

■ Av. A. Sinan SÜRÜCÜ\* - Dr. Vadym ZHAMİLOV \*\* ■

## BEDEN MUAYENESİ, İŞKENCE SUÇU ve İKİSİNİN KESİŞTİĞİ ALAN: ZORLA YAPILACAK BEDEN MUAYENESİ

### ÖZET

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ceza yargılamasının üzerinde en çok düşünülen, tartışılan konularından birisidir. Anılan işlemlerin, muhatabının rızası hilafına zorla yapılıp yapılamayacağı ise daha da tartışmalı bir konudur. Konu birden fazla disiplini ilgilendirdiğinden çözüme sadece hukuki değerlendirme ile ulaşılabileceği de mümkün değildir. Bu nedenle çalışma kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma; kişi dokunulmazlığı, işkence suçu ve tıp etiği kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışma ile insan haklarının hem hukuk hem de tıp alanında gelişip yaygınlaşmasına katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Beden muayenesi, vücuttan örnek alma, kişi dokunulmazlığı, işkence suçu, insan onuru.

#### ABSTRACT

Physical examination and taking body sample are two of the most debated and considered subjects of the criminal procedure law. Furthermore, the issue of body sampling against the acceptor's will is a much more disputative matter. By the fact that these topics are related to several disciplines; it seems almost unfeasible to achieve a solution only by a legal assesment. Thus within this study; physical examination and body sampling have been assessed within the frame of personal immunity, torture and medical ethics. The purpose of this study is to proliferate and improve the understanding of human rights, both in law and medical areas.

**Keywords:** Physical examination, taking body sample, personal immunity, torture, human dignity.

\* Avukat, İzmir Barosu

\*\*Uzman Doktor, İzmir Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ortopedi ve Travmatoloji Bölümü

## GİRİŞ

Anayasa'nın 17. maddesi kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına ve kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağına dair çok önemli kurallar getirmektedir. Bununla birlikte gündelik hayatta anılan hükümlere aykırı birçok eylem ve işlem gerçekleştirilmekte, nitekim ceza yargılaması kapsamında da vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına dair kural ile çelişkili tedbir ve usullere başvurulduğu görülmektedir.

Çalışma kapsamında açıklanmaya çalışılacağı üzere vücut bütünlüğünü ihlal eden eylemlerin kamu görevlileri tarafından ve insan onurunu ihlal eder şekilde gerçekleştirilmesi halinde işkence suçu ortaya çıkacaktır. Hiçbir durumda istisnası kabul edilmeyen işkence yasağı ile tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücuduna dokunulamayacağına dair anayasal korumanın kimilerine göre istisnası kimilerine göre de ihlali olarak kabul edilebilecek beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ceza yargılaması kapsamında sıklıkla kullanılmaktadır. Konunun incelenmesi hem Anayasa hem de ceza hukukunu ilgilendirdiğinden çalışmanın ilk bölümünde kavramların kısa tanımı verildikten sonra detaylı bir şekilde işkence suçu incelenmeye çalışılacaktır. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>1</sup> ile işkence suçunun sınırları oldukça genişletilmiş ve eski halinden farklı olarak bir çok eylem işkence suçu kapsamına girmiştir. Bu nedenle işkence suçunun detaylı bir şekilde açıklaması yapılmadan ve her yönüyle tartışılmadan, zorla yapılacak beden muayenesinin işkence suçu kapsamına girip girmeyeceğinin değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Çalışmanın takip eden kısmında ise ceza yargılaması kapsamında kişinin rızasına aykırı olarak vücuduna müdahale edilmesinin Anayasa ve hukuka uygun olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak da anılan müdahalenin tıp etiği açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

## I. KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

### 1. Kişi Dokunulmazlığına İlişkin Anayasa Düzenlemesi

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın zorla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini değerlendirmek için açıklanması gereken ilk kavram kişi dokunulmazlığıdır.

Kişi dokunulmazlığına ilişkin temel düzenleme Anayasa'nın 17. maddesinde yer almaktadır<sup>2</sup>. Madde ile, çalışmanın konusu hakkında çok temel ve önemli iki kural getirilmiştir. Bunlardan ilki tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı<sup>3</sup>, ikincisi ise kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağıdır. Madde metni incelendiğinde yaşam hakkının dahi istisnasının bulunduğu görülecektir. Nitekim benzer şekilde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni<sup>4</sup> 2. maddesi incelendiğinde yaşam hakkının dahi kimi durumlarda (Madde metninde yer alan ölüm cezası 6 sayılı Ek Protokol ile yasaklanmıştır.) sınırlandırıldığı görülmektedir.

Yine kişinin vücut bütünlüğüne hangi hallerde dokunulabileceği de Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde içerisinde işkence ve eziyet yapılamaz denilmiş ve herhangi bir istisna getirilmemiştir. Aynı şekilde İHAS'ın 3. maddesi içerisinde de "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya

<sup>2</sup> Madde metni şu şekildedir:

"I. KİŞİNİN DOKUNULMAZLIĞI, MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI

MADDE 17 - Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller 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.

(...) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili mercin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiileri, birinci fıkrâ hükmü dışındadır."

<sup>3</sup> İnsanlardan kan alınması, zorunlu aşı, saç ve sakal biçiminin değiştirilmesinin vücut bütünlüğüne müdahale olduğuna, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen doktor tedavisinin ise müdahale oluşturmayacağına dair görüş için bkz. Zafer Gören, "Anayasa Hukuku", Yetkin Yayıncılık, 2011, Ankara, s:415,416.

<sup>4</sup> Bundan sonra İHAS olarak anılacaktır.

*cezaya tabi tutulamaz*” denilmiş ve işkence ile insanlık dışı muamelenin yapılabileceğine ilişkin herhangi bir istisna tanınmamıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa’nın 17/2. fıkrasında “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” denildiğinden, bir kişinin ceza yargılaması kapsamında zorla muayeneye tabi tutulması ya da vücudundan örnek alınması 17. madde ile çelişmektedir. Zira ceza yargılaması kapsamında gerçekleştirilecek olan anılan işlemler tıbbi zorunluluk olarak kabul edilemeyecekler<sup>5</sup> (Anayasa içerisinde tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında denilmek suretiyle “ve” bağlacı kullanıldığından<sup>6</sup> vücuda müdahale şeklindeki eylemin kanunda yazılı olması da yeterli olmayacak tıbbi zorunluluk bulunması da gerekecektir.<sup>7</sup>). Bu durumda normlar hiyerarşisi

<sup>5</sup> Tıbbi muayene; “kişinin vücut bütünlüğüne yönelik (bedensel ve ruhsal) ehliyetli kişilerce tıp bilgi ve tekniğine uygun olarak, bir eksikliğin giderilmesi amacıyla yapılan uygulamalardır. Tıbbi müdahale; teşhis, tedavi, rehabilitasyon, koruma, estetik amaçlı olabilir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu’nun koşulları; yetkili kişilerce yapılması, kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması –kamta dayalı tıbbi uygulamalar olması- ve hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olmasıdır” şeklinde tanımlanmaktadır (Nüket Örnek Büken, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı”, “TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018, s:96)

<sup>6</sup> Doktrinde kişilerin herhangi bir hastalıklarının giderilmesini sağlayabilmek için yapılacak tıbbi müdahaleye izin verebilecekleri, ancak buna zorlanamayacakları, bu müdahalenin belirli şartlar altında gerçekleşiyor olması ve ilgilinin de rızasının bulunması nedeniyle hukuka aykırı olmadığı belirtilmektedir (Özlem Yenerer Çakmut, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003, s:53). Görüleceği üzere tıbbi müdahale, tedavi amaçlı ve rıza çerçevesinde gerçekleştiğinde hukuka uygun olacaktır. Bununla birlikte kişi rıza göstermez ise zorla tedaviye tabi tutulamayacaktır. Yine hasta, bir çocuk olduğunda, müdahaleye rıza göstermezse ya da kendisine aşı yapılmasına itiraz etse de Medeni Kanun çerçevesinde vasisinin izni olduğu takdirde kendisinin rızası aranmayacaktır. Sonuçta tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı olma şartları birlikte gerçekleştiğinde yapılan müdahale Anayasa’ya uygun olacaktır. Aynı eserde tıbben zorunluluk bulunması ve kanunda yazılı olma koşullarının gerçekleştiği başka örneklere de yer verilmektedir; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda yer alan çeşitli düzenlemeler, kişilerin salgın hastalıklardan korunmaları amacıyla zorla aşılınmaları, tecrit edilmeleri, bir takım işlemlere tabi tutulmalarının rıza hilafına gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir (Çakmut, s:222,223).

<sup>7</sup> Anayasa’nın 17. maddesi hakkında doktrinde; tıbbi zorunluluk bulunmasa da, kanunda yazılı olması şartıyla adli amaçlı olarak bir kişinin vücudundan örnek alınabileceği belirtilmek suretiyle farklı yönde görüş belirtilmektedir (Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, , Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s:1158). Eserin 1170. sayfasında da vücuttan örnek alma işleminin tıbbi bir müdahale oluşturduğu, tıbbi müdahale koşulları arasında da ilgilinin rızasının alınmasının gerektiği yer aldığından, ilgilinin rızası olmaksızın yapılacak her türlü müdahalenin CMK veya başka bir kanunda yer alması koşuluyla mümkün olabileceği belirtilmektedir.

kapsamında Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>8</sup> veya diğer kanunlar ile getirilen düzenlemelerin Anayasa karşısında bir geçerliliği bulunmayacaktır. Sonuçta 17. madde, kanımızca zorla beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya izin vermemektedir<sup>9</sup>.

Ancak Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kabul edilmiştir. Yine Anayasa'nın 90/son fıkrası ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." düzenlemeleri kabul edilmiştir. Anılan kapsamda olan İHAS'ın 6. maddesi de adil yargılanma hakkını, 13. maddesi etkili başvuru hakkını düzenlemektedir. Birbiriyle çelişiyor gibi duran bu düzenlemelerden hangisinin uygulama alanı bulacağının da tartışılması gerekmektedir.

## 2. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Almanın Tanımı ve Kapsamı

Doktrinde ceza muhakemesi açısından beden muayenesi; "kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut ta vücut sıvılarında, delil elde etmek veya tespit yapmak amacıyla "tıbbi yöntem ve araçlar" kullanılmak suretiyle özelliklerinin sistematik şekilde incelenmesidir"<sup>10</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere tanım hukuki niteliği ortaya koymamaktadır. Bu nedenle konu hakkında ceza hukuku açısından temel düzenlemeyi getiren CMK'nın 75. maddesinin niteliğine bakılması gerekmektedir. Konunun, kanunda gözlem altına alınma, keşif ve otopsi ile birlikte düzenlenmesi yine beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının bilirkşi olarak adlandırılabilir olan hekim tarafından gerçekleş-

<sup>8</sup> Bundan sonra CMK olarak anılacaktır.

<sup>9</sup> Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere Anayasa'nın "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklindeki 38/5. fıkrası da konu kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>10</sup> Hakan Kızıllarslan, "Vücutun Muayenesi & Örnek Alma", 1. Bası, Ankara 2007, s:79.

tiriliyor olması nedeniyle bilirkişi incelemesi olarak kabul edilebileceği öne sürülebileceği gibi<sup>11</sup>; bir suça ilişkin delil elde etme amacını taşıması, kişinin belirli işlemlere zorlanabilmesi gibi unsurlar barındırdığından koruma tedbiri olarak kabul edilmesi gerektiği de öne sürülebilir<sup>12</sup>. Yine doktrinde beden muayenesinin sayılan hususlar nedeniyle karma bir yapıya sahip olduğu da belirtilmektedir<sup>13</sup>.

75. madde içerisinde iç beden muayenesinden bahsedilmiş, hatta dördüncü fıkrada “*Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.*” denilmiş, ancak iç beden muayenesinin kapsamı açıklanmadığı gibi başka bir muayene şeklinden de bahsedilmemiştir. Bununla birlikte CMK’nın 82. maddesine dayanılarak çıkarılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>14</sup> ile beden muayenesi; iç

<sup>11</sup> Beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasının bilirkişi incelemesi kapsamında olduğuna dair görüş için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s: 259, Hüseyin Ertuğrul, “*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü*”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:55, Mart 2011, s:48.

<sup>12</sup> Vücuttan örnek alma işleminin koruma tedbiri niteliği taşımasına karşın, koruma tedbiri gibi sıkı koşullar öngörülerek başvurulması ve uygulanması nedeniyle koruma tedbirleri arasında düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. İpekçioğlu, s:1164,1165.

<sup>13</sup> Gizem Dursun, “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s:2960; Gözde Kazaker, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2016, Sayı:31, s: 177; Berrin Akbulut, “*Dış Beden Muayenesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s:89; Özge Apış, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2012, s:272; Ümmügülsüm Kılıç, “*Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*”, yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, file:///Users/sinansurucu/Downloads/273566.pdf(Erişim:12.08.2019), s:31,95; Recep Doğan, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, TBB Dergisi, Sayı:142, 2019, s:98.

İşlemin karma yapısına karşın koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığı yönünde görüş için bkz. Merve Konrat, “*Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi*”, Adli Bilimler Dergisi, 10 (4), 2011, s:44, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, “*Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, Eylül 2016, s:518; Zekiye Özen İnci, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:1, Ocak 2007 sayısı, s:136,137, Şenel Sarsıkoğlu, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim: 30.08.2018), Aydın Aygün, “*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8. Sayı, 2016, s:52.

<sup>14</sup> Bundan sonra 25832 sayılı Yönetmelik olarak anılacaktır.

ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Anılan Yönetmelik'in 2. maddesi ile de iç beden muayenesi; "*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*" şeklinde, dış beden muayenesi ise; "*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>15</sup>. Ancak belirtilmelidir ki tıp bilminde ve özellikle de adli tıp alanında iç beden ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Bu nedenle de madde 25832 sayılı Yönetmelik'in uygulanması sırasında sorunlarla karşılaşmaktadır.

CMK içerisinde iç beden muayenesinden bahsedilmiş ancak dış beden muayenesi denilmemiş ve dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir usulden bahsedilmemiştir. Doktrinde bu nedenle dış beden muayenesi hakkında arama hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtildiği gibi, 75. madde hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>17</sup>.

İlk görüşün savunucuları tarafından CMK'nın 75. maddesi içerisinde, 76. maddeden farklı olarak dış ve iç beden denilmediği, bu nedenle 75. madde kapsamında dış beden muayenesinin dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>. Bu nedenle de ge-

<sup>15</sup> Yine Yönetmelik'in 5. maddesi "*Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır.*" hükmünü içermektedir.

Doktrinde ise dış beden muayenesi; "*kural olarak tabip tarafından tıbbi araçlar kullanılarak kısmen veya tamamen çıplak vücudun elle ve gözle incelenmesini ifade etmektedir*" şeklinde tanımlanmakta (Akbulut, s:84), dış beden muayenesine ilişkin 25832 sayılı Yönetmelik'te yer alan tanımın yalnızca elle ve gözle yapılan muayene olarak kabul edilmesi eksik olması nedeniyle eleştirilmekte ve dinleyerek ya da koklayarak da dış beden muayenesinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir (Akbulut, s:91).

