanamanın avuç içi kadar kırmızı renkli olduğunu, kanamasının bir kaç gün devam ettiğini, bu birliktelikten sonra Şubat ayında tekrar bir araya geldiklerini, başka hatırladığı cinsel ilişkileri olmadığını, annesinin telefonunda hamilelik testini görmesi üzerine ne olduğunu sorduğunu, kendisinin anlattığını ve annesinin polise şikâyet ettiğini, arka bölgeden cinsel ilişki yaşamadıklarını, ön bölgeden olan her ilişkide cinsel organının tamamen girdiğini, her ilişkide kanaması olduğunu, bu kişiden önce herhangi biriyle cinsel ilişki yaşamadığını, kendisine karşı cinsel davranışı olan başka kimse olmadığını, bu ilişkisinden gebeliğinin olmadığını, adetlerinin düzenli olduğunu, ilk adet gördüğünde 9 yaşında olduğunu, muayeneyi kabul etmek istemediğini ifade ettiği, kişiye genital muayenenin nasıl yapılacağını anlatıldığı, kişinin ve velisinin genital muayeneye onam vermemesi nedeniyle genital muayenenin yapılamadığı”na dair muayene kaydı tespiti yapılmıştır.

Sonuç değerlendirmede; Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Kurulunca 10.02.2021 tarih ve .. sayılı görüşünde “Aralık 2019 ve 14.02.2020 tarihlerinde mağduru bulunduğu (Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Çocuğun Nitelikli Cinsel istismarı) olayı nedeniyle, vajinal ve anal muayenesinin yapılarak cinsel saldırı suçuna ilişkin tespit edilecek hususlar hakkında rapor düzenlenmesi istenilen ... kızı, .../2005 doğumlu ...’nın, iddia edilen en son olay tarihinden yaklaşık 1 yıl sonra 27/01/2021 tarihinde Kurulumuzca yapılacak olan genital muayeneye onam vermemesi nedeniyle kişinin genital muayenesinin yapılamadığı, dava dosyasının tetkikinde de kişi hakkında düzenlenmiş herhangi bir genital muayene raporuna rastlanılmadığı, dolayısıyla kişinin anal veya vajinal yoldan cinsel istismara maruz kalıp kalmadığı hususunda Kurulumuzca tıbben görüş bildirilemediği” ifade edilmiştir.

5.3.4. Mağdurun Beyanı

İlk Beyanında: “Ben..., 15 yaşındayım, Mecidiyeköy’de annem, anneannem ve iki teyzem ile birlikte yaşıyorum, babam ..'dadır, onunla görüşmüyorum, ...'da okula gitmiştim ancak Türkiye'ye geldikten sonra okula gitmedi, ...benim sevgilimdi. Bunu annem de biliyor, annem ilişkimize karşı çıktı, ... ile 4 aydır sevgiliyiz, annem benim telefonumda hamilelik testi görünce polisi aradı, ... de Mecidiyeköy’de oturmaktadır, onunla fotoğrafçıda tanıştık, ..ile üç kez evinde cinsel ilişkiye girdim, bu ilişkilerin hepsi bir ay önce ve aynı gün gerçekleşti, biri vajinal ikisi anal yoldan oldu, ... ile rızam dahilinde ilişkiye girdim, .. herhangi bir şekilde beni zorlamadı, ben ... şikayetçiyim,“şeklinde beyanda bulunmuştur.

Sonraki Beyanında: “... benim annemin tanıdığı birisidir, ben fotoğrafçılık öğrenmek için onun yanına gittim, bana sevgili olmayı teklif etti, ben bunu anneme sordum, onay verdi, bir süre arkadaşlık yaptıktan sonra bana ilişkiye girmeyi teklif etti, bana kızlığını bozmayacak şekilde ilişkiye gireceğimizi söyledi, sonra ilişkiye girdik ancak benim bekaretimi bozdu, sonra bana bunu anneme söylememem için daha önce almak istediğim bir oyuncakçı aldı, oyuncaktan kastım bir hamilelik testi idi, sonra ben bu testi kullandım, sonucunu fotoğraf çektim, annem bu fotoğrafı görünce olayı öğrendi, ben de olayı anneme anlattım, ... bana seni seviyorum, seni istemeye geleceğim gibi şeyler söyledi,bana olayı kimseye anlatma vs gibi şeyler söylemedi, biz iki kere ilişkiye girdik, ilki ...'in ...deki evinde gerçekleşti, sanırım 2019 yılı Aralık ayı idi, yılbaşına iki hafta kalmıştı, öğleden sonra saat 6 civarı idi, ... korunmak için herhangi bir şey kullanmadı, benim bir miktar kanamam oldu, ... dışarı boşaldı, bu ilişki benim rızam dahilinde gerçekleşti, ancak bana kızlığını bozmayacağını, sadece sürteceğini, içime organını sokmayacağını söylemişti, bu sırada evde ..'in iki arkadaşı vardı ancak onlar evliydi ve kendi odalarında kaldılar, ikinci ilişki ise 2020 yılının sevgililer günü olduğu gün, yani 14.02.2020 tarihinde ...'in yeni evinde gerçekleşti, bu ev de ...'de idi, bu kez evde beş kişi vardı, hepsi erkekti, orda da ilkine benzer şekilde ilişkiye girdik, ... bana beni sevdiğini, benimle evleneceğini söylemişti, bu nedenle ikinci kez evine gittim, bu ilişkide de rızam vardı, benim rızam dışında bir şey yaşanmadı, bundan sonra ...'i hiç görmedim, ...'de ..'lıdır, 32 yaşındadır, ben ...'den şikayetçiyim, ben bunun dışında böyle olaylar daha önce yaşamadım. .” şeklinde beyanda bulunmuştur.

5.3.5. Sanık Savunması

*“Ben yukarıda vermiş olduğum adreste ikamet etmekteyim. Türkçe okuma yazma bilmiyorum. İfade Tercüman ... isimli şahıs huzurunda vermek istiyorum. Türkiye'ye yaklaşık 1 sene önce ...dan hava yolu ile İstanbul Havalimanına geldim. Ben İstanbul ilinde tarihi yerlerde tur ile gelen şahısların fotoğraflarını çekerim. ...isimli şahsıda bir tur sırasında gördüm ve tanıştık. Kendisi ile yaklaşık 3 aydır sevgili olarak görüştük 2 ay kadarda iş dolayısıyla görüşmelerimiz devam etti. Hatta ... isimli şahsın annesi isimli şahıs kızıma da iş bul senin gibi çalışsın dedi. ...benimle birlikte 1 ay kadar alıştırma sürecinde yanımda çalıştı. ... sürekli yanıma gelirdi bazen birlikte bile kalırdık. 1 ay boyunca yanımda kalmışlığı bile olmuştur. Bu 3 aylık süre zarfında kız arkadaşım evime gelip kaldığın da ya da ziyaretime geldiğinde birlikte cinsel anlamda birlikte olmadık. Sadece birlikte uyuduk cinsel ilişkiye girmedik. Ben vajinal yada anal bir ilişki yaşamadım kendisini de bu ilişkiye zorlamadım. Sadece evime geldiğinde kız arkadaşım .. ile yan yana uyuduk. Bugün ise 13.03.2020 günü saat gece 01.30 gibi .. annesi ... isimli şahıs evime geldi. Ben kapıyı açtığımda direk içeri girdi ve bana şen nasıl kızım ile ilişkiye girersin diye bağırıp beni darp etmeye başladı. Benim açıklama yapmama izin vermedi. Daha sonra ... annesi ... isimli şahıs polisleri aradı. Ben ... isimli şahıs ile cinsel ilişkiye girmedim kendisini hiçbirşeye zorlamadım. Üzerime atılı suçlamaları kabul etmiyorum.”*Şeklinde beyanda bulunmuştur.

5.3.6. Deliller

Mağdur hakkında düzenlenen adli rapora göre ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 13.03.2020 tarih ve bila sayılı raporunda; *“Darp-cebir raporu almak için polis eşliğinde gelen şahsın darp raporu yoktur. Yapılan fizik muayenede yeni gelişen darp-cebir izine rastlanılmamıştır. GKS:15, vitaller stabil, akciğer sesleri dinlemekle doğal, ral, ronküs duyulmadı. Batın rahat. Rebound, defans yok. Kas kuvveti bilateral 5/5. Nörolojik muayenesi doğal, durum bildirir geçici hekim raporudur.”* Şeklinde tespit yapılmıştır.

5.3.7. Değerlendirme

Olayın değerlendirilmesinde; 14 yaşındaki mağdurun sanık tarafından çocuğun

nitelikli cinsel istismarının konu olduğu yargılama dosyasında, soruşturma aşamasında kanuni temsilcisi annesi tarafından genital muayenesine rıza gösterilmemesi üzerine muayene yapılmadan açılan kamu davası sonrasında; yargılamayı yapan ağır ceza mahkemesinin olayın üzerinden hayli zaman geçmesine rağmen adli tıp kurumuna müzekkere yazarak genital adli muayene talep edilmiştir. Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Dairesinin kurul görüşünde olayın üzerinden geçen zaman ve mağdur ile kanuni temsilcisinin rızasının olmaması nedeni ile cinsel istismar suçu yönünden herhangi bir değerlendirme yapılamacağı ifade edilmiştir. Görülüyor ki; burada kanuni boşluk veya mevcut yasal düzenlemelerin çakışması veya farklı uygulama anlayışı nedeni ile yargılama süreci tıkanmaktadır. Dosya kapsamındaki delillere göre sanık hakkında mağdurun somut delillerle desteklenmeyen soyut beyanı dışında delil bulunmamaktadır. Mahkeme bu durumda beraat kararı vermek ile karşı karşıya kalacaktır.