<sup>16</sup> Aynı yönde bilgi için bkz. Akbulut, s:91. Doktrinde beden muayenesinin bir bütün olduğu, bunu ayrı ayrı değerlendirmenin mümkün olmadığı, bu nedenle yasal düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gerektiği de belirtilmektedir (Mehmet Akif İnanıcı, "*Ulusal Yasal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması*", Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı:7, Haziran 2010, s:29).

Nitekim mehzaz kanunda da bu yönde bir ayırım bulunmamaktadır. Alman Ceza Usul Yasası'nda "muayene" ve "müdahale" yönünde ayırım bulunduğu ve ilkinin gözle bakma veya vücuda dokunma şeklinde, ikincisinin ise operasyonel bir giriş, vücuttan örnek alma, vücuda bir şey verilmesi şeklinde olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. Kazaker, s:175 ve Konrat, s:44.

<sup>17</sup> Akbulut, s:90.

<sup>18</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s:521. Ancak anılan eser içerisinde de arama ile beden muayenesinin farklı unsurları nedeniyle uygulamada sorun çıkabileceği belirtilmiştir.

Benzer yönde görüş için bkz. Ayşe Nuhoglu, "*Beden Muayenesi*", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Aralık 2006, s:325, Kılıç, s:108,109.

cikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan durumlarda ise kolluk amirinin yazılı emriyle dış beden muayenesi yapılabileceği belirtilmektedir.

Kanımızca dış beden muayenesi hakkında da 75. madde hükümleri uygulanmalıdır. Zira beden muayenesi ile arama arasında herhangi bir benzerlik bulunmamaktadır<sup>19</sup>. Bununla birlikte iç beden ve dış beden muayeneleri arasında hem nitelik hem de yapılış şekli açısından ciddi benzerlikler bulunmaktadır<sup>20</sup>.

Benzerliğin bulunmasının yanı sıra dış beden muayenesinin hakim kararı olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde kanuna ve hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirilmiş olacaktır<sup>21</sup>. Zira idarenin yetkisizliği asıldır ve bir yetki tanınmak isteniyorsa, bu yetkinin kanun ile tanınması gereklidir. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesi de *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz."* kuralını içermekte ve kanun ile düzenleme getirilmesini şart koşmaktadır. CMK ile hakim kararı olmaksızın dış beden muayenesi yapılabilmesi yönünde bir yetki tanınmış değildir. Bu nedenle yorum ya da kıyas ile olmayan bir yetkinin

<sup>19</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, s:115,116.

Doktrinde aramanın giyinik vücudun kontrolü ile yetinilmesi şeklinde olduğu, muayenede ise çıplak vücudun incelendiği belirtilmektedir (Centel, Zafer, s: 257).

Bir başka eserde ise dış beden muayenesi ile aramanın benzerlik gösterdiği, ancak arada farklar bulunduğu, aramanın vücut üzerindeki elbiselerin veya giyinik kimsenin üstünün kontrol edilmesi, herhangi bir tıbbi müdahale veya araç kullanılmasını gerektirmeyecek şekilde doğal vücut boşlukları veya cildin incelenmesi şeklinde olduğu, buna örnek olarak da vücutta yara izi aranması, tırnak diplerinin aranmasının verilebileceği belirtilmektedir. Beden muayenesinin ise doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile ve tıbbi araçlar kullanılmak suretiyle incelenmesi olduğu belirtilmekte ve buna örnek olarak da deride belirlenen bazı morlukların, çiziklerin mahiyetinin, hangi tür bir eylemden dolayı meydana gelmiş olabileceğinin tıbbi yöntemler kullanılmak suretiyle incelenmesi verilmektedir. Son olarak da üst aramasını yasayla görevli her memurun yapabileceği, buna karşın beden muayenesini ise bir hekim veya bir sağlık memurunun yapabileceği belirtilmektedir (İnci, s:151).

<sup>20</sup> Doktrinde benzer şekilde, dış beden muayenesi için aramaya ilişkin düzenlemeler yerine daha benzer olan iç beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin uygulanmasının yerinde olacağı belirtilmekte, vücut dokunulmazlığı ihlal edileceğinden, Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığa da dikkat çekilerek, düzenlemenin kanun ile ayrı ve açık bir şekilde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır (Dursun, Beden Muayenesi, s: s:2963, 2964).

<sup>21</sup> Dış beden muayenesi için hakim kararına gerek bulunmaksızın soruşturma mercilerine yetki sağlanması amacıyla düzenleme getirildiği şeklindeki aksi yöndeki yorum için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, *"Ceza Muhakemesi Hukuku"*, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2016, Ankara, s:285.



tanınması mümkün olmayıp ancak kıyasen iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkündür<sup>22</sup>.

Her ne kadar 25832 sayılı Yönetmelik'in 5. maddesi ile getirilen "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" şeklindeki düzenleme farklı ve kanımızca hatalı yorumlara neden olabilecek nitelikte ise de normlar hiyerarşisi uyarınca yönetmelik düzenlemesi ile yukarıda açıkladığımız Anayasa ve kanun düzenlemesine aykırı kurallar getirilemez<sup>23</sup>. Eğer yönetmelik hükümleri, yukarıdaki açıklamalarımıza ters bir şekilde yorumlanır ise CMK'ya aykırı olduğundan yok hükmünde olacak ve bu durumda da dış beden muayenesi için hakim kararı gerekecektir<sup>24</sup>.

Sonuçta iç beden ve dış beden muayenesi açısından farklı bir usulden bahsedilebilmesi kanımızca mümkün değildir ve dış beden muayenesi açısından da 75. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

<sup>22</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kazaker, s:183, 184, Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, "Ceza Muhakemesi Hukuku", 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012, s:461, 462.

<sup>23</sup> Normlar hiyerarşisi uyarınca kanunun anayasaya, yönetmeliğin de kanuna uygun olması bir zorunluluktur. Nitekim doktrinde "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kanun ile yapılabilir (m. 13). Yasal bir düzenleme olmaksızın, yürütme ve idare bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemlerle sınırlayamaz" denilmektedir (Erdoğan Teziç, "Anayasa Hukuku", Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1998, s:13).

Aynı yönde dış beden muayenesinin kanun içerisinde düzenlenmeyip yönetmelik ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde görüş için bkz. Ali Ersin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:16, Ağustos 2011, s:197. Benzer yönde eleştiri için bkz. Akbulut, s:86,90, Kılıç, s:136, yine aynı yönde ve kapsamlı görüş için bkz. Dursun, Beden Muayenesi, s:2964, Kılıç, s:62, Ünver, Hakeri, s:285,286.

<sup>24</sup> Ancak doktrinde aksi yönde, Yönetmelik'in 5. maddesi nedeniyle dış beden muayenesi için ayrıca karar verilmesine gerek olmadığını belirten müellifler de bulunmaktadır (Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:521, Ertügrül, s:48).

Kanunda iç beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı, dış bedene ilişkin yapılmadığı, bu nedenle de dış beden muayenesinin hakim kararı dışında bırakıldığına ilişkin görüş için bkz. İnci, s:138.

Dış beden muayenesi açısından aynı bir karara gerek olmadığı ancak düzenlemenin kanun ile değil yönetmelik ile yapılmış olması nedeniyle elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun tartışılmalı hale geldiği, bu nedenle de dış beden muayenesine kim tarafından karar verileceğinin önemini yitirdiği şeklindeki görüş için bkz. Apış, s:276.

## II. İŞKENCE

Bedene yapılan rıza dışı müdahalelerin çoğunlukla insan onurunu da ihlal eder nitelikte olacağı bir gerçektir. Beden muayenesinin kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği de başka bir gerçek olduğuna göre, zorla gerçekleştirilecek olan beden muayenesinin işkence suçu ile ayırımını yapmak da kolay olmayacaktır<sup>25</sup>. Kişi dokunulmazlığını düzenlemekte olan Anayasa'nın 17. maddesi aynı zamanda işkence yasağını da getirmektedir. Bu nedenle kişi dokunulmazlığı ile beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın zorla yapılıp yapılamayacağına ilişkin değerlendirmede işkence suçunun detaylı bir şekilde değerlendirilmesi bir zorunluluktur.

### 1. İşkencenin Tanımı ve Kavrama İlişkin Açıklama

İşkence, Farsça kökenli “şikenc/işkenc” sözcüğünden gelmekte olup<sup>26</sup> Türk Dil Kurumu<sup>27</sup> işkenceyi; “Bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet”, “düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet”, “aşırı gerginlik, sıkıntılı durum, azap”, “vidalı bir tür sıkıştırma aracı” şeklinde tanımlamaktadır<sup>28</sup>. Hukuk sözlüğünde ise işkence; “herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf etmeleri için canlarını

<sup>25</sup> “Sanık, kendisinin suçlu olduğunun ispatlanmasına aktif bir şekilde katılma ödeviyle sorumlu tutulmaz. Bu ilke ismini Latince hukuk terimi olan “Nemo tenetur se ipsum accusare” den almaktadır” (Kılıç, s:25), “Söz konusu ilke, kendi suçunun ispatlanması konusunda sanığı, kovuşturma organlarıyla işbirliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakır. İlke, bir taraftan susma diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendini suçlamadan kurtarabilme hakkını ihtiva eder”, yine aynı sayfada “eğer sanığa kendisini suçlandıracak faaliyetlerde bulunma ödevi yüklenilirse, sanık kendisinin suçlu ilan edilmesi için bir nesne/obje konumuna getirilmiş olur ki, bu durumda sanığın haysiyetine/insanlık onuruna müdahale edilmiş olur. Bunun yanında sanığın bu ödevi icra etmeyi reddetmesi halinde güç kullanılması da zorunlu olacaktır. Geçmişten elde edilmiş tecrübeler, bunun önlenemez şekilde işkenceyle birbirine gireceğini ortaya koymaktadır” denilmektedir (Kılıç, s:26).

<sup>26</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Mart 2014, s:129.

<sup>27</sup> Bundan sonra TDK olarak anılacaktır.

<sup>28</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd2bd65cf6118.46524738](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd2bd65cf6118.46524738) (Erişim:25.10.2018).

*yakıcı işlemlerde bulunmak. Anayasaya göre kimseye işkence yapılamaz.*"<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmaktadır<sup>30</sup>.

İşkence uluslararası metinlerde de tanımlanmıştır. Buna göre İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkence; "Bu Sözleşmenin amacı bakımından "işkence", bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>31</sup>.

Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere yukarıda sayılan tanımların hiçbirisi TCK düzenlemesindeki işkence suçu ile tam anlamıyla örtüşmemektedir. Bu aşamada sadece belirtilmelidir ki, TCK düzenlemesi çok daha geniş bir alanı kapsamakta, işkenceye karşı geniş bir koruma alanı getirmektedir. Buna karşın, uygulamada işkence suçunun, kanun koyucunun amacına uygun bir şekilde geniş bir alan kapladığını söyleyebilmek mümkün değildir.

İşkenceyi tanımlarken genellikle referans alınan öge, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere 5237 sayılı TCK açısından geçerli

<sup>29</sup> Ejder Yılmaz, "Hukuk Sözlüğü", Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996, s:413.

<sup>30</sup> Doktrinde işkence; "İnsanın fizik ve moral varlığına ve onuruna karşı girişilen bir saldırı olan işkence, ilk çağdan bu yana, yalnız bir sorgulama ya da cezalandırma yöntemi değil, iktidar ilişkilerinin de bir parçası olagelmıştır; yüzyıllımızda da daha çok totaliter ve otoriter rejimlerde görülen bir insanlık suçudur" şeklinde tanımlanmaktadır (Bülent Tanör, "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", Özal Matbaası, Ocak 1990, s:40).

<sup>31</sup> Doktrinde Sözleşme'de yer alan tanım hakkında; günümüz itibarıyla geçerliliği evrensel olarak kabul edilmiş başka bir tanım olmadığı belirtilmektedir (Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusal İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi", Ankara Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006, s:31).

olmamakla birlikte, şüpheli/sanığa suçunu ikrar ya da itiraf ettirme<sup>32</sup> olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Oysa masumiyet karinesinin geçerli olduğu bu aşamada ancak suç kabullendirilmeden bahsedilebilmesi mümkündür<sup>34</sup>. Zira işkence altında isnat edilen suçlu ikrar eden kişinin gerçekten suçlu olup olmadığını bilebilmek mümkün değildir<sup>35</sup>. İşkenceye maruz kalan herkesin her isnadı kabul etmesi mümkündür. Bu nedenle kanımızca, işkence sonucunda suçun ikrar edilmesinden değil en fazla suçun kabullendirilmesinden bahsedilebilmesi mümkündür<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> 765 sayılı TCK zamanında suçun manevi unsuru olarak kabul edilmiştir.

<sup>33</sup> Doktrinde; işkencenin insanlık tarihinde çok ciddi acılara yol açtığı ve işkence suçunun ceza yargılaması esnasında işleniyor olmasının da suça daha dikkat çekici bir nitelik kazandırdığı belirtilmektedir (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, "Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler", Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2011, s:270) Zira işkencenin en tipik örneği bir suçun işlendiğinin ortaya çıkartılması amacıyla yeni bir suç işlenmesi şeklinde kendini göstermektedir.

<sup>34</sup> Bu aşamada ayrıca belirtilmelidir ki, işkenceye ilişkin yapılan istatistikî çalışmalar sadece adli olgularda işkence yapıldığını (Melek Göregenli, Evren Özer, "Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980'lerden Günümüze Türkiye'de İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması", Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Sayı:70, Kasım 2010, Ankara, s:25), aynı zamanda kitlesel eylemlerde de işkence yapıldığını ortaya koymaktadır (Göregenli, Özer, s:55).

<sup>35</sup> 1764 yılında yayınlanan ve bir başyapıt olarak kabul edilebilecek eserinde Beccaria işkence için şunu söylemektedir: "Bir insanın hem suçlayan hem de suçlanan olmasını, ayrıca gerçeğin ölçütü/esası bir zavallının kasları ve sınırları içindeymiş gibi verilen acının gerçeğin ta kendisi bulunduğunu kararlaştırıp buyurmak, bütün nedensellik bağlantıları birbirine karıştırmayı bilerek istemek demektir. Besbelli ki, güçlü kuvvetli, serseri, vicdansız katilleri aklayıp kurtarmanın ve sıkı suçsuzlara hüküm giydirmenin en güvenilir yolu budur(!)" (Cesare Beccaria, Çev. Sami Selçuk, "Suçlar ve Cezalar Hakkında", İmge Kitabevi, 7. Baskı, Nisan 2018, s:86).