5.4.Mağdurun Beden Muayenesine Gelmemesi ve Adli Tıp Görüşü(Devam Eden Yargılama Dosyası)

5.4.1. Soruşturma Konusu Olay

.. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen bir soruşturmada; şüphelinin suç tarihinde Gürpınar Mahallesi ... Caddesi mevkiinde ikamet eden mağdura bakıcılık yaptığı, 22.08.2019 günü şüphelinin bakıcılık yaptığı sırada mağduru elleriyle darp ettiği iddiaları ile mağdurun annesi olan müştekinin şikâyetçi olmuştur.

... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma kapsamında; şüphelinin alınan savunmasında üzerine atılı suçlamayı kabul etmediği ancak mağdurun kesin doktor raporuna göre “basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde” yaralandığı tespit edilmiştir.

Ancak hekim raporunda mağdurun %85 engelli olduğu belirtilmiş ise de engellinin ne olduğuna ilişkin bir raporu dosyaya sunmadıkları, bunun yanı sıra mağdurun kendisini ruhen ve bedenen savunup savunamayacağına ilişkin raporu alınmak istendiğinde yapılan çağrılara rağmen gerekli müracaatta bulunmadıklarının görüldüğü tespit edilmiştir.

Mağdur hakkında muayeneye sevk edilmek üzere müracaat etmemesi üzerine,

hâkimlik kararı alınarak zorla adli rapor alınması maksadıyla, Cumhuriyet Başsavcılığınca mağdurun %84 engelli olduğunun belirtildiği ancak mağdurun muayene için rızası alınması hususunda yapılan işlemlerde mağdurun gerekli başvuruda bulunmadığı görüldüğünden; mağdurun ruh ve beden bakımından kendisini savunup savunamayacağına ilişkin CMK 76. madde uyarınca ilgili birimlerden rapor alınması için karar verilmesi hususu talep edilmiştir.

5.4.2 Hâkim Kararı

Sulh Ceza Hâkimliğince ise; mağdurun ruh ve beden bakımından kendisini savunup savunamayacağına dair rapor alınması hususunun C. Savcısının genel soruşturma ve delil toplama yetkisi kapsamında olduğu, CMK'nın 76 ncı maddesindeki düzenlemenin “mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine” ilişkin olduğu, bu suretle talebin usul ve yasaya uygun olmadığı kanaatine varıldığından talebin reddine dair aşağıdaki karar verilmiştir.

5.4.3. Adli Tıp Görüşü

Bu husus ilgili olarak Adli Tıp Kurumu Başkanlığından görüş istenmiştir. Adli Tıp Kurumunun 26.01.2021 tarihli soruşturma dosyasına verdiği cevabında; “*Adli tıbbi muayene; özelliği itibariyle muayene edilen kişinin rahat bir ortamda ve muayene eden hekimle iş birliği içinde yürütülmesi gereken bir işlemdir. Muayene ortamının rahat olmadığı veya muayene edilecek kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda muayene sırasında kişinin sağlığına zarar verebilecek durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple Adli Tıp Kurumu'na Mahkemeler ve Cumhuriyet Savcılıklarınca muayeneye gönderilen kişilerin muayenelerinin yapılabilmesi için kişilerin rıza göstermelerinin esas olduğudüşünölmektedir.*” şeklinde görüş belirtilmiştir.

5.4.4. İddianame

Şüpheli ...'in tarihinde yukarıda yazılı mağdur ...'e yönelik olarak basit yaralama suçunu işlediğinden bahisle dosyanın soruşturma bürosunca uzlaşma bürosuna

gönderildiği,

Atılı suçun uzlaşma kapsamında bulunduğu ve Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK'nın 253 ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği gereğince uzlaştırmacı görevlendirilerek uzlaştırma sürecinin işletildiği ancak uzlaştırma sürecinin olumsuz neticelendiği,

Şüphelinin suç tarihinde Gürpınar Mahallesi ... Caddesi Beylikdüzü mevkiinde ikamet eden mağdura bakıcılık yaptığı, 22.08.2019 günü şüphelinin bakıcılık yaptığı sırada mağduru elleriyle darp ettiği iddiaları ile mağdurun annesi olan müştekinin şikayetçi olduğu, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma kapsamında; şüphelinin alınan savunmasında üzerine atılı suçlamayı kabul etmediği ancak mağdurun kati hekim raporuna göre “basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralandığının” tespit edildiği, her ne kadar mağdurun %85 engelli olduğu belirtilmiş ise de engellinin ne olduğuna ilişkin bir raporu dosyaya sunmadıkları, bunun yanı sıra mağdurun kendisini ruhen ve bedenen savunup savunamayacağına ilişkin raporu alınmak istendiğinde yapılan çağrılara rağmen gerekli müracaatta bulunmadıklarının görüldüğü, bu nedenle şüphelinin üzerine atılı suçun TCK madde 86/2 kapsamında değerlendirilmiştir.

Şüphelinin anlatılan şekilde mağduru yaralamak suretiyle üzerine atılı suçu işlediği yukarıda yazılı deliller ile tüm soruşturma evrakı kapsamında anlaşılmıştır.

5.4.5. Değerlendirme

Bilindiği üzere; Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen “mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alma”, işlenen suçun aydınlatılması, failin tespitinde ve ceza muhakemesinin ana amacı olan maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında etkili bir yöntemdir. İşlenen suçtan dolayı mağdurun vücudunda iz kalması mümkündür. “Mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” işleminin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıdığı da açıktır. Burada ceza muhakemesi kanununda düzenlendiği üzere hâkim kararı ve gecikmesinde sakıncalı hal olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile mağdurun beden muayenesi yapılabileceği gibi bedeninden örnek alınabilir.

Adli Tıp Kurumu cevabı bağlamında yapılan değerlendirmede; hâkim veya

Cumhuriyet savcısı kararı olsa bile hekimin mağdurun rızasının olmaması durumunda muayeneden kaçınacağı aşikârdır. Fakat bu husus kanunda aranan kriterlere uygun değildir. Bu durum soruşturma makamlarını uygulamada soruşturmayı tamamlayamama durumu ile karşı karşıya bırakmaktadır.

5.5.Soy Bağının Tespiti için Vücuttan Örnek Alınmasına İlişkin Hekim Hakkında Çekinme Nedeniyle Açılan Kamu Davası

5.5.1. İddianame

... Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen babalık davası gereğince DNA incelemesine esas olmak üzere kan örneğinin alınması için hastaneye sevkinin yapıldığı ve 2 kez bu yönde yazı yazıldığı, ancak Adli Tıp Anabilim Dalının "kişinin kan alınmasına izin vermediğinden" bahisle işlemi yapmaması üzerine hakkında suç duyurusunda bulunulduğu, yargılama aşamasında ATK'dan alınan raporda; rızası olmaması durumunda şahsın zarar göreceğinden bahsedildiği, oysa kan veya doku örneği alınması istenen kişinin evlilik dışı doğan çocuğu tanımayan kişi olduğu, Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesine göre çocuğun ana-babasını bilme hakkının olduğu, 5013 sayılı yasanın 5'nci maddesine ATK raporu dayanak oluştursa da, aynı sözleşmenin 26/1 md uyarınca "sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında kısıtlamalar yapılabileceğinin" hükme bağlandığı, "kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kısıtlama getirilebileceği" hükme bağlandığından raporun dayanaktan yoksun olduğu ve sanığın eylemine uyan 257/1 md uyarınca cezalandırılması talep edilmiştir.

5.5.2. Sanık Savunması

Sanık ... Adli Tıp Anabilim Dalı başkanı olarak görev yaptığını, test yapılması için gönderilen şahsın muvafakat etmediği, hekimlik ettiği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kabul edilen ilgili maddeleri uyarınca ve zorla kan almanın şahsın sağlığına zarar verebileceği düşüncesiyle, şahsın rızası dışında işlem yapamadıklarını savunmuştur.

5.5.3. Mahkeme Kararı

Mahkeme dosyası .. ATK'ya gönderilerek, zorla kan almanın ne gibi hasar ve arızalara yol açabileceği, kan dışında alınan doku örnekleri ile soy bağının tespitinin mümkün olup olmadığı sorulmuş, ... ATK'nun 07.12.2009 tarih ve 2219 sayılı raporunda; kanun ve uluslararası sözleşmeler gereğince şahsın rızası dışında tıbbi müdahalenin yasaklandığı, şahıstan zorla kan alınmasının ekimoz, sıyrık, stres bozukluğu ve hatta ölüme yol açabileceği, kan dışında zorla doku (ağız içi sürüntü, saç kılı gibi) alınmasının da şahısta bedensel zararlar doğurabileceği belirtilmiştir.

Dosyada toplanan tüm delillerden, iddia, sanık savunması, hazırlıkta tutulan tutanaklar, ... ATK'nun raporu ve diğer delillerden; sanığın ... Adli Tıp Anabilim dalı başkanı olarak görev yaptığı, ... ASHM'nde açılan babalığın tespiti davası nedeniyle baba olduğu iddia edilen şahsın mahkemece Adli Tıp sevk edilerek kan alınarak DNA testinin istendiği, bu işlemin 2 kez yapıldığı, Adli Tıp Kurumunun kişinin kan vermeye razı olmadığından işlemi gerçekleştiremediğini bildirmesi üzerine sanık hakkında suç duyurusunda bulunularak kamu davasının açıldığı, yargılama aşamasında ATK'ya müzekkere yazılarak rapor istendiği, 07.12.2009 tarihinde düzenlenen raporda; rıza olmadığına yani şahsın direnç göstermesi durumunda şahsa zarar verileceğinin mütalaa edildiği, bu durumda sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği kesin kanaati belirtilmiştir.