<sup>36</sup> Doktrinde ülkemiz tarihi açısından mahkemelerin ilginç ve insan hakları açısından üzücü kabullerine yer verilmiştir (Tanör, s:42). Eserde Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi'nin 1984/107 esas, 1984/375 karar, 04.09.1984 tarihli kararında; "Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, işkence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun sanıklarca da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantiki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkence arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir" denildiği belirtilmektedir. Karar hukukilik barındırmadığı gibi, mantığa da aykırıdır. Zira maddi gerçek ya da kararda belirtildiği üzere "doğru" ancak işkencenin doğrusu olarak kabul edildiği takdirde bu önerme tutarlı olacaktır. Aksi halde, kendi istediği cevabı alamayan işkenceci, cevap maddi gerçeğe uygun olsa dahi işkence yapmaya devam edecektir. Mahkemenin tüm yargılamayı işkenceye bağlayarak kendi varlık nedenini ortadan kaldıran kabulünün tarihte kalmasını, benzer yönde kabullerin bir daha mahkeme kararlarında yer almamasını ummaktayız.

İşkencenin suç olarak kabul edilmesi ve yasaklanması ise bir günde olmamış<sup>37</sup>, insanlığın yaşadığı acı tecrübeler sonunda gerçekleşmiştir<sup>38</sup>. Sonuçta bu acı tecrübeler, her ne kadar unutulmakta ve bu nedenle işkencenin karanlığı insan haklarının ışığını yeniden gölgelemekteyse de, insanlığı işkencenin yasaklanması<sup>39</sup> ve işkencenin suç olarak kabul edilmesine getirmiştir<sup>40</sup>. Anılan tecrübeler o denli kötüdür ki İHAS'ın 3. maddesi istisnasız olarak işkenceyi yasakladığı gibi 15/2. fıkrası da işkence yasağının olağanüstü hallerde dahi askıya alınmayacağını düzenlemektedir<sup>41</sup>. Yine İHAS'ın yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi açısından dahi kısıtlamalar söz konusu iken<sup>42</sup>, Sözleşme'nin işkence ya-

<sup>37</sup> İşkencenin tarihi gelişimi, yasallaşması, destekleyen görüşler, yasaklanması, suç olarak kabul edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Timur Demirbaş, "İşkence Suçu", Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2016, s:25-35.

Konu hakkında doktrinde işkencenin itiraf elde etme yöntemi olarak kullanıldığı, farklı yöntemlerle de olsa yaklaşık olarak beş yüzyıl boyunca Avrupa ülkelerinde uygulandığı da belirtilmektedir (Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muameleler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, 2007, s:147). Bu da işkencenin nasıl köklü bir geçmişinin olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>38</sup> "Alman Anayasası insan haysiyeti kavramına, en üst değer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu değerler sisteminin odak noktası yapmıştır. İnsanlığın üzerine bir kabus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yaşamış insanların, bu korkunç düzeni kurtulur kurtulmaz yaptıkları Anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış olan öteki insanlar bakımından daima hatırdan tutulması gereken çok önemli bir mesajdır." şeklindeki görüş için bkz. Bahri Öztürk, "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim:10.10.2018).

<sup>39</sup> Doktrinde, işkence yasağı gibi, bir hakkın içeriğinde yer alan yasakların; kişi haklarını oluşturan hürriyetlerden önemli bir bölümünü oluşturduğu ve bu tip yasakların insanın olumsuz bir eyleme veya uygulamaya karşı korunması olduğu belirtilmektedir (Halil Kalabalık, "İnsan Hakları Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Eylül 2017, Ankara, s:46)

<sup>40</sup> Tarih boyunca ütöpik örnekler üzerinden giderek işkencenin gerekliliğini savunan düşünürler olmuştur. Ancak "Montesquieu, "Bugün çok medeni bir milletin (İngilizlerin) işkenceyi reddedylediği ve bundan da bir zarara uğramadığını görüyoruz. Demek ki, işkence mahiyeti itibariyle zaruri değildir" (Demirbaş, İşkence Suçu, s:35) demek suretiyle realist bir yaklaşımla da işkencenin gerekli olmadığını ortaya koymuştur. Hukuki bir yaklaşımla ortaya konulması gereken bir diğer husus şudur; işkenceyi uygulayan kişi, işkence mağdurunun eylemi gerçekleştirdiğinden o kadar emindir ki, bu artık onun için mutlak bir gerçeklik halini almıştır. Bu nedenle duymak istediği sonuca ulaşana kadar işkenceye devam edecek ve büyük bir ihtimalle bir süre sonra amacına ulaşacaktır. Bu işkencenin haklı olduğunu göstermeyecek sadece onun kafasında tasarladığı gerçeğe ulaşılmış olacaktır. Bu süreç sonunda insan onurunun yanı sıra adil yargılama, masumiyet karinesi gibi en temel ceza ve insan hakları hukuku kavramları da ortadan kaldırılmış olacaktır.

<sup>41</sup> Konu hakkında doktrinde de terör ve örgütlü suçlar açısından da işkenceye izin verilmediği, hatta ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile işkence yasağının askıya alınmasının, bu konuda yükümlülük azaltmaya (derogation) gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Nal, s:152,153).

<sup>42</sup> Yukarıda açıklandığı üzere sonradan yürürlüğe giren 13. Protokol ile yaşam hakkının sınırları genişletilmiş ve idam cezası da tamamen yasaklanmıştır.

sağını düzenleyen 3. maddesi “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” şeklinde tek cümleden ibaret olup, istisnası bulunmayacak şekilde mutlak bir yasak getirmektedir<sup>43</sup>.

Konu hakkında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi<sup>44</sup> Büyük Daire tarafından da; işkence, insanlık dışı veya kötü muamelenin bir kişinin hayatı risk altındayken dahi uygulanabilir olmadığı, hatta kamunun hayatını tehlikeye atan acil durumlarda dahi işkence yasağı konusunda derogasyona gitmenin mümkün olmadığı, 3. maddenin çerçevesinin kesin sınırlarla çizilmiş olduğu ve en zor koşullar da dahil olmak üzere hiçbir şart altında kimseye işkence, insanlık dışı veya kötü muamelede bulunulmayacağı belirtilmiştir<sup>45</sup>. Yine İHAM kararları uyarınca sözleşmecî devletlerin işkence yapmamasının (negatif yükümlülük) yanı sıra işkenceyi önleyici yükümlülükleri de (pozitif yükümlülük) bulunmaktadır<sup>46</sup>. Bu nedenle devletlerin işkenceyi önleyici tedbirler almaları bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun bir yansıması da işkencenin kendisini suç olarak kabul etmektir. İşkence suçunun mağdurunun, yani işkenceye uğrayanın, herhangi bir suç işlemiş olup olmamasının da önemi yoktur. Bu nedenle işkencenin masuma/görünüşte suçluya ve hatta gerçekten suçluya karşı yapılması dahi bu sonucu değiştirmez.

<sup>43</sup> Konu hakkında doktrinde de belirtildiği üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edildiği tarihten bu yana, yaşanan ağır ihlallerin de etkisi ile, işkence yasağı ilgili tüm uluslararası belgelerde mutlak olarak düzenlenmiştir. Diğer tüm hakların uygulanması ve kısıtlanmasında sınırlamalar, istisnalar kabul edilmekteyken işkence yasağı hiçbir istisnaya yer vermeyecek ve hiçbir durum ya da şart altında yapılmasına onay verilmeyecek şekilde düzenlenmiştir (Aysun Koç, Hülya Üçpınar, Nazan Sakallı, Nergiz Tuba Atas, “İşkenceye Açık Kapılar”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2009, İzmir, s:23).

4616 sayılı Kanun çerçevesinde getirilen şartla salıverilme kapsamına kamu görevlilerinin yaptığı işkence suçlarının alınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş ancak Anayasa Mahkemesi'nce kamu görevlileri tarafından yapılan işkencenin koruduğu hukuki değer ve uluslararası hukukun getirileri de dikkate alınarak anılan düzenleme anayasa-ya aykırı bulunmamıştır (Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2012, s:124). Kanımızca karar, işkence yasağına verilen önemi göstermesi açısından önemlidir.

<sup>44</sup> Bundan sonra İHAM olarak anılacaktır.

<sup>45</sup> Gafgen & Almanya, Başvuru No:22978/05, 01.06.2010, para.107.

<sup>46</sup> Pretty & Birleşik Krallık, Başvuru No:2346/02, 29.07.2002, para.51.

## 2. İşkence Suçu

İşkence suçu, yukarıda açıklanan işkence eyleminden farklıdır. Bu durum doktrinde; işkence ve işkence suçu farklı anlamları olan hukuki terimler olup, işkence tarihsel ve politik bir anlama sahiptir, işkence suçu, işkencenin yanında zalimane, gayri insani ve aşağılayıcı muameleleri kapsayan bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır şeklinde tanımlanmaktadır<sup>47</sup>.

İşkence suçu TCK'nın 94. maddesinde<sup>48</sup>, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ise TCK'nın 95. maddesinde<sup>49</sup> düzenlenmiştir.

<sup>47</sup> Bilge Sayıcı Pehlivan, "İşkence Suçunun Kapsamı", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm> (Erişim:09.10.2018).

<sup>48</sup> TCK'nın 94. maddesi şu şekildedir:

MADDE 94 - (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

(6) (Ek : 6459 - 11.4.2013 / m.9) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.

<sup>49</sup> TCK'nın 95. maddesi aşağıdaki şekildedir:

MADDE 95 - (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir.

İşkence suçuna ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 17/3. fıkrasının TCK'daki yansıması olduğunu söylemek mümkündür.

### a. Korunan Hukuki Değer

İşkence suçu ile korunan hukuki değer ne olduğuna ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Konu hakkında bir sonuca ulaşabilmek için öncelikle suçun hangi bölüm içerisinde düzenlenmiş olduğuna bakılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. İşkence suçu, TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir.

Oysa 765 sayılı Kanun içerisinde işkence devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler kapsamında düzenlenmiş idi. Bu da kanun koyucunun 5237 sayılı TCK ile yeni bir kabule gittiğini ve önceliği insan onuruna vererek, işkence suçunun asıl mağdurunun işkenceye uğrayan kişi olduğunu kabul ettiğini göstermektedir.

Ancak işkence suçunun sadece kişi onurunu korumayı amaçladığı söylenemez. Zira işkence suçu ile birden çok hukuksal yarar korunmaktadır. Belirtildiği üzere korunan asıl hukuki yarar "insan onuru" olmak ile birlikte "*kişi dokunulmazlığı ve adliye; diğer yandan kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı da korunan hukuksal yarar olarak kendisini göstermektedir*"<sup>50</sup>. Bir başka ifadeyle işkence suçunun; suç mağduru birey başta olmak üzere, ceza adaleti ve kamu idaresine ilişkin menfaatleri koruduğu söylenebilecektir<sup>51</sup>. Nitekim bu durum işkence suçu ile eziyet suçu için belirlenen ceza miktarlarına bakıldığında daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira kamu görevlisinin gerçekleştirdiği benzer nitelikli eylemler için temel olarak 3 yıl ile 12 yıl arasında hapis cezası öngörülmüşken, eziyet suçunun temel hali için ise 2 yıl ile 5 yıl arasında hapis cezası öngörülmüştür.

<sup>50</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ekim 2015, s:265,266. Anılan eser içerisinde, işkencenin suç olarak kabul edilmesiyle, diğer değerlerin yanı sıra, susma hakkının da korunduğu, yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerine başvurunun da cezalandırıldığı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:264).

<sup>51</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2006, s:105. Benzer yönde görüş için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:271.



Görüleceği üzere doktrinde işkence suçu ile adli sistemin de korunmaya çalışıldığı belirtilmekle birlikte bu durum tartışmalıdır. Zira aşağıda açıklanacağı üzere işkence suçunun failinin kamu görevlisi olması yeterli olup; failin, adliye, yargı sistemi veya kolluk görevlisi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda işkence suçunun kapsama alanında adliye ile ilgisi olmayan suçlar da bulunabileceğinden suçun adliyeyi, yargıya duyulan güveni korumayı amaçladığı konusu tartışmalıdır<sup>52</sup>.

İşkence suçunun faili ancak bir kamu görevlisi olabileceğinden, suça konu eylem sonucunda ortaya çıkacak olan zarar/haksızlık/ mağduriyet; benzer nitelikteki eylemlerin bir sivil kişi tarafından işlenmesi haline göre çok daha fazla olacaktır<sup>53</sup>. Bu nedenle işkence suçuna, eziyet suçuna nazaran daha ağır cezalar öngörülmüştür. Öyleyse işkence suçu ile devlet idaresine duyulan güvenin sağlanmasının esas alındığı iddia edilebilirse de burada suça ilişkin eylemlerin doğrudan muhatabı ve asıl acı çeken olan bireyin ikinci plana atılarak devlete olan güvenin esas alınmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

## **b. Fail / Mağdur**

### **ba. Fail**

Yukarıda belirtildiği üzere herhangi bir kamu görevlisi işkence suçunun faili olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki işkence suçundan bahsedilebilmesi için failin kamu görevlisinin görevi ile ilgisi olması gerekir<sup>54</sup>. Suç ancak kamu görevlisi tarafından işlenebileceğinden özgü suçtur.

Bilindiği üzere TCK'nın 6. maddesinde kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere TCK ile kamu görevlisi olabilecek kişiler oldukça ge-

<sup>52</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s:266.

<sup>53</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s:266.

<sup>54</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:267.

niş bir şekilde düzenlenmiştir<sup>55</sup>. Bu nedenle TCK'nın 6. maddesi kapsamındaki şartlardan birini taşıyan herhangi bir kişi işkence suçunun faili olabilecektir.

İşkence suçunun failinin kamu görevlisi olmasına ilişkin zorunluluk doktrinde üzerine basılarak vurgulanmakta ve bu suçun failinin resmi sıfatla hareket eden bir kişi olduğu, bu durumun işkencenin en önemli ayırıcı vasfını oluşturduğu belirtilmektedir<sup>56</sup>.

Sivil vatandaşların kamu görevlilerine özgülenmiş suçların faili olabilmesi mümkün değildir. Nitekim TCK'nın 40/2. fıkrası; "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmünü ihtiva etmektedir. Bununla birlikte işkence suçunu düzenleyen 94. maddenin 4. fıkrası ile; "Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır." şeklinde özel bir düzenleme getirilmek suretiyle artık 40/2. fıkranın işkence suçuna uygulanabilmesi olanaksız kılınmıştır. Bu nedenle 94/4. fıkra uyarınca kamu görevlisi olmayanların da işkence suçundan sorumlu olabileceği durumlar olabilir. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus işkence suçuna yardım eden sivil kişinin eyleminin 94/4. fıkra

<sup>55</sup> Konu hakkında doktrinde; 765 sayılı TCK'da memur olabilmek için aranan ölçütün kamu görevini yerine getirmek olduğu, 5237 sayılı TCK'da ise yeni bir anlayış getirildiği belirtilmektedir. Getirilen yeni ölçütün idare hukukuna daha yakın bir ölçüt olduğu, daha geniş sınırlar içerdiği ve kamu görevi yerine getirmeyenlerin de kamu görevlisi sayılacağı, tanımın Devlet Memurları Kanunu'ndaki "memur" tanımından da daha geniş olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle din hizmetlileri veya genel hizmetler sınıfında görev yapanlar kamu görevi yerine getirmediği halde, tek ölçütün kamusal faaliyetin yürütülmesine (atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak) katılma olması nedeniyle artık kamu görevlisi olarak değerlendirileceklerdir. Ancak Yargıtay kararlarında gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasının kamu görevlisi sayılmak için yeterli olmadığı, ancak avukatlar, sağlık ocağında görev yapan hekimler, tanıklar, ihtiyar heyeti üyeleri, belediye başkanı, federasyon başkanları, vali yardımcıları, kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir de denilmektedir. (Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", TBB Dergisi, Sayı:94, 2011, s:113-121). Aynı eser içerisinde düzenlemeye yönelik eleştiriler de bulunmakta ve sonuçta kamu görevlisi kavramı ile bazı suçlar, özellikle de bazı ağır suçlar, açısından fail bakımından çok geniş düzenleme getirildiği, anılan düzenlemenin gerekli olmadığı belirtilmekte ve demokratik toplumlarda ceza hukukunun istisnai ve son çare olduğu belirtilerek kamu düzeninin öncelikle özel hukuk uygulama ve yaptırımları suretiyle korunması ve geliştirilmesi gerektiği açıklanmaktadır (Dönmez, s:127).