5.5.4. Yargıtay Kararı

Yargıtay 4'ncü Ceza Dairesinin “11.03.2013 tarih, 2011/5356 Esas ve 2013/6985 Karar sayılı” kararında; Soybağına ilişkin davalar hakkındaki ispat hukuku kuralları Medeni Kanununun 284. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: Madde 284: “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:

1. Hâkim maddi olguları resen 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.”

Diğer taraftan, sonraki tarihli olup ispata ilişkin kuralları özel olarak düzenleyen ve 6100 sayılı HMK’nun “Soybağı tespiti için inceleme” başlıklı 292/1. maddesinde; “Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden tehlike oluşturmamak şartıyla herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.” hükmü yer almakta ise de uyuşmazlığa konu eylem tarihi itibarıyla konunun yürürlükte bulunan Medeni Kanun hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Medeni Kanunun 284. maddesi uyarınca “ taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü kılınmışlar ise de, davalının bu yöndeki araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi durumunda sonucun aleyhine değerlendirilebileceği” öngörülmekle, davalı hakkında bu uygulama için zor kullanılamayacağı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan zor kullanmanın yasal ve gerekli bulunduğu durumlarda da Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun bu dosya hakkındaki 07.12.2009 tarih ve 2281 sayılı görüşünde açıklandığı üzere, soy bağıının tespiti amacıyla sadece kan örneği alınması gerekli olmayıp, ayrıca kişiye daha az sıkıntı verebilecek olan bukkal sürüntü (ağız içerisinden her iki yanak iç yandan özel applikatörü vasıtası ile alınan sürüntü) örneği veya (çekilerek alınan) köklü saç kılı örneği vb. yöntemler kullanılabileceği gibi, zor kullanma görev ve yetkisi de hekime verilemez. Burada ilgili mahkeme kararını uygulama ve bu konudaki tedbirlerin alınması hususunda görevli ve yetkili söz konusu mahallin C. Başsavcılığıdır.

İncelenen dosyada mahkeme yazısında “kan örneği alınması için davalının rızasının alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmiş ise de, yazı gereğini yerine getirmekle yükümlü bulunan C. Başsavcılığınca doku örneğinin zorla alınabilmesi için gereken önlemlerin de alınmamış bulunması karşısında, ilgilinin rızasının bulunmaması nedeniyle sağlığı bakımından tehlike oluşturmadan doku alamayan adli tıp uzmanı sanığın eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu

oluşturmayacağı” anlaşılmakla, eyleme yönelik temyiz iddiaları yerinde görülmemiştir.

5.5.5. Değerlendirme

Görüldüğü üzere her ne kadar mahkeme kararı farklı gerekçeye dayansa da Yargıtay kararına göre vücuttan örnek alınmasında zor kullanma görev ve yetkisinin adli tabipte olmadığı, ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli Cumhuriyet Başsavcılığınca ve kolluk görevlilerince gerekli tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilerek beraat kararı onanmıştır. Kanaatimizce isabetli bir Yargıtay kararı olmuştur.⁷³⁵ Mahkeme kararının beraat kararını dayandırdığı gerekçe ise; somut olaya özgü bir şekilde ilgili kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığı açısından tehlike oluşturması gerektiği halde adli tıp görüşünün kan veya kıl alınmasının genel olarak kişinin sağlığı açısından tehlikeli olabileceği görüşüne dayanarak beraat kararı verilmesi yerinde olmamıştır.

⁷³⁵ Yargıtay benzer bir kararında, 14 CD., E: 2015/8254, K: 2019/12152, T.05.11.2019: “Sanıklar Y., E. ile R. haklarında mağdureler I. ile G.’ya yönelik nitelikli cinsel saldırı suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Mağdureler Irına ile Galina’nın soruşturma evresinde muayeneye rıza göstermedikleri için gerekli muayene ve incelemelerin yapılamaması, sanık Ahmet’in diğer sanıkların eylemlerine yönelik savunmasının kapsamı ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanıkların üzerlerine atılı nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediklerine dair cezalandırılmalarına yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozma nedeni yapılmıştır.”

SONUÇ

Ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik koşullar, hukuk eğitimi ve yargı sistemi hususunda belirli sorunlu durumlar vardır. Yargı çalışanlarına yönelik birçok güncel eleştirinin olduğu bir gerçektir. Bunlardan ilki, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yoğun iş yükü nedeniyle birçok kararda şablon gerekçeler ile insan kokusundan uzak ve tekdüze kararlar verdikleri, ikincisi ise, çoğunlukla davalar uyuşmazlığın çözülmesi ve tarafların tatmin olmasından ise dosyanın kapatılması veya terfiye esas yeterli karar sayısına ulaşılması maksadıyla neticelendirilmektedir. Son olarak, yargı mensuplarının uğradıkları mesleki dezenformasyon nedeniyle hukuki olmaktan uzak, hukuk dünyasına herhangi katkı amacı gütmeyen, sadece kanuna uygunluğu esas alan ve üst mahkemenin görüşünün bütünüyle benimsendiği bir yargılama anlayışının yıllarda görülmektedir. Bu bakış açısı ile hazırlanan bu tezin yargı mensuplarına ve sağlık çalışanlarına yol gösterici olması umut edilmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi Ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları şeklinde düşünülen çalışmamız 5 bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, kavramlar, ikinci bölümde, “mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ile ilgili tıp hukuku ve diğer belirleyici ilkeler, üçüncü bölümde, tedbirin tıp hukuku ve adli tıp uygulamaları yönünden değerlendirilmesi, dördüncü bölümde; mağdurun beden muayenesinde ve örnek alınmasında karşılaşılan zorluklar ve mağdurun rızasının soruşturma işleminin uygulanmasına etkisi incelenmiştir. Beşinci bölümde konumuz ile ilgili, uygulamadan örnekler içeren, özgün 5 ayrı vaka incelemesi yapılmıştır. Bu dava veya soruşturmalara konu olaylar ile başlatılan hukuki süreçler mevcut kanuni düzenlemeler, yüksek yargı kararları bağlamında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise, tez yazım sürecinde, kanunda ve ilgili mevzuatta yer alan düzenlemeler ile ilgili aksaklıklar ve bunların uygulamaya yönelik olumsuz etkileri bağlamında görüş ve öneriler belirtilecektir.

Bilindiği üzere “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” bir suçla ilgili olarak delil elde etmek amacıyla vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahale içeren koruma tedbiri niteliğine de haiz karma nitelikli bir işlemdir. Bu işlemin amacı delil elde etmek

veyaelde edilen delilleri karşılaştırmak amacıyla şüpheli, sanıkveya diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri ile vücutlarından örnek alınmasını sağlamaktır.

Öncelikli sorun, CMK'nın 76. maddesinde diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri başlığı altında mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması düzenlenmiştir. Maddenin içeriğinde, mağdur ve soybağı araştırılacak çocuğun beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasından bahsedilmektedir. Buna göre madde başlığı diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması ise de içerik ile başlığın uyumlu olmadığı görülmektedir. Hatta Yönetmelik'te açıkça “mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” şeklinde belirtilerek bu eksiklik giderilmeye çalışılmış fakat Yönetmelik ve kanun maddesi arasında bir çelişki daha ortaya çıkarılmıştır.

Yine söylenebilir ki; Yönetmelikte kanunda belirtilen başlık genişletilmek suretiyle kanunun sınırlarının aşıldığı tespit edilmiştir. Yönetmelikler, kanunda düzenlenmiş olan bir müessesenin uygulanmasını göstermek ve bu hususta uygulayıcıya yol göstermek ve işini kolaylaştırmak için çıkarılır. Ancak burada ana eleştiri, kanaatimizce kısıtlı düzenleme yapılması itibari ile kanun maddesine yapılmalıdır. Uygulamada genellikle mağdurun “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” ile elde edilecek delil karşımıza çıkmaktadır. Diğer kişilerin kanunda düzenlenmesinde mahsur olmamasına rağmen, uygulamada istisnai olarak bu kişiler hakkında söz konusu tedbir ile delil elde etme yöntemine başvurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda; kanun düzenlenmesi yeniden ele alınarak “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması” yerine “mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması” şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Mağdurun beden muayeneleri vevücuttan örnek alma işlemini kimin yerine getireceği hususundadır. Bu işlemler CMK'ya göre net bir şekilde hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılabilecekken, Yönetmelikteise bu işlemlerin sadece hekim(tabip) tarafından yapılabilmesi ile sınırlanmaktadır. Kanaatimizce; hekimlerin ağır iş yükü ve soruşturma işleminin özellikleri dikkate alınarak bu işlemlerin sadece hekim ile sınırlandırılması yerinde değildir. Bu sebeple,

Yönetmelik düzenlemesinin ve uygulamasının gözden geçirilerek kanuna uygun olarak hekim veya sağlık mesleği mensubu olarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

Koruma tedbirleri, kanun gereğince kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren, bir suç soruşturması kapsamında temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan hukuki uygulamalardır. Nitelikleri itibari ile koruma tedbirleri belli bir yoğunlukta suç şüphesinin olması durumunda, görünüşte haklılık ve ölçülülük ilkelerine uygun olarak hükmedilen, gecikmeksizin uygulanan fakat geçici olan soruşturma işlemleridir. Bu yönü ile beden muayenesi hukuki nitelik bakımından koruma tedbiridir.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere “beden muayenesi ve vücuttan örnek alma” bir koruma tedbirinin niteliği ciddi anlamda ağır basmaktadır. Çünkü bu soruşturma işlemi kişi hürriyetini belli oranda kısıtladığı gibi, bir koruma tedbirinin sahip olduğu zorlama unsurunu içinde barındırmaktadır. Kanaatimizce kanun düzenlenmesinin CMK’nın sistematığına göre bulunduğu yer dikkate alındığında, bu işlemle birlikte aynı bölümde düzenlenmiş olan gözlem altına alınma, keşif ve otopside oldukça farklı olduğu aşîkârdır. Bu sebeple söz konusu müessesenin CMK’nın koruma tedbirlerini düzenleyen bölümünde ifade edilen tedbirlerin koşullarına daha uygun olduğu düşünölmekle, koruma tedbirlerinin düzenlendiği bölümde ele alınması daha yerinde olacaktır.