<sup>56</sup> İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK.nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 3-4, Yıl 2002, s:150.

uyarınca her durumda asli fail gibi mi cezalandırılacağı noktasındadır. Kanımızca böyle bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. TCK'nın 37-39. maddeleri genel hükümler olup, anılan hükümler her suç açısından uygulanır. Bu nedenle işkence suçunun işlenmesine; örneğin suçun işlenmesinden önce faillerin kaçmasına yardım edeceğini vaat ederek yardım eden sivil kişi, eylemi uyarınca ancak işkence suçuna yardım eden sıfatıyla cezalandırılabilecektir<sup>57</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere; işkence suçunun failinin kamu görevlisi olması yetmekte, kendisine özel bir yetki tanınmış olması gerekmemektedir. Oysa 765 sayılı TCK döneminde suçun failinin kamu görevlisi olması yetmemekte ve failin ifade almaya ve sorgulamaya yetkisi olması gerekmektedir<sup>58</sup>.

94. madde düzenlemesi bu yönüyle doktrinde eleştirilmekte ve işkence suçunun amacının, tüm kamu görevlilerini kişilere karşı işledikleri suçlar açısından cezalandırmak olmadığı, işkence fiillerinin cezalandırılma amacının ceza yargılamasının güvenilirliğini garanti etmeye çalışmak olduğu belirtilmektedir<sup>59</sup>. Nitekim bu görüşe uygun olarak işkence suçu uygulamada neredeyse hiç karşımıza çıkmamaktadır. Zira madde düzenlemesinin geniş bir alana yayılması nedeniyle, cezasızlık kültürünün de etkisiyle<sup>60</sup>, aslında işkence suçunu ihlal eden eylemlere ilişkin

<sup>57</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:115.

<sup>58</sup> Bu durum doktrinde sorgu ve ifade alma konusunda yetkili ve görevli olanların işkence suçunun faili olabileceği şeklinde açıklanmaktaydı (İsmail Malkoç, "2004 değişiklikleri ve içtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu", Malkoç Kitabevi, 1. Bası, Eylül 2004, s:653).

<sup>59</sup> Demirbaş, "İşkence Suçu", s:87, aynı yönde görüş için Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:272.

<sup>60</sup> Cezasızlık kültürü veya cezasızlık sorunu olarak adlandırılan sorun; İHAM tarafından 02.09.1998 tarihli Yaşa & Türkiye kararında (Başvuru No:22495/93) "impunity" kelimesi kullanılmak suretiyle bir dokunulmazlık, cezadan muaf olma durumu yaratıldığı şeklinde ortaya konulmuştur. Anılan tarihten başlayarak İHAM'ın bir çok kararında Türkiye'de yaratılan bu cezasız bırakılma durumu ihlal nedeni olarak sayılmıştır (Birçok karar içerisinde bkz. Benzer ve Diğerleri, Başvuru No:23502/06, 12.11.2013, Kurt & Türkiye, Başvuru No:15/1997/799/1002, 25.05.1998; Akdeniz ve Diğerleri & Türkiye, Başvuru No:23954/94, 31.05.2001; Dink & Türkiye, Başvuru No:1668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010). Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gülşah Kurt, "Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci", Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, s:16-18.

İHAM tarafından Türkiye aleyhine ihlal kararları verilmesi sonrasında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine 4748 sayılı Kanun ile ek yapılmış ve İHAM tarafından verilen "işkence yada zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları" nedeniyle Devlet tarafından ödenmek

yürütülen soruşturmalar henüz en başında diğer suç tipleri kapsamına dahil edilmekte<sup>61</sup> ve suçun mağduru, yani işkenceye uğrayan hakkında da soruşturma başlatılmaktadır<sup>62</sup>. 2006-2008 yıllarına ilişkin gerçekleştirilen bir araştırmada şu çarpıcı sonuçlara ulaşılmıştır:

2006 yılında 2.668, 2007 yılında 3.700, 2008 yılının ilk 4 ayı içinde 1.123 kişi hakkında TCK'nın 265. maddesi uyarınca görevi yaptırmamak için direnme suçundan soruşturma açılmıştır. Buna karşılık işkence şikayetine ilişkin açılan dava sayısı ise toplam 614'tür. Görüleceği üzere görevi yaptırmamak için direnme iddiasıyla açılan dava sayısı işkence suçu nedeniyle açılan dava sayısının 10 katından fazladır. Bu nedenle de işkence mağduru olan şahıslar hakkında açılan davaların, mağdurların hak arama mücadelesini olumsuz etkilediği, mağdurlara karşı korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın bir şekilde uygulandığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>63</sup>.

---

zorunda kalan tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu imkanı getirilmiştir (Zeynep Engin, "İşkence ve Türkiye: Türkiye'de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/1, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., s:14).

Cezasızlık kültürünün yeni bir durum olduğu da söylenemeyecektir. 1990 basımlı olan bir eserde bu durum şu şekilde açıklanmaktadır; "İşkence altında alınan ifadeleri delil sayma anlayışı bu noktada da etkili olmuş gibidir. Dahası, işkence ihbarları hakkında pek duyarlı görünmeyen yargı mercilerinin bu tutumunun, temyiz en üst katna da yansımalarıdır. İşkence yapıldığı iddialarına sık sık başvurulmasının nedenini, "Türkiye'yi uluslararası kuruluşlar nezdinde zor duruma düşürmek, mevcut demokratik rejimi kötüleyerek, antidemokratik bir uygulama bulunduğu izlenim(ini) yaymaya çalışmak" şeklinde açıklayan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 23 Ocak 1986 tarihli kararı bunu göstermektedir"(Tanör, s:44).

<sup>61</sup> Konu hakkında doktrinde;94. maddenin kapsama alanının geniş olması, özel kasit aranmaması ve fiilin ağırlığı gibi bir kıstas içermemesi nedeniyle aslında pek çok işkence ve diğer kötü muamele fiilleri için doğrudan doğruya 94. madde kapsamında soruşturma başlatılabilecek iken tam tersi bir yol izlenilerek işkence olduğu açık olan eylemlerde dahi diğer suç tipleri üzerinden soruşturma yürütüldüğü belirtilmektedir (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş, s:65).

<sup>62</sup> Bu konu hakkında ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki "İşkence ve kötü muamele yaptığı iddia edilen görevliler hakkında ulusal hukukta kovuşturma açılarak takipsizlikle sonuçlanmış olması yahut görülen davada isnat edilen suçlardan beraat etmelerine hükmedilmiş olması, AİHM önünde davalı Devletin sadece bunu belirtmekle yapacağı bir savunmayı yeterli kılmaz. Başka deyişle, örnek olsun, güvenlik görevlilerinin beraat etmesi, polisin kontrolü altındaki bir bireyde vuku bulan yara-berenin bu görevlilerce yapılmamış olduğunu göstermek bakımından AİHS (md.3) çerçevesinde ilgili Devleti bu eylemlerin Devlete atfedilemeyeceğini kanıtlama yükümlülüğünden bağışık kılmaz ve buna bağlı olarak da ilgili Devleti, Sözleşme ekseninde sorumlu tutulmaktan kurtarmaz" (Gemalmaz, s:382).

<sup>63</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş, s:18.

Yapılan bir başka araştırma TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ile 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçlarının karşılaştırmasına ilişkindir. Anılan çalışma sonuçları uygulamadaki cezasızlık kültürünü net bir şekilde ortaya koymakta olduğu gibi, durumun iyileşmek yerine her geçen gün kötüleştiği de görülmektedir. Zira 2006 yılı verilerine göre TCK'nın 265. maddesi uyarınca verilen 10 bin 207 mahkumiyet kararına karşılık, aynı süreçte sadece TCK'nın 256. maddesi uyarınca sadece 116 mahkumiyet kararı verilmiştir. Rakamların ortaya koyduğu üzere hakkında mahkumiyet hükmü kurulan her kolluk görevlisi için yaklaşık 100 vatandaş hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuştur. 2009-2014 yıllarına bakıldığında ise durumun çok daha kötü bir seviyeye geldiği anlaşılmaktadır.<sup>64</sup>

İstatistik çalışmalarının ortaya koyduğu gerçeğe ve yukarıda değinilen doktrinlerdeki değerli tespitlere karşın işkence suçunun alanının geniş tutulmasının ve her türlü kamu görevlisinin anılan suçun faili olabileceğine ilişkin düzenlemenin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira; günümüzde işkence suçunun en belirgin görünüm yerleri toplantı ve

<sup>64</sup> 2006 yılı verilerine göre "TCK 265. maddeden verilen 10 bin 207 mahkumiyetine karşılık, sadece 116 TCK 256. madde mahkumiyeti dikkat çekiyor.

Her bir kolluk görevlisi için 100 kat vatandaşın cezalandırılması dikkat çekici bulunmuş ve aslında karşı dava tehdidinin nasıl yıldırıncı bir silaha dönüştüğünün altı çizilmiştir.

2016'da bu kez 2009-2014 yıllarına ilişkin yaptığımız benzer bir inceleme durumu düzeltmek bir yana korkunç bir seviyeye geldiğini gösteriyor. Zor kullanma yetkisinin aşılmasını düzenleyen TCK 256. madde artık hemen hemen hiç bir mahkumiyetle sonuçlanmazken, TCK 265. maddeden verilen mahkumiyet kararlarının katlanarak arttığı gözleniyor.

Gezi olaylarının gerçekleştiği 2013 ve onu izleyen 2014'te ise TCK 256. madde mahkumiyetleri sıfıra yaklaşırken, TCK 265. madde mahkumiyetlerinin tarihi zirvelerini gördüğünü tespit edebiliyoruz.

Öyle ki 2006' da her bir kolluk görevlisine 100 vatandaşın mahkum olması şeklinde belirlediğimiz oran, 2013'te yaklaşık her bir kolluk görevlisine karşı 10 bin vatandaşa dönüşmüş durumda."

"Bununla birlikte, soruşturulan vaka sayısı esas alındığında ortaya çıkan şikayet / mahkumiyet oranı 4 binde 13 gibi anlaşılması mümkün olan bir düzeydedir. Bir başka deyişle, soruşturulması istenen 4 bin vakada sadece 13 kolluk görevlisi ceza almakta, bunların da 2012-2014 yılları arasında sadece dördü şeklinde gerçekleşmektedir. Bu yıllar içerisinde soruşturma başlatılan olay 12 bin 295 iken hapis cezası verilen toplam kişi sayısı dördür.

Bu koşullarda, şikayet edilen her 3000 polisten sadece birinin hapis cezası aldığı sonucu çıkarılabilir. Bu hapis cezalarının fiilen uygulanıp uygulanmadığı da bilinmiyor." (Kerem Altıparmak, Feray Salman, "Adalet İstatistiklerinin Dili: Gezi'de Yazılan Cezasızlık Destanı Kahramanlık Değil", 09.06.2016, <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/175633-adalet-istatistiklerinin-dili-gezi-de-yazilan-cezasizlik-destani-kahramanlik-degil> (Erişim:10.08.2019)). Çalışma kapsamında TCK'nın 256. maddesi esas alınmıştır. Eğer işkence suçu esas alınmış olsaydı sonuçların daha da karamsar çıkacağı ve cezasızlık kültürünün etkisiyle bilimsel bir araştırma yapmaya yeterli verinin dahi ortaya çıkamayacağı tahmin edilmektedir.

gösteri yürüyüşlerine yapılan müdahaleler olmaktadır<sup>65</sup>. Eğer işkence suçunun kapsamı sadece ifade almaya ve sorgu gerçekleştirmeye yetkili kamu görevlisi ile dar tutulmuş olsaydı anılan müdahalelere karşı TCK'nın 94. maddesini uygulamak mümkün olmayacaktı. Uygulamada zaten böyle bir usul izlenmediği yönünde eleştiri getirilebilir ise de kanımızca mevzuatı uygulamaya değil, uygulamayı olması gerekene uygun hale getirmek gereklidir.

## bb. Mağdur

İşkence suçunun mağduru herkes olabilir. Bu durum doktrinde, suçun mağdurunun insan olması dışında başka bir özel nitelik aranmadığı şeklinde açıklanmaktadır<sup>66</sup>. Bununla birlikte bazı kimselerin suçun mağduru olması<sup>67</sup> suçun nitelikli halini ortaya çıkartacaktır<sup>68</sup>.

765 sayılı TCK'nın 243. maddesi suçun mağduru olabilecekler açısından da 94. madde düzenlemesinden farklıdır. Zira 243. madde uyarınca suçun mağduru ancak “sanık, mağdur, şahsi davacı, müdahil veya tanık” olabilecek iken belirtildiği üzere 94. madde uyarınca suçun mağduru herkes olabilir.

Doktrinde 94. maddenin anılan düzenlemesi de eleştirilmekte ve ceza yargılaması ile ilişkisi olmayan kişilerin suçun mağduru olarak kabul edilmesinin uygun olmadığı belirtilmektedir<sup>69</sup>.

Faile ilişkin kısımda belirtilmiş olan gerekçelerle doktrindeki görüşten ayrılmakta ve herkesin suçun mağduru olabileceğine ilişkin dü-

<sup>65</sup> Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kararları uyarınca; toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale eden kolluk kuvvetlerinin, gösteriye katılanları suçlarından çekerek yürütmesi, vücutlarının alt kısımlarını tekmelemesi ve coplaması gibi eylemler insanlık dışı muamele kabul edilmektedir (Kalabalık, s:438).

<sup>66</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:116.

<sup>67</sup> TCK'nın 94/2. fıkrası uyarınca suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

<sup>68</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:267.

<sup>69</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:272.

zenlemenin doğru olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim işkence suçunun son zamanlarda toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı gerçekleştirilen müdahaleler sırasında görüldüğü gerçeğinin yanı sıra, Türkiye’de son zamanlarda işkencenin bilgi alma ihtiyacından çok korku veya gözdağı vermek, cezalandırmak amacıyla<sup>70</sup> uygulandığı da doktrinde belirtilmektedir. Bu durumda işkence suçunun mağdur kısmını daraltmak, aslen işkence suçunun tüm unsurlarını taşıyan ve insan onurunu ortadan kaldıran eylemlerin yaralama, hakaret gibi suçlar kapsamında kalmasına yol açacaktır.

### c. Suçun Unsurları

#### ca. Maddi Unsur

İşkence suçundan bahsedilebilmesi için bulunması gereken temel unsur, gerçekleştirilen eylemin insan onuruyla bağdaşmaması gerekliliğidir. Gerçekleştirilen eylemin<sup>71</sup> insan onuru ile bağdaşmamasının yanı sıra 94. madde içerisinde sayılan seçimlik hareketler olan:

- bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine<sup>72</sup>,
- algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine,
- aşığılanmasına

yol açacak davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bu vasfı nedeniyle işkence suçu seçimlik hareketli bir suç olup sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi dahi suçun oluşması için yeterli olacaktır. Bununla birlikte eylem veya eylemler madde içerisinde sayılan hareketlerden birden fazlasını kapsayacak nitelikte ise bu durum suçun oluşumu açısından değil cezanın tayini sırasında dikkate alınacaktır.

<sup>70</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:15.

<sup>71</sup> Aşağıda açıklanacağı üzere işkence suçu ihmalî hareket ile de işlenebilecektir. Bu nedenle sadece eylemden değil eylemsizlikten de bahsedilebilir.

<sup>72</sup> Doktrinde de belirtildiği üzere insan onurunun korunması sadece bedensel alanla sınırlı değildir. Manevi baskı, işkence ve buna uygun sorgulama metotları da beden bütünlüğü üzerindeki hakkı zedelemektedir (Gören, s:415).

Bu durumda üzerinde durulması gereken ilk unsur insan onurudur. İnsan onuru doktrinde “İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür”<sup>73</sup> olarak tanımlanmaktadır. Yine insan onurunun, kişinin en temel değeri olduğu ve işkencenin de bu değere yapılan saldırı olduğu belirtilmektedir<sup>74</sup>.

İnsan onuruyla bağdaşmadıktan sonra eylemin ağır bir acı veya etkilenmeye yol açması aranmamalıdır. Konu hakkında doktrinde; uluslararası insan hakları hukuku ile karşılaştırmalı hukuk açısından işkence için failin eyleminin asgari bir ağırlık derecesine varması gerektiği, ancak fiil ağır neticelere yol açmışsa, ortaya çıkan netice nedeniyle cezanın artırılacağı, ancak sadece ortaya çıkan neticenin hafif olmasından dolayı işkence suçunun oluşmadığının söylenemeyeceği belirtilmektedir<sup>75</sup>.

Doktrinde işkence suçu; dar ve geniş anlamda işkence olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. “Dar anlamda işkence sadece ceza muhakemesine özgü bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre ifade veya sorgu faaliyetini gerçekleştirmeye yetkili görevlilerin şüpheli veya sanığa karşı işlenen ve söz konusu kişiden belli bir beyan almaya yönelik kötü muamele fiilleridir. Geniş anlamda işkence ise ceza muhakemesi dışında idari veya disiplin soruşturmalarını da kapsamakla birlikte; mağdurun da şüpheli veya sanık dışında mağdur, tanık, bilirkişi ve hatta müdafii de olabileceğini kabul etmektedir”<sup>76</sup>. Kanımızca doktrinde açıklanan geniş anlam dahi TCK’nın 94. madde düzenlemesini tam olarak kapsamamaktadır. Zira işkence suçu, sadece adli veya idari bir soruşturma kapsamında ortaya çıkmak zorunda değildir. Bu nedenle suçun sınırları geniş anlamın dahi dışına çıkmaktadır.

TCK’nın 94. maddesinin ihlalden bahsedebilmek için aranan seçimlik hareketlerden ilki bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine neden olacak davranıştır.

<sup>73</sup> Öztürk, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)”.

<sup>74</sup> Üzülmüş, s:147.

<sup>75</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:272,273.

<sup>76</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:273.



Bu seçimlik hareket kendi içerisinde de ikiye ayrılmaktadır. İlk hareket bedensel yönden acı çekmesine neden olma durumudur. Burada bedensel yönden acı için bir sınırlama getirilmemiştir. Bu durumda basit tıbbi müdahale ile giderilebilir eylemler de işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecek midir? Kanımızca insan onuruna aykırı olduğu sürece basit tıbbi müdahale kapsamında kalan eylemler de işkence kapsamında olacaktır<sup>77</sup>. Örneğin bir baba veya annenin çocukları önünde tokatlanmasının küçük düşürücü olacağı açıktır. Bu nedenle eylemin basit tıbbi müdahale kapsamında kalmasının kanımızca önemi yoktur.

Ruhsal yönden acı çekmesine neden olacak seçimlik hareketin madde içerisinde sayılması başlı başına tartışma içermektedir. Zira insan onuru ile bağdaşmayan her hareket, hareketin muhatabı olan mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olacağından suç açısından seçimlik hareket olarak kabul edilmesinin anlamı bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Bununla birlikte kanun koyucunun sayım usulünü tercih etmesi kanımızca yerindedir<sup>79</sup>. Böylece işkence kapsamındaki eylemlerin görünür olması ve suç tipi kapsamında olduğunun belirlenmesi kolaylaşmaktadır.

Ancak üzerinde durulması gereken husus mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olma sınırının ne olduğudur. Zira insan onurunu ihlal edecek nitelikte olmayan basit bir eylem, örneğin aşağılama kastı olmaksızın çimdik atma eylemi de mağduru sinirlendirebilir ve ruhsal

<sup>77</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:110. Yine bir diğer eserde mağdurda ortaya çıkacak olan bedensel veya ruhsal acının mutlaka mağdura temas edilerek gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:274). Bir başka eserde ise "davranışların mutlaka vücuda cismen eza vermeleri şart değildir; dolayısıyla mağdurun vücudunda harabiyet oluşturmamakla beraber, onda bedeni ve ruhsal acı veren, vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü kötü muamele bu kapsama girer"(Demirbaş, "İşkence Suçu", s:95) denilmek suretiyle benzer yönde görüş bulunmaktadır.

Doktrinde "her darbin işkence teşkil etmeyeceği doğrudur. Ama fiili değerlendirirken, yol açtığı neticeye göre a posteriori bir değerlendirme yapmak yanlıştır. Doğrusu, fiilin yapıldığı ana göre ve objektif niteliğini dikkate alarak sonuca varmaktır." şeklinde görüş de bulunmaktadır (Tezcan, Erdem, Önok, s:273).

<sup>78</sup> Konu hakkında doktrinde, insan onurunu zedeleyen davranışın söz konusu olduğu hallerde, bunun ağır acı ve ezaya yol açmadığını söyleyebilmenin mümkün olmadığı, insan onuruyla bağdaşmayan her davranış zaten ağır olduğundan, TCK'da ağırlık kistasına ayrıca yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı belirtilmektedir (Demirbaş, "İşkence Suçu", s:99).

<sup>79</sup> İşkence suçunun, bireyin beden ve ruh dünyasında doğurduğu etkiler nazara alınarak düzenlenmesinin yerinde olduğuna dair aynı yönde görüş için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:108.

yönden acı çekmesine neden olabilir. Yine günlük hayatta hakaret amacıyla kullanılmayan bazı tabirler, kişiye “sen” diye hitap edilmesi gibi sözler muhatabı kişiyi rahatsız ederek ruhsal yönden acı çekmesine neden olabilecektir. Bu durum kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen her suç fiilinin işkence kapsamında değerlendirilmesini gerektirecektir. Bu nedenle doktrinde; kişinin ruhsal yönden acı çekmesi sınırlandırılmak istenilmiş ve bu unsurun psikolojik durumun bozulmasına, kişinin ruhsal durumunun normalin dışına çıkmasına yol açacak davranış şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>80</sup>. Sonuçta ruhsal yönden çekilen acının belirli bir seviyede olması gerektiğinin arandığı görülmektedir<sup>81</sup>.

Kanımızca buradaki temel kıstas insan onurudur. Eğer fail eylemi ile insan onurunu ihlal ediyorsa, bu durumda en basit ruhsal acı dahi TCK'nın 94. maddesini ihlal eder nitelik kazanacaktır. Kişinin ruhsal yönden daha fazla ya da daha az acı çekmesinin önemi olmayacaktır<sup>82</sup>. Nitekim eylemler sonucunda kişi hiç acı çekmemiş, hatta hissetmemiş, algılamamış da olabilir<sup>83</sup>. Acı verebilecek nitelikte insan onuruna aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesi ile suç ortaya çıkmış olacaktır<sup>84</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus CMK'nın 148. maddesi ile yasaklanmış ifade ve sorgu usullerinden biri olan kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi suretiyle ifade veya sorgunun gerçekleştiril-

<sup>80</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s: 274.

<sup>81</sup> Doktrinde belirtildiği üzere işkenceye uğrayanların seyrettirilmesi ya da seslerinin dinlemeye mecbur bırakılması da işkence kapsamında değerlendirilmelidir (Tezcan, Erdem, Önok s:268). Dava dosyalarına yansıyan; rutin olarak yüksek sesli müzik ya da tekrarlanan şeylerin dinletilmesi (Başka sesin olmadığı bir ortamda sürekli su damlaması sesi dinletilmesi) gibi eylemler de işkence kapsamında kabul edilmelidir.

<sup>82</sup> Konu hakkında; acıların yarıştırılması sonucuna yol açacak bir acı değerlendirmesi yapmanın doğru olmadığını düşünmekteyiz. Zira bir eylemin muhatabında yarattığı acı, her zaman dışarıdan gözlemleyen kişinin hissedebileceği yoğunlukta olmayabilir. Doktrinde anlatıldığı üzere bir müfettiş tarafından gerçekleştirilen inceleme sırasında, müfettişin incelemeyi gerçekleştirdiği hastanenin başhekimine karşı gerçekleştirdiği eylemler neticesinde başhekim intihar etmiştir. Eğer kişi intihar etmemiş olsaydı kendisinde oluşan acının büyüklüğünü dışarıdan ya da dosya üzerinden anlayabilmek mümkün olmayacaktı (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş s:42,43).

<sup>83</sup> Örneğin nezarethanedeki sarhoş bir şekilde yatmakta olan kişiye ağır hakaretler edilmesi, soğuk zeminde yatırılması, sonradan ağrı hissetmeyeceği şekilde olsa dahi tekmelenmesi ve benzeri eylemler mağdur bunlardan haberdar olmasa dahi işkence suçunu oluşturacaktır.

<sup>84</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Gizem Dursun, “İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2018, Ankara, s:44.

mesi halinde işkence suçunun oluşup oluşmayacağıdır. Kanımızca burada işkence suçundan bahsetmek mümkün değildir<sup>85</sup>. Nitekim CMK'nın ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrasında işkence ayrıca sayılmış olmasına karşın ikinci fıkra içerisinde özel olarak “*Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*” denilmiştir.

Bununla birlikte ifade ve sorgu sırasında, hakim veya savcı tarafından şüpheli veya sanığa doğruları söylemediği takdirde polis tarafından dövüleceğinin söylenmesi durumunda işkence suçu oluşacaktır<sup>86</sup>. Doktrinde, hakimin, itirafa zorlamak amacıyla tutuklama yetkisini sanığa hissettirmesinin, kendisine tanınan yetkiyi kötüye kullanma olacağı nedeniyle işkence suçu kapsamında kalacağı belirtilmektedir<sup>87</sup>.

94. madde içerisinde sayılan bir diğer seçimsel hareket “*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*” neden olacak davranışlardır. Algılama doktrinde; “*beş duyu organı vasıtasıyla alınan uyarıların, sinir sistemi üzerinden beyne sevk edilmesi sonucunun doğmasıdır. Algılanan uyarının kalitesi, duyu organlarının fonksiyon yeteneğine bağlıdır*”<sup>88</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Öyleyse tanımda anılan kalitenin etkilenmesi halinde algılama yeteneği etkilenmiş olacak, bu eylem diğer şartları taşıdığı takdirde ortaya işkence suçu çıkacaktır.

İrade ise, kişinin kendi başına bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü şeklinde açıklanabilir<sup>89</sup>. Bu durumda kişi, kendi iradesi doğrultusunda değil de kendisinden istenen şekilde davranmak zorunda kalıyorsa iradesi etkilenmiş olacaktır. Öyleyse mağdurun karar alması, insan onuruna aykırı bir şekilde etkileniyorsa yine işkence suçu ortaya çıkmış olacaktır<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Kanunen öngörülmemiş vaatlerde bulunma veya kandırma hareketlerinin Alman Hukuku ve TCK açısından işkence oluşturmayacağına ilişkin görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:90.

<sup>86</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:91.

<sup>87</sup> Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:91.

<sup>88</sup> Timur Demirbaş, “*Şüphelinin İfadesinin Alınması*”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2011, s:209.

<sup>89</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd4895c721c73.40357835](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sbd4895c721c73.40357835) (Erişim:27.10.2018).

<sup>90</sup> Dursun, İşkence Yasası, s:45.

TCK'nın 94. maddesi kapsamındaki son seçimlik hareket; kişinin aşağılanmasına yol açacak davranışlardır. Aşağılanmasına yol açacak davranış doktrinde kişiyi "büyük ölçüde utandıran, rezil eden", "büyük ölçüde küçük düşmesine neden olan" eylemler<sup>91</sup>, kişinin onur ve şerefine yönelik eylemler; "kişiye hakaret edilmesi, çırılçıplak soyulması ve vücut özellikleriyle alay edilmesi vb. davranışlar" olarak kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Bu seçimlik hareket tüm dünyada en yaygın olarak kullanılan işkence metotlarından bir tanesidir. En bariz örneklerinden bir kısmı da yakın zamanda herkesin önünde cinsel ilişkiye zorlama, çıplak gezdirme şeklinde ABD'nin Guantanamo üssünde gerçekleşmiştir.

Madde metni içerisinde davranıştan bahsedilmiş ise de işkence suçu ihmali davranış ile de işlenebilecektir. Örneğin kişinin bir rahatsızlığı nedeniyle acı çekmesine karşın doktora götürülmemesi, tuvalet ihtiyacını gidermesine izin veya imkan verilmemesi, yiyecek içecek verilmemesi<sup>93</sup>, aşırı sıcak ya da soğuk ortamda tutmak<sup>94</sup> gibi eylemler de işkence kapsamında olacaktır.

Yine işkence suçunun işlendiğini görmesine rağmen müdahale etmeyen kamu görevlisinin fiilinin de tıpkı icrai davranışla işkence suçunu işleyen gibi cezalandırılacağı kabul edilmelidir<sup>95</sup>. Ancak bu konuda doktrinde farklı görüşler de bulunmaktadır. Doktrinde işkence suçundan ihmali davranış ile sorumlu olunabilmesi için "failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında ("garantör" konumunda) olması"<sup>96</sup> gerektiğini belirtenler bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca ancak önleme yönünde maddi olanak sahibi olan amirin sorumluluğunun doğacağı, yine garantör konumunda olan<sup>97</sup> kamu görevlileri açısından suçun

<sup>91</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:271.

<sup>92</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:274.

<sup>93</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:110, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:275.