CMK’nın 76’ncı maddesinin başlığının “diğer kişiler” olarak düzenlenmesine rağmen madde metninde diğer kişilerin alt kimliklendirmesi olarak sadece mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasından bahsedilmiştir. Kanunda belirtilmemesine rağmen mağdur dışında diğer kişiler olarak tanık ve tanık olmayan üçüncü kişiler diğer kişiler kapsamına girmektedir. Yönetmelik’in 7’nci maddesinde ise mağdur ve diğer kişiler birlikte anılmıştır. Burada da mağdur dışındaki kişilerin kimler olduğu belirtilmemiştir.

Bu bağlamda yapılan değeriendirmede; kanun metninde olmayan diğer kişilerin “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ”Yönetmelikle düzenlendiğinden AY’nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” nı düzenleneyen 17’nci maddesi ve “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması”nı 13’ncü maddesine aykırıdır. Şöyle ki; Anayasamız gereğince temel haklar ancak kanunla sınırlandırılacağından

mağdur dışındaki kişilerin “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”tedbirinin Yönetmelikte düzenlenmesi yerinde değildir. Bu hususun, diğer kişileri de kapsayacak şekilde kanun metninde düzenlemesi gerekmektedir.

Mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında ceza muhakemesi hukuku açısından bir hukuka uygunluk sebebi olan rızanın, hem ceza hukuku hem de tıp hukuku ve bu kapsamda tıbbi müdahaleler ve mağdur açısından öneminin daha ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlenerek ortaya konulması gerekir. Son dönemde mağdurların anılan tedbire rıza göstermemesi sık sık uygulamada karşılaşılan bir sorun haline almıştır. Hekimin hukuki sorumluluğu açısından tıbbi müdahale olan muayene veya örnek alma işlemi sırasında veya sonrasında kanuna aykırılık veya mağdurun haklarına ilişkin olumsuz bir durum ortaya çıktığında hekimde tereddüt oluşturmayacak bir kanuni düzenleme gereği ortadadır. Bu düzenleme ile söz konusu olabilecek tıbbi müdahale sebebiyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin hangi koşullarda sorumluluğunun doğacağı anlaşılır olmalıdır.

Uluslararası ve iç hukuk düzenlemelerinde hekime hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin göstereceği rıza göstermesi durumunda müdahaleye izin verilmektedir. Kişiye rızası dışında uygulanacak herhangi bir tıbbi müdahalede hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Tüm bu sebeplerle, rıza yapılacak kanuni düzenlemede özel bir yer almalı ve özellikle mağdur açısından ayrıca düzenlenmelidir. Aksi durumda yukarıda değinilen açıklamalar, ilkeler ve vaka örnekleri gereğince ilgili hekimlerin hukuki sorumluluğu günden güne vahim boyutlara taşınacaktır.

Usulüne uygun bir hâkim veya Cumhuriyet savcısı kararı ile mağdurun muayeneye zorlanabileceğine ilişkin bir düzenleme kanunda yoktur. Yönetmeliğin 18. maddesinde rıza göstermeyen mağdurun muayene işleminin gerekli tedbirler alınmak suretiyle yapılabilmesi düzenlenmiştir. Fakat Yönetmelik’te bunun ne şekilde sağlanacağını ayrıntısından bahsedilmemiştir. Sadece maddede kararın infazından söz edilmiştir. Yönetmelikte eksik düzenlenmesinin yanı sıra beden muayenesinin rıza olmaması durumunda nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemenin, tedbirin özelliği itibari ile kanunda hükme bağlanması gerekmektedir.

Soruşturma işleminin önemi ve ceza hukukunun zorlayıcılığı dikkate alındığından kanunla mağdurun rızası olmamasına rağmen muayene edilmesi hususunda bir

düzenleme getirilmesi ve mağdurun bu yönde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorlanması mümkündür. Yürürlükten kaldırılan İstanbul sözleşmesinde dahi yasal düzenlemeler gereğince hastanın muayene olmayı reddetmesinin olanaklı olmayabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle zorla yapılacak muayenenin Yönetmeliğinin 18'nci maddesi yerine kanunda düzenlenmesi oldukça yerinde olacaktır.

Alman CMK'nın 81c/6'ncı maddesine göre kişinin hakkında bulunan hâkim kararına rağmen muayneye rıza göstermemesi ve kararın uygulanmasına direnmesi durumunda Alman CMK'nın 70. maddesine göre disiplin para cezası uygulanacağı, para cezasının tahsil edilemediği durumlarda ise disiplin tutuklaması kararı verilebileceği düzenlenmiştir.⁷³⁶ Kanunumuzda buna benzer bir değişiklik yapılmasının yerinde olacağı değerlendirilebilir.

Ayrıca anılan Yönetmelik maddesinde muayenenin yapılması için gereken işlemlerin uygulanması sırasında beden muayenesinin yapılmasına rıza göstermeyen kişiler bakımından mağdur veya şüpheli ayrımına gidilmemiştir. Bir başka deyişle zorla muayene edilecek kişinin şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişiler olması aynı nitelikte görülmüştür. Kanaatimizce çok ciddi bir eksiklik olan bu durumun da düzeltilmesi gerekir. Bu tedbirin zorla uygulanması hususu kanunda düzenlendiğinde; mağdur ve şüpheli yönünden rızalarının olmaması durumunun ayrı ayrı ele alınması gerekir.

CMK'da 75 ve 76'ncı maddelerde “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” farklı maddelerde ve farklı kıstaslarla düzenlenmiş olup, mağdur ve diğer kişiler yönünden koşulları daha sıkı unsurlarla belirlenmiştir. Bu yönü ile rızası olmayan kişiye zor kullanılması durumunda mağdur, şüpheli veya sanık ayrımı yapılması önemlidir. Her şeyden önce suç işleme şüphesi altında bulunmayan mağdur bakımından, eğer beden muayenesine rıza göstermezse bunun kendi aleyhine ve genellikle şüphelinin lehine olacağı düşünülebilir. Mağdur bu durumu kendisi usulüne uygun bir bilgilendirme ile takdir edecek konumdadır. Bu yönü ile şüpheli ile aralarında pozitif ayrımcılık yapılması gereği savunulabilir.

⁷³⁶ YENİSEY/OKTAR, s.52,53.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması özü itibari ile bir koruma tedbiri özelliği taşımaktadır. Bir suç soruşturmasında mağdur açısından herhangi bir yükümlülük söz konusu olmazken öğretide ağır basan görüşe göre şüpheli veya sanığa ise bir “katlanma yükümlülüğü” yüklenmektedir. Ancak bu durum şüpheli ya da sanıktan, muhakeme işlemlerine aktif bir biçimde katılması olarak yorumlanamaz. Bu bağlamda rıza olmaksızın zorla muayenesi söz konusu olan mağdur ve şüpheli veya sanık ayrımı yapmayan Yönetmeliğin 18. maddesinin katlanma yükümlülüğünün şartlarının belirtilmemesi anlamında da eksik olduğu savunulabilir.

Mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenleyen CMK’nın 76’ncı maddesinde tedbirin şüpheli veya sanık dışında kalan herkes hakkında uygulanmasına yönelik olduğundan kanun maddesinde diğer kişilerin net olarak belirtilmesi şeklinde değişikliğe gidilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca diğer kişiler ve mağdur bakımından, muayene ve örnek alma işleminin ceza alt sınırına dayalı bir uygulama gereği öngörülmemiş olması da bir eksiklik olarak ele alınabilir.⁷³⁷

Bununla birlikte mağdurun beden muayenesine konu suçlara ceza alt sınırı getirilebileceği gibi belirli suçlarda mağdurun rızasının olmadığı durumlarda muayenesinin yapılamayacağına kanun düzenlenmesinde yer verilebilir. Uygulamada mağdur kadınların genital muayenesi veya bekâret kontrolü yapılması ciddi sorunlara ve mağdur kadınlarda bir takım travmalara neden olmaktadır. Yönetmelik veya kanunda bunu zorunlu olarak yaptırmayı öngören düzenlemenin, suçlar kapsamında güncellenmesi durumunda ise bazı suçlar yönünden rıza olmaması durumunda muayene yapılamaması imkânı ortaya çıkarabilir.

Zorla “beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınması”nın sadece şüpheli veya sanıkla sınırlı olarak kanunla düzenlenmesine dair öğretide bir kısım görüşler bulunsa da; kanaatimizce mağdurların da belirli suçlar yönünden zorlanması ceza soruşturmasının etkinliği açısından oldukça önemlidir.