<sup>94</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:268.

<sup>95</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:275.

<sup>96</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:269.

<sup>97</sup> Garantörlük doktrinde; "Hareketsiz kalan bir kimseyi bir sonuç nedeniyle hukuken sorumlu tutmaya izin veren yakın ilişkiye garantörlük denmektedir" şeklinde açıklanmaktadır (Ş. Cankat, Taşkın, "Kasten İhmali Davranışlar Adam Öldürme", TBB Dergisi, Sayı 79, 2008, s:142).

oluşacağı<sup>98</sup>, ancak garantör konumunda olmayan memur açısından ise TCK 279. maddesi uyarınca ihbar etme yükümlülüğü kapsamında sorumluluktan bahsedilebileceği belirtilmektedir<sup>99</sup>. Bununla birlikte doktrinde, PYSK 1. maddesi uyarınca her kolluk görevlisinin her suçtu olduğu gibi işkence suçtu kapsamında kalan bir eylemi de önleme yükümlülüğü olacağı, bu nedenle bu görevini yerine getirmeyen her kolluk görevlisinin en azından ihmali açıdan işkence suçundan sorumlu olacağı belirtilmekte ve işkence eylemlerinin kolluk görevlisinin amiri, alt veya eşit derecede bulunan bir başka görevli tarafından gerçekleştirilmesinin de sonucu değiştirmeyeceği şeklinde tarafımızca da desteklenen görüş de bulunmaktadır<sup>100</sup>. Yargıtay'ın ise konu hakkında değişik yönde kararları bulunmaktadır<sup>101</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus kendini İHAM içtihatlarında göstermektedir. İHAM; iade ve sınır dışı etme gibi durumlarda

<sup>98</sup> Doktrinde benzer şekilde “Kamu görevlisinin işkence teşkil eden davranışlardan haberdar bulunan amirin, neticesi önleme yükümlülüğünün bulunduğu ve gerçekleşen işkenceden bu sebeple ihmali davranışı ile sorumlu tutulacağı muhakkaktır.” denilmektedir (Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:111).

Yine “kanun koyucu bu yükümlülüğü daha ziyade amirlere yüklemiştir. Diğer taraftan her kamu görevlisinin bu suçtu ihmali hareketle işleminin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir” de denilmektedir (Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s:276).

<sup>99</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:269.

<sup>100</sup> Dursun, İşkence Yasağı, s:40; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:111.

<sup>101</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2016/5680 esas, 2017/3721 karar sayılı ve 05.04.2017 tarihli kararında “üç polis memurunun bir şahsı gözlem odasına götürmek için kullanması gereken zor kullanmanın sınırları içinde kabulünün mümkün görülmemesi karşısında başka bir olay sebebiyle polis merkezine getirilen katılan sanık ...'i polis merkezine birlikte getirildiği diğer şahsın odaya alınıp ikramda bulunmasına itiraz etmesi kendisinin ise gözlem odasına konulmak istenmesine tepki göstermesi ve gözlem odasına gitmek için direnmesi üzerine polis memuru sanıklar ..., ... ve ...'in darp ettikleri; daha sonra da nöbet değişiminde polis memuru ...'nin ...'i kameranın olmadığı koridora çektiği ve burada da dövdükleri, bu şekilde eylemlerinin sürekli ve sistematik bir hal aldığı, o sırada polis merkezinin amiri olan ve darp olayını görmesine, önleme görevi bulunmasına rağmen müdahale etmeyerek suçtu iştirak eden ...'nin üzerlerine atılı işkence yapmak suçunu işledikleri sabit olduğu halde delillerin takdirinde yanılıya düşülecek yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” denilmiştir. Ancak yine 8. Ceza Dairesi'nin 2013/7707 esas, 2014/5504 karar sayılı ve 06.03.2014 tarihli kararında “Sanık İ. hakkında görevi kötüye kullanma suçundan kurulan hükme yönelik Cumhuriyet Savcısının temyizine gelince; Sanığın suç tarihinde görevli olması, polis memuru olan diğer sanıkların katılanı darp etmeleri karşısında sadece uyarıda bulunması, katılanı darp etmelerine engel olmaması ve olayı olduğundan farklı şekilde aktarması, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçtu işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmaması eyleminin, TCK.nun 279/1-2 maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçtu bildirmemesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” denilmek suretiyle sorumluluğun işkenceden değil kamu görevlisinin suçtu bildirmemesinden kurulduğu görülmektedir.

kötü muamele ile karşılaşma açısından “gerçek bir risk” varsa 3. maddenin ihlal edilmiş olacağını kabul etmektedir<sup>102</sup>. Bu kabul, mağdurun henüz kötü muameleye maruz kalmamış olmamasına karşın 3. maddenin ihlal edilmiş olacağını tespiti açısından önemlidir.

İşkence suçu açısından Türk hukukundaki en büyük tartışma tek bir eylemin işkence oluşturup oluşturamayacağı noktasındadır. Doktrinde 94. madde içerisinde “davranışlar” denilmekte olması nedeniyle işkence suçuna konu eylemlerin, ani olmaması, belirli bir süre sistematik olarak devam etmesi gerektiği<sup>103</sup>, nitekim suça ilişkin gerekçede fiillerin sistematik olarak ve belli bir süreç içerisinde işlenmesinin arandığı belirtilmektedir<sup>104</sup>.

Tek bir eylem ile işkence suçunun ortaya çıkmayacağı yönündeki görüş oldukça fazla müellif tarafından savunulmakta ve aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerden oluşan işkence suçunun farkının anılan fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmektedir<sup>105</sup>. Bununla birlikte aynı eylemin tekrarlanmasının zorunlu olmadığı, 94. madde kapsamında yer alan farklı seçimlik hareketlerin sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi ile de suçun ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>106</sup>.

Doktrinde, tekrarlanmayan fiillerin işkence suçunu oluşturmayacağını genel olarak kabul eden ancak bazı fiillerin; örneğin Filistin askısı ve falakanın sistematik uygulama özelliği taşıdığı<sup>107</sup>, mağdura 1 saniye için

<sup>102</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s:166. Aynı eser s:163'te de; “Mahkemenin deyimiyle, “işlenen suç ne kadar haince olursa olsun, bir devletin, bir kaçağı işkence, insanlık dışı muamele ya da küçük düşürücü muameleye maruz kalma tehdidi altında olduğu diğer bir ülkeye bu durumu bilmesine rağmen teslim etmesi, üçüncü maddenin ruh ve amacına açıkça aykırı olur” denilmektedir.

<sup>103</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya s:108, aynı yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Önok s:273.

<sup>104</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:275.

<sup>105</sup> Haydar Erol, “Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 1. Bası, s:470.

<sup>106</sup> İsmail Malkoç, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 2007, s:613, Artuk, Gökçen, Yenidünya s:108, Tezcan, Erdem, Önok, s:273.

<sup>107</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:273.

dahi olsa elektrik verilmesinin de tekrarlanması gerekmeksizin işkence kapsamında kabul edileceğini<sup>108</sup> savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>109</sup>. Bu eylemlerin işkence suçu kapsamında kabul edilmesi gerektiği açıktır. Ancak kanımızca sistematik olmayan<sup>110</sup>, tekrarlanmayan, yukarıda sayılanlar dışında bir çok eylem de işkence suçu kapsamında kalacaktır<sup>111</sup>. Zira 94. madde kapsamında “sistematik” olma yönünde bir unsur aranmamıştır<sup>112</sup>. Bu nedenle kanun ile suçun unsuru olarak kabul edilmemiş bir hususun gerekçe, yorum vb. yollarla suçun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir<sup>113</sup>. Nitekim kanun koyucu sistematik olmayı suçun unsuru olarak kabul etmek istediğinde buna açıkça yer vermiştir. TCK’nın 77. maddesine bakıldığında açıkça “füllerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistematik olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur” denilmektedir. Görüleceği üzere kanun koyucunun iradesi sistematikliği suçun unsuru olarak kabul yönünde olduğunda, bu duruma madde metni içerisinde yer verildiği görülmektedir. Bu durumda TCK’nın 94. maddesi içerisinde yer verilmemiş olan sistematik olmanın işkence suçunun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

<sup>108</sup> Özbeke, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:275.

<sup>109</sup> Konu hakkında bir başka eserde ise “Bu örneklere dayanarak işkencenin süreklilik göstermesi, sistematik olması gerektiği sonucu çıkarılabilir. İşkence, onur kırıcı hareketleri, insanlık dışı ve zalimane muameleleri de kapsayan ancak bunlardan daha ağır acılar veren fiiller olarak sınıflandırılabilir. Örneğin suç şüphesi ile gözaltına alınan kişiye kamu görevlisinin bir kereye mahsus olarak küfür etmesi onur kırıcı hareket olarak kabul edilebilirken kamu görevlisinin belirli bir süre içerisinde gözaltına alınan kişiye tekrarlayan ve sürekli biçimde küfür etmesi işkence olarak tanımlanacaktır” denilmektedir (Pehlivan).

<sup>110</sup> Doktrinde sistematiklik unsurunun gerçekleşmesi için, suçun, bir plan çerçevesinde tasarlanarak işlenmesinin şart olmadığı da belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:273).

<sup>111</sup> Doktrinde aynı yönde olarak; sistematik olmayan ve süreklilik arz etmeyen; gözaltındaki bir kişinin göz kapağında sigara söndürülmesi, sinirlenen polislerin göstericinin üzerine çullanarak hep beraber tekmeleri gibi eylemlerin de işkence suçu kapsamında olacağı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:273,274).

<sup>112</sup> Bu konu hakkında da doktrinde katıldığımız şekilde, madde metninde yer almayan ve sadece gerekçede yer alan bir hususun suçun unsuru olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir denilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok s:274).

Yine doktrinde, sistematikliğin şart olmadığı ancak sistematikliğin işkenceyi karakterize ettiği de belirtilmektedir (Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:93).

<sup>113</sup> Konu hakkında doktrinde bir başka önemli saptama yapılmakta ve tek hareketle işlenen suçların işkence ve kötü muamele kapsamında kabul edilmemesi halinde anılan bu hareketin kişide yarattığı sonuçlar gözardı edilmiş olacak ve işkence gibi önemli bir hususun tartışılması suçun unsurları ile sınırlı bir teknik tartışmaya indirilmiş olacaktır denilmekte ve sonuçta “bir tokattan bir şey olmaz” sonucuna gelineceği eleştirisi getirilmektedir (Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş s:41).

Yargıtay'ın da eski dar kalıplardan çıktığı ve işkence suçunu modern ve olması gereken hukuk standartlarında yorumladığı kararlarına<sup>114</sup> rastlanılmaktadır<sup>115</sup>.

Nitekim işkence suçundan bahsedebilmek için sistematikliğin bulunması gerektiğini belirten müellifler dahi kanun maddesine sistematiklik ve belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilmesi şeklinde açık bir ibare bulunması gerektiğini, kanun koyucunun işaret etmekle yetindiğini belirtmişlerdir<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2018/207 esas, 2018/6390 karar sayılı ve 04.06.2018 tarihli kararı içerisinde; "işkence suçunun oluşması için insanlık onuruna aykırı, anlık müdahalelerin de yeterli olduğu, zira bu müdahalelerin de insan onuruyla bağdaşmayıp bedensel ve ruhsal yönden katılanın acı çekmesine neden olduğu, işkence suçunun varlığı için cezaevinde sistematik bir kötü muamelelerin her seferinde beklenemeyeceği, açıklanan sebeplerle sanıkların eylemlerinin işkence yapmak suçunu oluşturduğuna karar veren mahkemenin delilleri takdir ve değerlendirmesi ile suç vasfının tayininde bir isabetsizlik bulunmadığından" denilmiş ve sistematik bir kötü muamelelerin suçun zorunlu bir unsuru olmadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadından bahsetmek güçtür. Zira Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2016/12186 esas, 2017/12375 karar sayılı ve 06.11.2017 tarihli kararı içerisinde ise; "Katılanın bir suç şüphesi ile takibi sırasında polis memuru sanıklardan kaçmaya çalışırken, tel örgülere takılarak yere düştüğü ve bu esnada sanıkların yere düşen katılanın yanına gelerek batın bölgesine tekme atmaları sonucu katılanın dalağının ağır derecede hasar gördüğü, bilahare dalağının alındığı şeklinde iddia olunan olayda; katılanda meydana gelen yaralanmanın telden atlama sırasında düşme sonucu oluşmayıp, sanıkların attıkları tekme neticesinde oluştuğu, katılanın aşamalarda değişmeyen anlatımları, dosyada mevcut doktor raporları, adli tıp raporu ve tanık beyanlarından anlaşılacakla, sanıkların eylemleri sistematik ve süreklilik arz eder şekilde olmadığından, işkence suçunu oluşturmadığı, bu haliyle eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu oluşturmakla bu suçtan cezalandırılmaları gerekirken, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi" denilmek suretiyle sistematik olmayan eylemleri işkence kapsamında kabul etmediği de görülmektedir.

<sup>115</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2017/468 esas, 2017/4455 karar sayılı ve 20.04.2017 tarihli kararı ile her ne kadar işkence suçunun oluştuğuna karar verilmiş ise de "sanığın eyleminin ani olarak gelişen nitelikte olmayıp, mağdurun elleri kelepçeli vaziyette iken kendisine tokat vuran sanığa tepki olarak iteklemesi üzerine sanığın mağduru kelepçelerinden tutup karakolun başka yerine götürerek burada copla vücudunun değişik yerlerine vurma, aynı zamanda tehdit, hakaret içeren sözler sarfetme şeklinde sübut bulan eyleminin işkence suçunu oluşturması karşısında" denilmek suretiyle ani olarak gelişen nitelikte olan eylemlerin işkence suçu kapsamında kabul edilemeyeceğine dair zimni bir kabul getirilmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2012/31460 esas, 2013/6705 karar sayılı ve 27.02.2013 tarihli kararı içerisinde de sistematik olmaya vurgu yapılmış ve "olay tarihinde 4. Zirhlı Tuğay Komutanlığı Disiplin cezaevinde gardiyan olan sanığın, oda hapsi cezası verilen katılan İ. F.'in elbiselerini çıkartarak çirliçiplak vaziyette sınav çektiirdiği, üzerine oturduğu, hortumla ıslattığı, özellikle kafasını masaya vurmak suretiyle dövdüğü, böylece sistematik olarak gerçekleşen ve insan onuruyla bağdaşmayacak eylemlerin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 243. (suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 94.) maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylemin efrada kötü muamele suçunu oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde düşme kararı verilmesi" denilmiştir.

<sup>116</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s:108.



Bu aşamada tartışılması gereken bir diğer husus, yukarıda da belirtildiği üzere, TCK düzenlemesinin uluslararası belgelerdeki işkence tanımından daha geniş olmasıdır. Bu durumda Anayasa'nın 90/son hükmü uyarınca işkence suçunun daraltılması sağlanabilecek midir sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Bu sorunun cevabı da olumsuz olmak zorundadır. Zira öncelikle hak ve özgürlükleri koruyucu bir amacı olan Anayasa'nın 90/son hükmü aksi yönde bir yoruma izin vermemektedir. Nitekim İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin 2. fıkrası da *"Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmez"* hükmünü içermektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 90/son hükmü ile işkence suçunun kapsamının daraltılabilmesi mümkün değildir.