Kadının muayenesinin CMK’nın 77’nci maddesinde, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Ancak kanunumuzda tek taraflı tanınan bu hak, Alm. CMK’nın 81d maddesinde her iki

⁷³⁷ Bkz. DURSUN, s.2992

cinsiyete sahip kişilerin tercihine göre olacağı şeklinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce, CMK’da Alman uygulamasına paralel ve “cinsiyet ayrımı gütmeyen bir değişikliğe gidilmesi, insan hakları bağlamında güncel gelişmelere uygun olacağından”oldukça yerinde olacaktır. Bu yönü ile erkek şahıslara da bu yetki ve imkân tanınmış olacaktır. Ayrıca beden muayenesi, olanaklar el verdiği sürece muayene edilenin cinsiyetine uygun bir hekim tarafından yapılmalıdır, herhangi bir istemin aranması bu hususta etken olmamalıdır.

Beden muayenesinde hem mağdur hem de şüpheli veya sanık için birçok düzenleme Yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, 3’üncü maddede kanun kapsamında bulunmayan bedenin tıbbi muayenesi gibi kavramlara yer verilerek kanunda olmayan bir terim kullanılmıştır. Bu düzenleme ile kanun kapsamı yönetmelikle genişletilmiştir. Ayrıca dış beden muayenesine ilişkin usul ve esaslar kanunda düzenlenmemiştir. Kanun düzenlemesinde bu hususların dikkate alınması gerekmektedir.

Kanunda “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”nda yapılacak tıbbi müdahalenin sınırı, “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması” olarak belirlenmiştir. Aynı hususta Yönetmeliğin 4 ve 5’ inci maddelerinde “açıkça” ibaresine yer verilerek kanunun kapsamı daraltılmıştır. Tekraren, yukarıda ifade edildiği üzere bu tür düzenlemeler“temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini” öngören ve Anayasanın 13’üncü maddesinde yer alan “kanunilik ilkesine” aykırıdır. Bu yönüyle Yönetmelik maddesine göre yapılan hukuki tasarruflar düzenlemedeki eksiklikler ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına müdahaleyi öngören eylemin kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir.

“Beden muayenesinin ve vücuttan örnek alma”, yukarıda da belirtildiği gibi net olarak kişilerin vücut bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşıması itibari ile CMK’da düzenlenmesi yerindedir. Fakat bu hususta daha ayrıntılı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğu uygulamada çıkan sorunlardan anlaşılmaktadır.

Yukarıda ifade edilen ilkeler, yüksek yargı ve AİHM kararları ışığında ifade etmeliyiz ki; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına dair soruşturma işlemlerinin uygulanması temel hak ve özgürlükler bağlamında çok yönlü

müdahaleler gerçekleştirmektedir. Bu sebeple, kanunda söz konusu tedbirlerin belirliliğinin sağlanması, uygulama ile görevli kolluk ve ilgili sağlık personelinin bilinçlendirilmesi gerekir. Yargı mensupları ise, verilen kararları verirken olay ve mevcut delilleri sadece kanun değil, ölçülülük ilkesi çerçevesinde özenli bir şekilde değerlendirmelidir. Söz konusu tedbirlerin hukuka aykırı bir şekilde uygulanmasından dolayı AYM veya AİHM tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının önüne geçilmesi açısından da anılan hususlar oldukça önemlidir.

Uygulamada çokça karşılaşıldığı üzere özellikle cinsel suçlarda mağdurun beden muayenesinin, mağdurun beyanı veya olayın özelliğine göre olayla sınırlı, mağdurun belirli bölgeleri incelenerek yapılması yerine mağdurun tüm mahrem bölgelerinin incelenmesi suretiyle yapıldığı bu hususta uygulayıcıların eğitilmesi veya bu suçların uzman kişi veya kişilerce soruşturulması gerekmektedir. Adli tıp uzmanlarının cinsel suçlar yönünden daha teknik bir eğitim alması, illerde adli tıp şubelerinin artırılarak muayenelerin tecrübesiz hekimler yerine bunlar tarafından yapılmasının sağlanması önemlidir. Ayrıca muayene odalarının fiziki imkânlarının artırılarak kişi mahremiyetine riayet edilmesi de sağlanabilir.

Kanunda mağdurun cinsel bölgelerinin görülmesi veya genital bölgelerinin tıbbi görüntüleme yöntemleri ile muayene edilmesinin iç beden muayenesi olduğu hususunda belirli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum dikkate alınarak herhangi bir invaziv tıbbi müdahale yapılmaya dahi anılan yöndeki tıbbi müdahale ön gören muayene işleminin iç beden muayenesi olarak kabul edilmesi ve buna göre karar alma usulü izlenmesi gerekmektedir.⁷³⁸

Çocuğun mağdur olduğu bir suç kapsamında yapılan “beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” söz konusu olduğunda, çocuk adına çekinme hakkı CMK’nın 76/4 maddesinin son cümlesinde şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcisine tanınmıştır. Bu düzenleme bazen hakkın kötüye kullanılmasına neden olabileceğinden CMK’nın 76/4 maddesinde “çocuk ve akıl hastaları için kanuni temsilciye tanınan kaçınma yetkisinin sadece hâkim veya mahkeme tarafından

⁷³⁸Bkz. İPEKÇİOĞLU, Beden Muayenesi, s.36

kullanılabilmesi” veya daha ayrıntılı denetlenebilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Bunun dışında çocuklarla ilgili Ceza Kanunumuzda bazı suçlarda 15 yaş sınırını esas almakta “Yargıtay 15 yaşını bitirmiş kişilerin rızasını⁷³⁹ kabul etmekte⁷⁴⁰ ve bu kişilerin şikâyet hakkını tek başına kullanabileceklerini benimsemektedir”. Bu nedenle CMK m. 76/4, Kanunun ve Yargıtay’ın bugüne kadar uygulamasıyla da tutarlı değildir. Sadece kanuni temsilcinin çekinme konusunda yetkili kılınması, 15 yaşını ikmal etmiş ve temyiz kudretine sahip çocuğun iradesinin önemsenmemesi nedeniyle, kanuni temsilci beden muayenesine rıza göstermezse, 15 yaşını bitirmiş çocuk şikâyetçi olsa bile beden muayenesi yapılamayacaktır. Bu suretle önemli bir delil temin edilemeyeceğinden, diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda beraat kararının verilmesi söz konusu olabilecektir.

Tıp Etiği ilkeleri bağlamında ifade etmek gerekir ki; sağlık çalışanlarının, hasta mahremiyeti konusunda hastanın değer yargılarına önem vererek bazı kişisel hassasiyetlerine saygı duyması gerekir. Sağlık kuruluşlarındaki mahremiyet ihlallerini azaltmak için, sağlık çalışanlarının temel değer yargıları veya kişisel görüşleri doğrultusunda hareket etmek yerine, hasta özelinde, hastanın değer yargılarına saygı ve hoşgörü odaklı davranmaları gerekmektedir. Tedavi sürecinin bir bütün olduğu ve hastanın kişisel ve ruhsal huzurunu sağlamanın da tedavinin önemli bir parçası olduğu sağlık çalışanları tarafından her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁴¹

⁷³⁹ CGK, E.253, K.52, T.11.03.2008 “*Sanığın suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip mağdurenin rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetten kısıtlama eylemi 109/1-3/f.5 maddesi kapsamında ise de, mağdurenin rızası 26/2 gereğince fiili suç olmaktan çıkarak hukuka uygun hale getirmektedir*”, İLHAN /EREL /FAZLA/ÖRER, /ÇAKIL/KÖSE, /HALİTOĞLU /BOZOĞL /KURŞU /KIR, s. 96.

⁷⁴⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Hükümler, s.452; WALTER, s. 227.

⁷⁴¹ Ayrıntılı bilgi, bkz. KARAMAN, M. İhsan, “Hasta Saygınlığı Ve Mahremiyet İhlalleri Üzerine”, “<http://www.fikriyat.com/yazarlar/akademi/mihsan-karaman/2018/03/05/hasta-sayginligi-ve-mahremiyetihlalleri-uzerine>” (Erişim Tarihi 23.12.2020)

KAYNAKÇA

- ADAR ÖZDEMİR Çiğdem, Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019 İstanbul
- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015
- AKBULUT, Berrin, Dış Beden Muayenesi, TAAD, Yıl:7, S.27 (Temmuz 2016)
- AKBULUT, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Yıl 2013, C. 19, S. 2, İstanbul 2013
- AKGÜL ALTIKAT, Meliha, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2014
- AKGÜL, Aydın: Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 2016
- AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010
- AKIN ÜN Ayşe Nur, “Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler Ve Mağdurun Korunması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2019
- AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010
- AKSOY, Ercüment, “Cinsel Saldırıların Muayenesi” İstanbul 2004,
- AKSOY, Ercüment / İNANICI Mehmet Akif / POLAT Oğuz / SÖZEN Şevki / YAVUZ Mustafa Fatih, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı, Türk Tabipler Birliği Yayını, Ankara, 1999
- AKTAY Göknur, “Toksikolojik Deliller Açısından Olay Yeri İncelemesi”, Toksikoloji Dergisi, (The Journal Toxicology), Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3
- AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, YBHD(Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Yıl 5, Sayı 2020/1
- ALAN, Esra: “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, (Derleyen: İNCEOĞLU, Mehmet Murat), Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008

ALAN, Sultan/ERBAY, Hasan: Tıp Etiği Açısından Ambulans Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti, Akademik Acil Tıp Dergisi, Y. 2011, S. 10

ALPASLAN, Ahmet Hamdi, Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar, Kocatepe Tıp Dergisi, Cilt 15, Sayı 2. 2014, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/161236>, (Erişim Tarihi:01.12.2020)

APIŞ, Özge: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S. 1

ARICAN, Nadir, Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı:7, Haziran 2010

ARDA, Berna/ ŞAHİNOĞLU, Serap Pelin, Tıbbi Etik Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları. Ankara Üniversitesi Tıp Fak Mec, 48

ARICAN, Nadir, Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulamaları, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 7, Haziran 2010

ARTUK, M.Emin/GÖKÇEN Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019

ARSLAN, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, TBB Dergisi, 2015(120)

ASLAN Ahmet, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018

ASLAN, Sadettin, “Soruşturma Evresi”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, Seçkin Yayıncılık

AŞIRDİZER, Mahmut, “Acil Servislere Başvuran Çocuk ve Kadın İstismarı Olgularına Hekimlerin Yaklaşımı”, Türkiye Klinikleri Journal of Surgical Medical Sciences, 2 (50), 2006

AŞIRDİZER, Mahmut/YAVUZ, Sunay/ZEYFEOĞLU, Yıldray, Celal Bayar Üniversitesi Adli Tıp Stajı Ders Notları, Manisa, 2005, <http://tjofmap.tripod.com/sitebuildercontent/silebuildcrfiles/kitap.pdf>, s.354(Erişim Tarihi:01.01.2021).

ATLADI, Barış, “Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın ya da Şüphelinin Beden Muayenesine İlişkin Tedbir Bakımından Savcılık ve Savcılık Yardımcı Personelinin Karar Alma Yetkisi”, *Güncel Hukuk*, Temmuz 2009/7-67

AYAN, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 1991

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanununda İtiraz, *TBB Dergisi*, Sayı 65, Yıl: 2006, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-238> (Erişim Tarihi:01.09.2021)

AYDIN, Erdem/ERSOY Nermin, TIP ETİĞİ İLKELERİ, *T Klin Tıbbi Etik 1995*, 2-3

AYDIN, Erdem, Tıp Etiğinde Temel İlkeler, *Hacettepe Üni. Tıp Fak. Deontoloji(Tıbbi Etik) ve Tıp Tarihi AD s.1*, www.deontoloji.hacettepe.edu.tr (Erişim Tarihi: 18.05.2021)

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri, İstanbul, Şubat 2022

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol.6, no.2, 2009

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3999-4044 (Basım Yılı: 2015)

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan (2017). “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA analizleri.”*Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 2017; 5(2):29-87.<https://doi.org/10.26650/JPLC360265>(Erişim Tarihi:01.12.2020)

AYGÜN Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 8

AYÖZGER, A. Çiğdem, Kişisel Verilerin Korunması, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dâhil, İstanbul 2016

AYRAL, Fatma, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul, 2010

- BACAKSIZ Pınar/ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, C: 1, S: 1, Eylül 2006
- BAĞDATLI, Yaşar: “Materyal Alma Yöntemleri”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 01.10.2005 günlü Sunumu, (12. Adli Tıp Günleri – Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2 Ekim 2005”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006
- BAĞLAR, Yunus Emre; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, TAAD, Yıl: 12, Sayı: 45 (Ocak 2021)
- BARUTÇU, Nesrin, “Cinsel Saldırı Mağdurlarının Karşılaştığı Sorunların Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1998
- BATUR, Necat, Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme , TBB Dergisi 2016 (126)
- BAYZİT, Tuğba, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2007
- BEULKE, Werner; Strafprozessrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2008.
- BİNDİNG, Handbuchdes Strafrechts, Leipzig,1885,I
- BOSTAN, Sedat: Hasta Mahremiyeti Sorun mu? <http://www.ussam.co/tr/ussam/hastamahremiyeti-sorun-mu/> (Erişim Tarihi:06.01.2021)
- CAN YAŞAR, Münevver/KARACA, Nezahat Hamiden/KAYA, Ümit Ünsal, “Çocuk Cinsel İstismarını Bildirimine Yönelik Öğretmen Tutum Ölçeği'nin Geçerlik Ve Güvenirlik Çalışması”, PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2018
- CASSANİ, Carlotta, Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, ss.236-248 (İtalyanca aslından çeviri: ÖZEN Muharrem/ÖZEN Mustafa)
- CENGİZ, Serkan/TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, TBBD, S. 52, 2004
- CENTEL Nur, “ Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, <http://nurcentel.com/-makaleler/yenitckvekadın.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.12.2020)

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020

CHALMERS, Don, Genetic Testing and the Criminal Law, 1, DNA Fingerprinting, 2 Criminal Procedure (International Law), I. Title, UCL Press, Londra, 2005

CİN, Yasemin Güven, “Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme”, http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf (Erişim Tarihi. 20.12.2020).

COOPER, Stephanie; 2012 Saem Ethics Curriculum Module 2: Issues Related to Patient Autonomy, Seattle, Module 2-3, <https://www.saem.org/docs/default-source/saem-documents/education/module-02-issues-related-to-patient-autonomy.pdf> (Erişim Tarihi:21.03.2021)

Craig, Paul (1997) “Formal and Substantive Conceptions of The Rule of Law: An Analytical Framework”, Public Law, Marmor, Andrei (2010) “The Ideal of the Rule of Law”, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Patterson, Dennis, (Editor), Second Edition, Wiley-Blacwell, s. 667. (Naklen: AKTAŞ, s.3)

ÇAKAL, Ayşe; Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018

ÇALIŞKAN, Bilal, “İnsan Hakları Soruşturamalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı”, Adalet Dergisi, S. 16, Temmuz 2003

ÇELİK, Elif, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri Ve Rolü”, Hacettepe HFD, S.9(2), 2019

ÇETİN, Gürsel, “Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları”, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007

ÇETİN, Gürsel, “Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirisi Hukuk Dergisi, Sayı, 6-7, Ekim, İstanbul 2005

ÇETİN, Gürsel, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri”, Sempozyum Dizisi, Yayın No: 48, İstanbul 2006.

- DAĞ, Güray, Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması, Doktora Tezi, İstanbul 2011
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, S. 77, 2008
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020
- DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül, Tıp Etiğinde Esaslar, İstanbul 2015, İstanbul Tıp Kitabevi
- DENER, Yücel, “Alkol ve Madde Analizi”, Adli Tıp Ankara Grup Başkanlığı, İç Sunumu, Mayıs–2005
- DERMAN, Orhan/KARATAŞ, Kasım, “Çocuk İstismarı ve İhmaline Yaklaşım Temel Bilgiler”, Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Derneği Yayınları, Ankara, 2015
- DİZDAR, Emre, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Şubat 2019, Ankara
- DOĞAN, Murat, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu”, 16-17 Ocak 2009, Mersin
- DOĞAN Recep, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019(142)
- DOĞAN Recep, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuk Ceza Adalet Sistemi: Uluslararası Boyut ve Çocuklara Özgü Hükümler, Ütopya Yayınları, Ankara, 2018
- DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayınları, 2006, İstanbul
- DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012
- DONAY, Süheyl: Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015
- DÖNMEZER Sulhi /ERMAN, Sahir/BAYRAKTAR, Köksal/ KIZIROĞLU, Serap/ ZAFER, Hamide/ MEMİŞ KARTAL, Pınar/ SINAR, Hasan/ ERMAN, R.Barış/EROĞLU, Fulya/ÖNOK, R.Murat, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 14. Bası, İstanbul, D/R Yayınları, 2019
- DURŞUN Gizem, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması Ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı

- DURU, Neslihan; “Mesleki Sorumluluk Sigortalarından Hekim Mesleki Sorumluluğunun Türkiye’deki ve AB’deki Uygulamalarının Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, İstanbul 2006, Yüksek Lisans Tezi
- DÜLGER, İbrahim, “Genital Muayene Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 Sayı. 2, 2008
- DÜLGER, İbrahim/AKBULUT, Berrin/CİN, Onursal/AYDIN, Murat: “*Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti*”, 11. Ceza Hukuku Günleri, Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları İle Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler, (1-3 Haziran 2016), (Ed.SÖZÜER, Adem), İstanbul 2016
- DÜLGER, Murat Volkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 / 2 (Eylül 2016)
- DÜNDAR Meltem, İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller, Doktora Tezi, İstanbul 2014
- ELMAS İmdat/ERSOY, Gökhan, “Adlî Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut”, Klinik Gelişim Dergi, ss. 111-113
- EMİR, Murat, Hukuki Ve Etik Yönleri İle Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Ankara 2013, Yayımlanmamış Doktora tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> (Erişim Tarihi:18.05.2019)
- EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.2, 1993
- ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003
- EROĞLU Fulya, Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, İstanbul 2009, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Erişim Tarihi: 27.12.2020)
- ERSAN, Aykut, “Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, Ekim, 2009-2010, V.2-3, N. 2-3

- ERTEM, Burcu, Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza Ve Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi
- ERTUĞRUL, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi HFD, C.XII, 2008
- FIRAT, Tarık, Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2021
- FİNCANCI, Şebnem Korur/YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyumu (02-03 Şubat 2006) Dizisi No: 48, Şubat 2006
- GENÇ, Esra, İşkence Yasağının Türk Anayasa Mahkemesi Ve Aihm Kararları Işığında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler, Yüksek lisans Tezi, Ankara 2015
- Georg Staubli, “Das Kind als Patient- Unmündigkeit bedeutet nicht fehlende Urteils-fähigkeit”, Der selbstbestimmte Patient, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 1, Hrsg. Diana Meier –Allmendinger/Ruth Baumann-Hölzle, Basel, EMH Schwabe, 2009
- GEZGİN M.Fikret / SARIOĞLU H.İbrahim, Hukukun Temel Kavramları, 4.Baskı, Ankara, Tayfun Medya, 2013
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014
- GÖKÇEN Ahmet/BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim/ALŞAHİN, Mehmet Emin, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2.Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018
- GÖKÇEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000
- GÜL, Cengiz (2010) İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi
- GÜNDOĞMUŞ Ümit / HANCI Hamit, “Birinci Basamakta Adli Hekimlik Uygulamaları”, Sürekli Tıbbi Eğitim Dergisi, C:12, S:9, 2003

GÜNGÖR, Devrim/BAKŞI, Okan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, <https://www.jurix.com.tr/article/7075> (Erişim Tarihi 21.12.2020)

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi. Ankara 2009, Siyasal Kitapevi

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015

HAKERİ, Hakan, “Hasta Hakları Kanunu Taslağı”, 4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı Özel Sayı, Kasım 2007

HAKERİ, Hakan, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Tıp Hukuku Dergisi, C.3, S.6, yıl 2014

HAKERİ, Hakan, Tıp Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2022

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Genel Hükümler Cilt I, 25.Baskı, Ankara 2022

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Özel Hükümler Cilt II, 25.Baskı, Ankara 2022

HAKERİ, Hakan; “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2016

HAKERİ, Hakan, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16 – 17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009

HANCI, Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk), Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1995.