İşkence suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi için illa eylemin elektrik verme, gözkapığında sigara söndürme gibi ağır nitelikte olması da gerekmemektedir. Zira 94. madde içerisinde, uluslararası belgelerdeki; insanlık dışı, onur kırıcı muamele ile işkence arasındaki gibi bir fark düzenlenmemektedir<sup>117</sup>. Mevzuatımızda bu yönde ayrıca bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle insanlık dışı, onur kırıcı eylemlerin işkence suçu kapsamında mı yoksa yaralama, hakaret vb. suçlar kapsamında mı değerlendirileceği de bir tartışma konusudur. Kanımızca işkence suçu, TCK'nın 94. maddesinin unsurları olan insan onuruyla bağdaşmayan ve seçimlik hareketlerden en az birinin biraraya geldiği tüm insanlık dışı, onur kırıcı muamele eylemlerini de kapsamına alacaktır<sup>118</sup>. Ancak eylemin uluslararası belgeler ve İHAM kararlarında işkence

<sup>117</sup> Kanımızca bu yönde bir ayrıma gidilmemiş olması yerindedir. Zira birçok İHAM kararında aslında her biri çok ağır ve insanlık dışı eylemler, acı değerlendirmesine tabi tutulmaktadır. Örneğin 22277/93 başvuru sayılı ve 27.06.2000 tarihli İlhan & Türkiye kararında İHAM, tekmeleme, dövülme, kafasına G3 piyade tüfeği ile vurulması, beyin hasarı ve kalıcı nitelikte izler ve fonksiyon kayıplarının oluşması, eylemler sonucunda oluşan yaralanmalara karşın 36 saat boyunca hastaneye götürülmemesi gibi eylemlerin işkence oluşturup oluşturmadığını tartışmak ve sonuçta başvuru kapsamında işkencenin ortaya çıktığını belirlemek durumunda kalmıştır (para. 86-88). Oysa TCK düzenlemesi sayesinde bu yönde bir tartışmaya suçun ortaya çıkıp çıkmadığı aşamasında girmeye gerek kalmamakta sadece cezanın belirlenmesi aşamasında eylemlerin ve ortaya çıkan sonucun ağırlığının dikkate alınması gerekmektedir. Böylece, tümü insan onuruna aykırı olan eylemler arasında kötü/daha kötü/en kötü şeklinde bir acı değerlendirmesi/yarıştırması yapılmasının önüne de geçilebilecektir.

<sup>118</sup> Aynı yönde Kalabalık, s:438. Ancak yazar tarafından, görüşümüzün aksi yönünde en azından hakaret ve

olarak kabul edilen aşamaya gelmiş olması halinde ceza tayini sırasında alt sınırdan ayrılınması gerekecektir. Kısaca belirtmek gerekirse; eylemin ve eylem ile ortaya çıkan sonucun ağırlığı ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacak ve kanun koyucunun vermiş olduğu geniş takdir hakkı çerçevesinde ceza tayinine gidilecektir<sup>119</sup>.

### cb. Manevi Unsur

765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde "*Bir kimseye cürümlerini söyletme, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple*" denilmek suretiyle özel kast aranmıştı<sup>120</sup>. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesi ile eski kanunun aksine genel kast yeterli kabul edilmiştir<sup>121</sup>. Bu nedenle failin işkence suçu oluşturan eylemlerini hangi nedenle gerçekleştirdiğinin, amacının bir önemi bulunmamaktadır<sup>122</sup>. Bu düzenlemenin birçok önemli sonucu olmakla birlikte yukarıda belirtildiği üzere düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Özel kast aranmaması nedeni ile işkence ve birçok diğer suçun birbirine karışma, iç içe geçme ihtimalinin ortaya çıktığı doğrudur<sup>123</sup>. Anılan olumsuzluğa karşın düzenlemenin bu şekliyle "işkenceye sıfır tolerans" olarak da adlandırılan, işkencenin tüm alanlardan çıkması sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

---

tehdidin işkence kapsamında sayılmaması gerektiği belirtilmektedir. Kanımızca kimi tehditler, örneğin kişinin sevdiklerine zarar verileceğine yönelik tehditler, işkencenin en ağır türlerinden biridir.

<sup>119</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:41.

<sup>120</sup> Doktrinde bu durumun 765 sayılı TCK'nın 243. maddesini benzer suçlardan ayırt eden en önemli özellik olduğu belirtilmektedir (Demirbaş, "İşkence Suçu", s:105'te).

<sup>121</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:276.

<sup>122</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Atas, s:44.

<sup>123</sup> Doktrinde işkencenin kamu görevlisince gerçekleştirilen yaralama gibi suçlardan nitelik olarak farklı olduğu, anılan farklılığın da failin saikine dayandığı, 5237 sayılı TCK düzenlemesi ile anılan durumun gözden kaçırıldığı belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:276).

## cc. Hukuka Aykırılık Unsuru

İşkence istisnası olmayan, hiçbir durumda mazur görülemeyecek ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan bir suç tipidir<sup>124</sup>. Nitekim doktrinde de işkenceye olanak sağlayan herhangi bir hukuk kuralı bulunmadığı, bu nedenle TCK'nın 24/1. fıkrası uyarınca kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir<sup>125</sup>.

Burada cevaplanması gereken bir diğer soru, işkence teşkil eden eylemlerin amirin emrine dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde failin durumunun ne olacağına ilişkindir. Anayasa'nın 137/2. fıkrası "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" şeklinde olup sorumluluğun ortadan kalkmayacağını düzenlemektedir. TCK'nın 24. maddesinde de; "*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*" denilmektedir. Doktrinde de amirin emrinin yerine getirilmesinin hangi hallerde sorumluluğu kaldıracağı düzenlenmiştir. Buna göre; emrin meşru bir nitelik taşıması için öncelikle emri verenin, bu emri vermeye yetkili olması, emri yerine getiren kimsenin de bu emri yerine getirmeye mecbur olması ve emrin mevzuat hükümlerine uygun olması gereklidir<sup>126</sup>.

Açıklamalar ışığında işkence suçu incelendiğinde; işkence oluşturan eylemlerin hiçbir şekilde mevzuat hükümlerine uygun olması mümkün olamayacağından ve hata hükümleri açısından da; gerçeğin bilinmemesi ya da yeterince bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmesi söz konusu olması gerektiğinden zorunlu olarak bilmemeyi de içerdiğinden<sup>127</sup>, işkence teşkil edecek bir davranışın faili tarafından bilinmemesi de mümkün olamayacağından hata hükümlerinin de uygulanabilmesi

<sup>124</sup> Demirbaş, "İşkence Suçu", s:103.

<sup>125</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:277.

<sup>126</sup> Muhammed Demirel, "Amirin Emri", XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s:63.

<sup>127</sup> Timur Demirbaş, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin Yayınları, 12. Baskı, 2017, s:420.

mümkün değildir. Sonuçta amirin emrine dayalı olarak gerçekleştirilen işkence filleri, faili sorumluluktan kurtaramayacaktır<sup>128</sup>.

İşkence fillerini mağdurun rızası da hukuka uygun hale getiremeyecektir<sup>129</sup>. Zira işkence ile korunan haklar, insan onuru başta olmak üzere, vazgeçilebilmesi, üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün olmayan haklardır<sup>130</sup>. Nitekim suç ile korunan temel değer insan onuru ve kişi dokunulmazlığı olmakla birlikte, adliye ve kamu idaresinin güvenilirliği de korunmak istenildiğinden mağdurun rızası bu nedenle de eylemlerin suç olma vasfını değiştirmeyecektir<sup>131</sup>.

İşkence suçu açısından zorunluluk hali ya da meşru savunma hükümlerinden de bahsedilebilmesi mümkün değildir. Ancak işkencenin lehine görüşler öne sürenlerin dayandıkları en yaygın örnek “ticking bomb” ya da “ticking time bomb” teorisi olarak adlandırılmaktadır. Anılan teori uyarınca çok fazla kişiyi öldürebilecek bir bombayı bir yere koyduğundan şüphelenilen kişi yakalanmış ancak bombanın yeri kendisine söylenememiştir. Bu durumda yüzlerce kişiyi kurtarmak ile işkence arasında bir tercih yapıp yapılamayacağı tartışılmaktadır. Masumiyet karinesi, adil yargılanma gibi temel ceza hukuku ilkelerinin yanı sıra mahkemelerin gerekliliğini de ortadan kaldıracak bu yaklaşım hakkında doktrinde; *“korunmak istenen hak ya da değer, feda edilen değere en az eşit olmasıdır (TCK m.25/2). Oysa ki, işkence yasağı ile korunan insan onuru, en üst değerdir.”*, *“İnsan onurunun, diğer hiçbir hukuksal yarar karşısında feda edilmesi de düşünülemez. Meşru savunma açısından da, oranlılık koşulu arandığı düşünürsek, varılacak sonuç aynıdır.”*<sup>132</sup> denilmektedir.

<sup>128</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:277.

<sup>129</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:277.

<sup>130</sup> Doktrinde mağdurun narcoanaliz veya hipnotizmaya razı olması halinde dahi sonucun değişmeyeceği belirtilmektedir (Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:104).

<sup>131</sup> Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:104; Tezcan, Erdem, Önok s:277.

<sup>132</sup> Tezcan, Erdem, Önok s:278. Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:103.

## d. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### da. Teşebbüs

İşkence suçuna teşebbüs mümkündür. Doktrinde, işkence yapmak amacıyla mağdura elektrik bağlanması ancak amirin gelerek bu duruma engel olması halinde işkence suçuna teşebbüsün ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>133</sup>.

Ancak doktrinde aksi yönde görüş de bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca; insan onuruna aykırı nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olacağından teşebbüsten bahsedilebilmesi mümkün değildir<sup>134</sup>. Kanımızca değerli yazarın vurgulamış olduğu husus yerinde olduğu gibi, yine yazar tarafından; *“tipikliğin maddi unsurlarını gerçekleştirmek için elverişli hareketlerin mağdura yönelmesine rağmen, mağdurun kişisel özellikleri nedeniyle mağdurda netice doğurmamış olması halinde suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmektedir”*<sup>135</sup> şeklinde ortaya konulan görüşe de katılmaktayız. Bununla birlikte yukarıda verilen örnekte olduğu gibi kişiye elektrik vermek için hazırlıkların tamamlandığı ancak amirin engel olması nedeniyle eylemin tamamlanamadığı her durumda, suçun tamamlanmış olacağını kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Burada mağdura elektrik verilmemesine karşın, kendisinde insan onurunu ihlal edecek şekilde bir korku yaratıldığı, bu nedenle de suçun oluştuğu söylenebilir ise de, bu her zaman bu şekilde gerçekleşmeyebilir. Örneğin kişi o sırada, sağlık nedenleri ile kendinde değilse ve parmağına elektrik akımı verilmeye hazırlanıldığını görmüyorsa mağdurda bir korku oluşmayacağı açıktır. Bu nedenle kanımızca olayın özelliklerine bakılması gerekmekte, zor da olsa, eğer şartlar oluşmuş ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

<sup>133</sup> Demirbaş, “İşkence Suçu”, s:107.

<sup>134</sup> Dursun, s:53.

<sup>135</sup> Dursun, s:52.

## db. İştirak

İştirake ilişkin tartışma büyük ölçüde yukarıda yapıldığından tekrarlanmayacak olmakla birlikte kısaca belirtilmelidir ki; işkence suçu bir özgü suç olup ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Nitekim TCK'nın 40/2. fıkrası; *“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”* şeklindedir. Bu nedenle işkence suçuna iştirakin de ancak diğer bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebileceği, sivil kişiler açısından ancak azmettirme veya yardım etme uyarınca sorumluluklarının doğacağı iddia edilebilir ise de TCK'nın 94. maddesinin *“Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır”* şeklindeki 4. fıkrası bu iddiayı ortadan kaldırmakta ve sivil kişilerin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı sonucunu getirmektedir.

## dc. İçtima

TCK'nın *“Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”* şeklindeki 43/3. fıkrası uyarınca farklı kişilere karşı gerçekleştirilen işkence eylemleri uyarınca fail, mağdur sayısınca cezalandırılacaktır.

İşkence eylemlerinin aynı kişiye karşı gerçekleştirilmesi açısından ise tek bir suçtan mı bahsedileceği yoksa ayrı ayrı suçların mı ortaya çıkacağı tartışmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere TCK'nın 94. maddesi kapsamında eylemlerin sistematik bir şekilde gerçekleştirilmesi bir unsur olarak aranmamıştır. Bu durumda mağdurun falakaya tabi tutulması durumunda TCK 43/3 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde darbe sayısınca suç olduğu iddia edilebilecek midir? Doğaldır ki böyle bir durumda TCK'nın 94. maddesinin örneğin yüz ayrı kez ihlal edildiği söylenemeyecektir. Doktrinde bu durum; *“Aynı kişiye karşı, aynı suçu itiraf ettirmek amacıyla, farklı zamanlarda art arda işkence yapılmışsa, hukuksal anlamda tek hareket olduğundan, suç da tektir. Buna karşılık, hareketlerin arasına kastın yenilendiğini gösteren belirli bir zaman dilimi*

*girmişse, artık yeni bir kastla tekrar suç işlendiği söylenebilir*<sup>136</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Kanımızca burada zamandan ziyade kesintiye dikkat edilmelidir. Zira aradan ne kadar zaman geçerse ayrı bir suçun oluşacağına açıklanması kolay değildir. Örneğin bir kişi hiç ışığın olmadığı karanlık bir hücrede, tek başına ve az yemek verilmek suretiyle 4 gün tutulur ise tek bir işkence suçunun oluşacağı açıktır. Kişiye bu süreçte farklı zamanlarda 4 kez tokat da atılsa kanımızca ulaşılan sonuç değişmeyecektir. Zira bu süreçte suç kesintiye uğramamış, işkence süreklilik arz etmiştir. Ancak böyle bir durumda cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan ayrılınması gerekecektir. Bununla birlikte kişi aynı suçun ikrarı amacıyla farklı zamanlarda iki kez ekip arabasına bindirilip tehdit ve darp edildiği takdirde iki ayrı işkence suçu ortaya çıkacaktır.

TCK'nın 94. maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden bir kaçını aynı anda gerçekleştirildiği takdirde de ortaya tek bir suç çıkacaktır<sup>137</sup>.

İşkence oluşturan eylemler aynı zamanda başka suçların ortaya çıkmasına da neden oluyorsa, örneğin tehdit, yaralama gibi, eylemler TCK 44. maddesi uyarınca sadece işkence suçu kapsamında cezalandırılabilir<sup>138</sup>.

### III. KİŞİNİN VÜCUDUNA ZORLA DOKUNMA, MUAYENE ETME VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA

Çalışmanın en başında da belirtildiği üzere Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Ancak vücut dokunulmazlığına müdahalede bulunulabileceği istisnai durumlara da madde içerisinde yer verilmiştir. Buna göre tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Madde içerisinde "ve" bağlacı kullanılmak suretiyle "tıbbi

<sup>136</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281.