HOŞGÜL, Batuhan, “Ceza Muhakemesinde Deliller Bakımından Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.196, 2019

HOT, İnci/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/YORULMAZ, Coşkun, Rom J Leg Med Romanian Society of Legal Medicine, 17(1), 2009

İŞİK ÖZCAN, Funda: “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2008

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ ÜNVER, Yener İçel Suç Teorisi, 2. Kitap,2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2004

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, İstanbul, 10. Bası, Beta Yayıncılık, Eylül 2016

İLGİLİ, Önder, “2000 - 2005 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Kadın Hastalıkları Ve Doğum Alanına Giren Vakaların Deontolojik Değerlendirilmesi” Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011

İLHAN, Abdulkadir/EREL, Kemalettin/FAZLA, Yüksel/ÖRER, Fatma Betül/ÇAKIL, Dursun/KÖSE, Mehmet/HALİTOĞLU, Coşkun/BOZOĞLU, Süleyman/KURŞUN, Ömer Faruk/KIR, Oğuzhan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015

İMAMOĞLU, S. Hülya; Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 65, S.1, ss. 199-230, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42378/510331> (Erişim Tarihi:21.03.2021)

İNCE TUNÇER, Asuman, Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz 2018

İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, cilt: 70, sayı:1

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy: “*Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan

JAKOBS, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-New York 1991

James F. Childress, Who Should Decide? Paternalism in Health Care, 1st Edition, Oxford-Newyork, Oxford University Press, 1982

Joachim Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1998

KABADAYI, Talip, “Dünya Problemleri Karşısında Hukuk Felsefesi”, *HFSA*, İstanbul, 2012, 24. Kitap

KABADAYI, Talip, “Hakkaniyet Adaletin temelidir” Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı 15, 2013, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/411294> (Erişim Tarihi:10.05.2021)

KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2002

KADIOĞLU, Selim, 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. 2007

KANBUR, Mehmet Nihat, Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu M. 287), *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 16, Ağustos 2011, Sayfa: 7-31 <https://www.jurix.com.tr/article/2996> (Erişim Tarihi:22.12.2020)

KANETİ Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007

KANGAL, Zeynel T., Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Yaz, 2011, S.4

KAPLAN Mahmut/AYDIN, Özgür “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3

KAPLAN Mahmut/AYDIN Özgür, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, Haziran 2016, <https://www.jurix.com.tr/article/5029> (Erişim Tarihi:21.12.2020)

KARABULUT Ferhat/ KARAPAZARLIOĞLU Ersin/ TOSUN Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, *TBB Dergisi*, S.120, 2015

KARAGÖZ, Havva, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) Ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı Ve Gerçekleşme Biçimi” , *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Sayı:1 - Haziran 2010 https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/VII-1.pdf (Erişim Tarihi:10.05.2021)

KARAMAN, M. İhsan, Hasta saygınlığı ve mahremiyet ihlalleri üzerine, <http://www.fikriyat.com/yazarlar/akademi/mihsan-karaman/2018/03/05/hasta-sayginligi-ve-mahremiyetihlalleri-uzerine> (Erişim Tarihi 23.12.2020).

KARAÖZ, Süreyya, Cerrahi Hemşireliği Ve Etik, C.Ü. Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, 2000, 4 (1)

KAZAKER, Gözde, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 31, Ağustos 2016, Sayfa: 173-201 , <https://www.jurix.com.tr/article/5420>(Erişim Tarihi:22.12.2020)

KAZANCI, Behiye Eker, Türkiyede Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital

Muayenesi (AİHM 13.5.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası), Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, sayı 10, Eylül 2010, s.22-25, <https://jurix.com.tr/article/3291>

KESKİN KİZİROĞLU Serap “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, AÜHFD, 2009, C.58, S.1

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

KILIÇ, Ümmügülsüm, Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 18, Temmuz 2019, Sayfa: 247-278, <https://www.jurix.com.tr/article/19232> (Erişim Tarihi:22.12.2020)

KILIÇ, Ümmügülsüm, Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış, Doktora Tezi, İstanbul 2010

KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Öğreti ve Uygulama), Ankara 2007

KIZILARSLAN Hakan, Ceza Muhakemesi, Hukukunda Vücudun Muayenesi Ve Örnek Alma, Doktora Tezi, İstanbul 2007

KIZILARSLAN, Hakan, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi, TBB Dergisi, 2019 S.144

KOCA, Mahmut, Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Ankara, 2008

KOCA Mahmut, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 2006

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,12.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019

KOÇ, Sermet/CAN, Muhammet, “Birinci Basamakta Adli Tıp”, Golden Print Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2011

KORKMAZ, Mustafa/UYSAL, Cem/SİVRİ, Süleyman/BOZKURT, İsmail/BULUT, Kasım, ŞİMŞEK, Şeref, TIRAŞCI, Yaşar/HASPOLAT, Kenan, Cinsel saldırı sonrası adli tıp bölümüne başvuran olguların beden ve ruh sağlıklarının değerlendirilmesi,

Dicle Tıp Dergisi, 2014; 41 (4)

KORKMAZ, Yakup, Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020,

KÖK, Ahmet Nezih, Bir Olgu Nedeniyle Tıp Uygulamalarında Mahremiyet İlkesi, Özel Yaşamın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, <https://jurix.com.tr/article/5252> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

KÖK, Ahmet Nezih, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, EÜHFD, C:X, S:3-4, Erzincan, 2006

KÖK, Ahmet Nezih: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, KHUKA, 2005, 8, 116-121. <https://jurix.com.tr/article/5252> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

KUÇURADI, İonna, Felsefe ve İnsan hakları: Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1982
KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 868; YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt I, Beta, İstanbul, 2013

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989

KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi

KVKK, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Yer Alan Temel Kavramlar Kitapçığı

KVKK, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşleme Şartları Kılavuzu, www.kvkk.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

LIEDKE, Bernd, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Edewecht 2012 (Naklen: BRAUN, Cihan Avcı, Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV Sayı:1 (2018)

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “ Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

Nathan Hershey/Robert Miller, Human Experiment and The Law, Maryland, An Aspen Publication,1976

- NUHOĞLU Ayşe, “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2006, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu
- NUHOĞLU, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul, 2009
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 52, S 3, Ankara 2003
- ÖZALP, Nabi; Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, TBB Dergisi 2019, S.145
- ÖZAR, Süleyman, HALICI, Türkan , "Organ Veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza". Adalet Dergisi / 66, Mayıs 2021, ss.569-593
- ÖZASLAN, Abdi; “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999
- ÖZBEK, Veli Özer, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 1, Nisan 2007
- ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli –içtihatlı), Seçkin Yayınevi, Ankara,2005
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi, iç: <http://www.hukukî.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a044.asp>, (Erişim Tarihi: 06.02.2021)
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018
- ÖZDAMAR, Mehmet; “Sigortacının Sorumluluğu İle İlgili Gelişmeler (Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğu)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2004

ÖZEN, İnci Zekiye “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2007, Sayı: 72-1

ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2018

ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2018

ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uyguma Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018

ÖZEN, İNCİ Zekiye, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, www.turkhukuksitesi.com/makale (Erişim Tarihi:14.10.2020)

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3.baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)

ÖZKAN, Ceren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek lisans Tezi, İzmir 2018

ÖZTÜRK, Bahri, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı”, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15586>, (Erişim Tarihi: 25.12.2020)

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016

ÖZTÜRK, Cemal; “Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği”, Seçkin Yayınevi, Ankara–2006

ÖZTÜRK, Havva/ÖZÇELİK, Semanur K./BAHÇECİK, Nefise: Hemşirelerin Hasta Mahremiyetine Özen Gösterme Durumu, Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 30, S. 3.

ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Behiye Eker/GÜLEÇ, Sesim Soyer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013

PAMUK, Gülfem, *Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Makam Olarak Yeri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012

PEDRAZZİ, C., Consenso dell'avente diritto in Enciclopedia del diritto, IX, Giuffrè, Milano, 1961

POLAT, Oğuz, Çocuk ve Şiddet, Der Yayınları, İstanbul 2001

POLAT, Oğuz, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar, Ankara 2004

POLAT, Oğuz, “Klinik Adli Tıp – Adli Tıp Uygulamaları”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı Eylül-2004

POLAT, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Seçkin Yayınevi Ankara 2007

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Büyük Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul 2007

Peter-Rene Gülpen, Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB, Köln Uni-Diss. 2008, Troisdorf, Duhme-Verlag, 2009 (Naklen: CANKURT, Ezgi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Tıbbi Müdahale Ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, İstanbul 2018

Richard Kessler; Die Einwilligung des Verletzen in ihrer strafrechtlichen Bedeutung; Berlin 1884 (Naklen: EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2012)

Roseau, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çeviri: Ali Kemal Yıldız), 2. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, (2006)

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 3

SALTIK, Ahmet, Anayasa Mahkemesi Aşısı Kararının İrdelemesi, http://ahmetsaltik.net/arsiv/2017/03/Anayasa_Mahkemesi_ASI_karari_ird elemesi_AHMET_SALTIK.pdf (Erişim Tarihi:01.11.2020)

SARSIKOĞLU, Şenel: “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Prof. Dr. Doğan SOYASLAN Armağanı, EÜHFD, C. 8, S. 2 Y. 2013, Kayseri

SAVAŞ Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011

SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu Ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, (Çeviri: Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ)

SCHÖCH, Heinz, Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerin Sınanması, (Çeviri: NUHOĞLU, Ayşe, Suç Politikası-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006)

SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Tosten, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Çeviri: Salih OKTAR)

SERDAR TEKEL, Esra, “Kadın Cinayetlerinin Haberleştirilmesi Bağlamında Medya Etiğini Yeniden Tartışmak: Habertürk Gazetesi Örneği”, Abant Kültür Araştırmalar Dergisi, Y.2016, C. 1, S. 1

SERT, Gürkan: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Doktora Tezi, İstanbul 2007

SEYMEN ÇAKAR, Ayşen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, http://www.umut.org.tr/userfiles/files/Document/document_13.pdf, (Erişim Tarihi:06.01.2021)

SOKULLU AKINCI, Füsun/DURSUN, Selman, “Viktimoloji”, Beta Basım Yayım Dağıtım, 3. Baskı, İstanbul, 2016

SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014

SWİTANOWSKY, Irene S., The New Paradigm For Informed Consent, Lanham-New York- Oxford, University Press of America, 1998

SÖĞÜT, İpek Sevdâ, “Tıbbi Kayıtlar”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020

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

ŞANLI, Nurcihan, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014

ŞARMAN, Ceren, “TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012

ŞEHİSUVAROĞLU Bedi N./TERZİOĞLU, Arslan Tıbbi Deontoloji, 2.Baskı, İstanbul Bayda Basım Dağıtım, İstanbul,1983

ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, 2001/4, ss.65-80
T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması / ÖZET, 2010. RAPOR
[https://www.unicef.org/turkey/media/5221/file/](https://www.unicef.org/turkey/media/5221/file/%20türkiye%27de%20çocuk%20istismarı%20ve%20aile%20içi%20şiddet%20araştırması%20-%20özet%20raporu%202010.pdf)

%20türkiye%27de%20çocuk%20istismarı%20ve%20aile%20içi%20şiddet%20araştırması%20-%20özet%20raporu%202010.pdf (Erişim Tarihi:01.11.2020)

TEKİN, Derya, “Kişinin Tarafı Olduğu Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçuna (TCK m.132/3) İlişkin Güncel Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 43, Ağustos 2020

TEZCAN, Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Bası, Ankara, 2016

Tıp Etiği El Kitabı, Dünya Hekimleri Birliği, Çeviri: Murat CİVANER, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2005

TOPDEMİR, Canan, İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi(ÇİM), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/749788> (Erişim Tarihi:01.11.2020)

TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Bası, Ankara, Mayıs 2011

TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, 1978, S:1-4

TOROSLU, Nevzat, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin, Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, 15 Ocak 2000, Bildiri X, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara
<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitap-lar/pdf/until2007/hukukkurultay00-2.pdf>. (Erişim Tarihi, 13.12.2020).

TUĞRUL, Ahmet Ceylani/TUĞRUL, Murat Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler, Ütopya Grafik Yayınevi, Mart 2018, Ankara

TUMAY, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı,İçeriği Ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu, Süleyman Demirel Üniversitesi HFD, 9 (2) , 117-130, 2020, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/51596/669152> (Erişim Tarihi:20.04.2022)

- TURHAN, Faruk, “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, Ankara 2008
- TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006
- Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi:06.01.2021)
- ÜÇİŞİK, Fehim, Sağlık Hukuku, Ötüken Yayınları, 4. Baskı
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukuku Dergisi, 2008, Yıl: 3, Sayı 7
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı 7, 2008
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Nisan, 2007
- ÜNVER, Yener; ”Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, İstanbul, 2006
- ÜSTÜN, Çağatay, Hipokrat Yemini Değişmeyen Bir Gerçektir!, Fasikül Hukuk Dergisi | Sayı:28 - Mart 2012, <https://jurix.com.tr/article/3469> (Erişim Tarihi:10.05.2021)
- WALTER, Gropp, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Ön tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998(Çeviri: Faruk TURHAN)
- WARREN, Samuel D./BRANDEIS, Louis D.: The Right to Privacy, Harvard Law Review, 1890, Vol. 4, No. 5, ss. 193-220 <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>, (Erişim Tarihi 09.12.2020)
- WERNER Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, Dissertation Universität Trier,1991

WOLTERS, Gereon, Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 7, Haziran 2010 (Çeviri: Fatih GÜNDOĞDU)

World Health Organization, “*A Declaration On The Promotion Of Patients' Rights In Europe*”, European Consultation On The Rights Of Patients Amsterdam 28 - 30 March 1994

Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1980, C.6, S.1-2, s.181.
<http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1980.pdf> (Erişim Tarihi: 03.03.2021)

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 6, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

YAŞAR Osman/ OTACI Cengiz, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, I. Cilt, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015

YAŞAR, Nur; Tıbbi Müdahalelerde Karar Vericiler Ve Rıza, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi Yönetimi Ana Bilim Dalı Sağlık Hukuku, Yüksek Lisans Tezi

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Baskı, İstanbul, Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları –MÜHF, 2007

YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, İstanbul 2003

YENERER ÇAKMUT, Özlem, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul, 2008

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt I, Beta, İstanbul, 2013

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2018

YENİSEY Feridun/ OKTAR Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2015

- YILDIRIM, M. Fadıl: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007
- YILMAZ, Sabire Sanem, Ceza Hukuku Kapsamında Beden Muayenesinin Adli Tıp ve Kişisel Veriler Açısından Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 146, Ekim 2018
- YILDIZ, Ali Kemal “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, EÜHFD, 2006, S:3-4
- YILDIZ, Yakup, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012
- YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2010
- YİĞİT, Rana, Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest, Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, sayı 3, 2005, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/29286>. Erişim Tarihi:25.11.2020)
- YOKUŞ SEVÜK, Handan “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları – MÜHF, İstanbul 2007
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008
- YÖRDEM, Yılmaz, Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 39 (Temmuz 2019)
- YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Bası, Seçkin, Ankara Nisan 2019
- YÜCEL, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013
- ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009

ZAFER, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), İstanbul 2010

ZENGİN, Nurullah, Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Bilgi Notu, Nisan 2005 (The Journal Toxicology), Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3

İNTERNET KAYNAKLARI

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi:06:01.2021)

<https://www.legislationonline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 20.05.2022)

<http://ozerklik.nedir.org> (Erişim Tarihi:18.05.2021)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf> (Erişim Tarihi:01.12.2020)

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> (Erişim Tarihi:03.12.2020)

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf (Erişim Tarihi:03.12.2020)

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1235168-kisisel-verilerin-kaydedilmesi>(Erişim Tarihi:03.12.2020)

Uyap.gov.tr, Ortak uygulamalar. (Erişim Tarihi:03.12.2020)

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/kisisel-veri-nedir-ne-demektir/> (Erişim Tarihi:03.12.2020)

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi:04.12.2020)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime:beden, (Erişim tarihi: 07.01.2021)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime:muayene, (Erişim tarihi: 07.01.2021)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54a11a77329c22.40701517 , (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

<http://www.lugatim.com/s/muvafakat> (Erişim Tarihi:21.03.2021)

<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim Tarihi:21.03.2021)

<https://www.saglik.gov.tr/TR,10385/sayisi1219--rg-tarihi04041928--rg-sayisi863-tababet-ve-suabati-sanatlarinin-tarzi-icrasina-dair-kanun.html> (Erişim tarihi: 16.10.2020)

<http://www.yayin.adalet.gov.tr/dosyalar/pdf/tmkm.pdf> (Erişim tarihi: 05.10.2018)

https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html(Erişim tarihi: 05.10.2018)

<http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index> (Erişim Tarihi:21.12.2020)

https://www.law.cornell.edu/women-andjustice/resource/salmanoglu_and_polattas_v_turkey (Erişim Tarihi:25.12.2020)

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/İsrâ-suresi/2099/70-ayet-tefsiri> (Erişim Tarihi:06.01.2021)

<https://kelimeler.gen.tr/ekuvyon-nedir-ne-demek-106353> (Erişim Tarihi:01.02.2021)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf> (Erişim Tarihi: 08.06.2021)

https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2022)

<https://www.tipterimlerisozlugu.com/invasive.html> (Erişim Tarihi:01.02.2021)

<https://www.womenslinkworldwide.org/files/2898/gjo-echr-juhnke-en-pdf.pdf> (Erişim Tarihi:10.01.2021)

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Erişim Tarihi: 27.12.2020))

Uyap.gov.tr (Erişim Tarihi:08.06.2021)