<sup>137</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281.

<sup>138</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s:281, 282. Doktrinde cinsel suçlara dikkat çekilmekte ve eylemlerin işkence-nin cinsel taciz şeklinde gerçekleştirilmesi halinde bileşik suçun ortaya çıkacağı, ancak cinsel saldırı söz konusu olursa iki ayrı suçtan cezalandırmanın gerçekleştirileceği belirtilmektedir (Tezcan, Erdem, Önok, s:282, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe s:280).

zorunluluk” ile “kanunda yazılı” olma unsurları bir arada aranmıştır. Kısacası tıbbi bir zorunluluğun söz konusu olmadığı alanlarda kişinin vücuduna rızası dışında dokunulması mümkün olmayacaktır<sup>139</sup>. Ancak bilindiği üzere CMK başta olmak üzere mevzuatımızda bir çok yerde, ceza yargılaması kapsamında kişinin vücuduna istemi olmaksızın dokunulabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır<sup>140</sup>. Aşağıda öncelikle anılan düzenlemelerden, yukarıda tanımı ve kapsamına yer verilen beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın ilgili kişinin rızasına karşı uygulanmasının Anayasa ve hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

### **1) Kişinin Rızası Hilafına Ceza Yargılaması Kapsamında Beden Muayenesine Tabi Tutulabilmesi ve Zorla Vücutundan Örnek Alınabilmesi Mümkün Müdür? Anayasa'nın 17. Maddesi Bu Nedenle Askıya Alınabilir Mi?**

Anayasa'nın 17. maddesi ile kabul edilen hakka karşın CMK'nın 75 ve devamı maddelerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması- na ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Anılan maddeler kapsamında şüpheli veya sanığın rızası hilafına vücut dokunulmazlığının ihlal edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında tek yönlü bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilmesi de mümkün değildir, zira süreçte birden fazla disiplin aktif olmaktadır.

Doktrinde çoğunlukta olan görüş, CMK'nın 75. maddesine uygun olarak verilen bir karar varsa, şüpheli ya da sanık karşı çıksa dahi işlemlerin zorla yerine getirilebileceği yönündedir<sup>141</sup>. Nitekim CMK'nın 76/2.

<sup>139</sup> Nitekim doktrinde tedavi etmek amacıyla yapılan müdahalelerin tıp mensuplarının mesleki hakkı olduğu, bu nedenle de hekim müdahalesinin TCK'nın 26/1. fıkrası kapsamında hakkın icrası olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak tedavi amacı taşımayan hekim müdahalelerinde, örneğin estetik ameliyat, ancak rızanın bulunmasının eylemi hukuka uygun kılabilceği belirtilmektedir (Afra Nur Çaprak, “Sünnet Operasyonu Özelinde Türk ve Alman Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğu Sorunu”, Suç ve Ceza Dergisi (Türk Ceza Hukuku Derneği Dergisi), 2018/2, Ağustos 2018, s:51).

<sup>140</sup> CMK'nın 75 ve devam eden maddeleri ile getirilen beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın 17. maddesinin istisnasını oluşturduğu yönünde görüş için bkz. Nuhoglu, s:323.

<sup>141</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s:200, Aygün, s:67, Akbulut, s:113,114, Kılıç, s:138, Ünver, Hakeri, s:293,294, Apış, s:282,283 (Ancak yazar, eserin 288,292 sayfalarında bu müdahalenin yasallık ilkesine aykırılık teşkil eder nitelikte olduğunu da belirtmektedir).

Bir diğer eserde ise; Alman Hukuku'nda kişinin katlanma yükümlülüğü altında olduğu ancak iş-



fıkrasında mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir<sup>142</sup>. Bu nedenle mağdurun rızası<sup>143</sup> olmamasına rağmen anılan işlemlerin yapılabileceği kabul edildiği takdirde, şüpheli ve sanık açısından da işlemlerin gerçekleştirilebileceği iddia edilebilir. Konu hakkındaki görüşümüz aşağıda açıklanacak olmakla birlikte, bu aşamada belirtilmelidir ki, mağdurun rızasına karşın beden muayenesi yapılabileceğine ilişkin düzenleme bu kuralın şüpheli veya sanık açısından uygulanabileceği sonucunu ortaya çıkartamaz. Zira mağdur, ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığa değil tanığa yakın bir durumdadır. Nitekim CMK'nın 236. maddesi de "Mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır" hükmünü içermektedir. Bu nedenle doğruyu söylemek ile yükümlü olan tanık ve mağdur ile kendi aleyhine delil verme zorunluluğu altında bulunmayan şüpheli veya sanığın kıyaslanması mümkün değildir.

lemelerin kişinin sağlığına zarar vermemesi ve hakim kararına dayanması gerektiği, Fransız Hukuku'nda ise beden üzerinde arama gerçekleştirilebilmesi için suçüstü ve istinabe halleri dışında ilgilinin rızasının alınması gerektiği belirtilmiş ve sonuç olarak ilkenin bu denli geniş yorumlanmasının ceza muhakemesinin gerçeğin araştırılması amacı ile çelişeceği, Alman hukukundaki görüşe katılmakla birlikte, Fransız hukukunda aranan suçüstü kriterinin de kullanılmasının susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı açısından yerinde olacağı belirtilmiştir (Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı", TBB Dergisi, sayı:91, 2010, s:171,172).

Yine doktrinde, işlemlerin rıza hilafına gerçekleştirilebileceğini kabul eden müellifler dahi, işlemleri zorla gerçekleştirilmeden önce şüpheli veya sanıktan talep edilmesi, vermiyorsa öncelikle kişinin dış dünyaya bıraktığı vücutsal artıklarının ele geçirilmeye çalışılması, bunda da başarılı olunmadığı takdirde son çare olarak zorla alma yoluna gidilmesi ve orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir (İnci, "Beden Muayenesi". Benzer görüş için bkz. Konrat, s:45).

<sup>142</sup> Bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve mağdur tarafından beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına rıza gösterilmemesi halinde, bu işlemlerin zorla yapılabilmesine kanunda imkan tanınmış olmasının, temel ve hak özgürlükler açısından sakıncalı olduğu, zira çağdaş ceza yargılamasında maddi gerçeğe her türlü yolla ulaşılmasının kabul edilemeyeceği, temel hak ve özgürlükleri zedeleyici nitelikteki düzenlemenin yeniden ele alınması gerektiği belirtilmektedir (Devrim Güngör, Okan Bakşi, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, 2009, s:67).

<sup>143</sup> Doktrinde mağdurun geçerli bir rızasından söz edebilmek için kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olması, özgür irade çerçevesinde verilmiş olması gerekmektedir. İfade ve sorguda yasak usuller ile benzerinin amacı, içeriği, muhtemel sonuçları, risk ve yan etkileri konusunda kişiye bilgi verilmesi gerektiği, ancak bundan sonra mağdurun izin vermesi halinde rızadan bahsedilebileceği belirtilmektedir (Doğan, s:120).

Rızaya ilişkin bu aşamada ayrıca belirtmek gerekir ki; hem şüpheli/sanık hem de mağdurun rızasının, özgür irade çerçevesinde verilmiş olması gerekmektedir. İfade ve sorguda yasak usuller ile benzeri yöntemlerle rızanın sakatlanmış olması ve kişinin alkol ve benzeri iradeyi etkileyen unsurlar altında olması halinde gerçek bir iradeden bahsedilebilmesi mümkün olamayacaktır (Benzer yönde görüş için bkz. Kılıç, s:41).

Kanımızca mağdurun rızasının bulunması halinde karar alınmasına gerek olmamasına ilişkin düzenleme, şüpheli/sanığın rızası olsa da karar alınmasının gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu düzenleme şüpheli/sanığın rızası yoksa zorlanabilir sonucunu ortaya çıkartamaz<sup>144</sup>.

Ceza yargılamasında her türlü eylem için rıza bulunması gerekmemektedir. Buna katlanma yükümlülüğü denilmekte<sup>145</sup> ve katlanma yükümlülüğü doktrinde; *“Yükümlülükler ceza muhakemesi açısından deyim yerindeyse olmazsa olmaz öneme sahiptir. Zira şüpheli, sanık veya diğer kişilere bazı yükümlülüklerin yüklenmemesi halinde ceza muhakemesinin düzgün ve eksiksizce ilerlemesi mümkün değildir. Kişinin burada rızası aranmış olsaydı, maddi gerçek kişilerin keyfine feda edilmiş olacaktı. Bu nedenle, kişilerin rızasının aranmayışı katlanma yükümlülüğünün de temelini oluşturmaktadır”*<sup>146</sup> ve *“soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın kendisine karşı yapılan bu işlemlere karşı koymamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır ki, ceza muhakemesi hukukunda buna katlanma yükümlülüğü adı verilir”*<sup>147</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Doğaldır ki katlanma yükümlülüğünün sınırları da vardır<sup>148</sup>. Bu sı-

<sup>144</sup> Ancak doktrinde görüşümüzden farklı olarak; vücuttan örnek alma işleminin koruma tedbiri niteliği ağır bastığından şüpheli veya sanığın rızaları aranmaksızın vücutlarından örnek alınabileceği, ancak diğer kişiler ile mağdur açısından aynı sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını savunanlar da bulunmaktadır (İpekçioğlu, s:1172).

<sup>145</sup> Katlanma yükümlülüğüne doktrinde “boyun eğme mecburiyeti” veya “uyma zorunluluğu” da denildiğine ilişkin bilgi için bkz. Doğan, s:109.

<sup>146</sup> Ersin, s:194, benzer yönde görüş ve tanım için bkz. Ertuğrul, s:47.

<sup>147</sup> Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2017, Cilt 7, Sayı 2, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale7.pdf>, (Erişim:07.09.2018), s: 122.

<sup>148</sup> Doktrinde iç beden muayenesi kapsamında cerrahi (Doğan, s:113; benzer şekilde Kılıç, s:131’de de sağlık için tehlike oluşturmadığı kararı verilmesi halinde cerrahi müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir), hatta ağır cerrahi operasyonlara tabi tutulabileceği belirtilmektedir (Apiş, s:286). 25832 sayılı Yönetmelik içerisinde sadece mağdur ve diğer kişiler açısından cerrahi müdahalede bulunmama zorunluluğu getirildiği doğru olmakla birlikte, kanımızca, diğer tartışmalar bir yana, cerrahi bir müdahalenin katlanma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim en ufak cerrahi operasyonun dahi sağlık için tehlike oluşturmadığını kesin olarak söyleyebilmek de mümkün değildir (*Muayene ve parça almak maksadıyla, hiçbir suretle, cerrahi müdahalede bulunulamaz*” şeklinde aynı yöndeki yorum için bkz. Ünver, Hakeri, s:284,285).

nırların en temeli insan onurudur<sup>149</sup>. Ceza yargılaması maddi gerçeğe ulaşma çabası ile hareket etmeyi zorunlu kılmaktaysa da bu zorunluluk her ne pahasına olursa olsun değildir<sup>150</sup>. Bu nedenle insan onuruna aykırı bir şekilde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri gerçekleştirilemez. Nitekim nemo tenetur ilkesi uyarınca kişi, kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacaktır. Anayasa'nın 38. maddesi de “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmünü içermektedir. Görüleceği üzere Anayasa’da sadece susmadan bahsedilmemiş, kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı da belirtilmiştir. Nitekim İHAM kararlarında da doksanlı yıllardan itibaren susma ve kendini suçlamama hakkına yer verilmektedir<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> Bu gerçek, doktrinde, insan onurunun, maddi gerçeğe ulaşma gayesine feda edilemeyeceği ve modern ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın insan onuruna aykırı bir işleme katlanma yükümlülüğü altında olduğundan bahsedilemeyeceği şeklinde açıklanmaktadır (İnci, “Katlanma Yükümlülüğü”, s: 128,129).

Bir başka eserde iç beden muayenesinin oranlılık ilkesi yanında ikincilik ilkesine de uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, eğer iç beden muayenesi ile elde edilebilecek delile başka tedbirlerle ulaşılması mümkünse iç beden muayenesi yapılmaması gerektiği belirtilmektedir (Aygün, s:59. Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, s:113).

<sup>150</sup> Doğrudan ilgili olmasa da rızanın önemini belirtmek için ölüm oruçları konusuna da değinmek gerekmektedir. Doktrinde de; “İnsan hür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Nitekim 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın RIZASINA büyük önem vermiş ve 24>ncü maddesinde «TIBBİ MÜDAHALALERDE HASTANIN RIZASI ARANIR» kuralını öngörmüş; 25>nci maddesinde de TEDAVİYİ REDDETME VE DURDURMA HAKKI düzenlenmiştir.

Ölüm oruçlarına yapılan müdahale bu bağlamda ele alınabilirse de, oruca başlayan kişi, başladığında hasta değildir. Bu nedenle hasta muamelesine tabi tutulması mümkün olmaz.

*Bunun tabii sonucu olarak insan KENDİ HAYATI KONUSUNDA YİNE VE ANCAK KENDİSİ KARAR VEREBİLİR. Burada önemli olan İRADENİN SAĞLIKLI olup olmadığıdır.* (Öztürk, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yaşamı”) denilmekte ve yaşam hakkı konusunda dahi rızanın önemine vurgu yapılmaktadır.

Yine İHAM tarafından da Nevmerzhtsky & Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005 tarihli karar içerisinde “Mahkeme, yerel makamlarca başvurusunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbi zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvurusunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvurusunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez.” denilmiştir (Serkan Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Parodoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010).

<sup>151</sup> Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı”, Beta Yayıncılık, 2. Bası, Nisan 2005 İstanbul, s:272. Aynı eser s:271’de ceza yargılamasında hakkaniyete uygun yargılamanın kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını içerdiği belirtilmiştir.

Kanımızca sayılan hususlar uyarınca şüpheli veya sanığın rızası bulunmadıkça beden muayenesine tabi tutulması ya da vücudundan örnek alınması mümkün değildir<sup>152</sup>.

Ayrıca belirtmelidir ki, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın 17. maddesinde "tıbbi zorunluluk" ve "kanunda yazılı" olma unsurları bir arada aranmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde de "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*" denilmekte olduğundan Anayasa'da yer almayan bir sebebe bağlı olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerin kısıtlanabilmesi mümkün değildir<sup>153</sup>.

Ancak belirtildiği üzere doktrinde aksi yönde görüşler vardır. Bunlardan ilki; kan, idrar veya diğer doku örnekleri gibi materyallerin, susma ve kendi aleyhine beyanda bulunmaya ve delil vermeye zorlanamama hakkı kapsamında olmadığı, bu nedenle de anılan materyallerin suçun ispatı amacıyla kullanılabilirliği yönündedir<sup>154</sup>. Bu durumda tartışılması gereken ilk husus susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkelerinin beden muayenesi ile vücuttan örnek almayı kapsayıp kapsamadığı hakkındadır<sup>155</sup>. Belirtildiği üzere susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama anayasal koruma altındadır. Bu nedenle kanımızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma da kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama kapsamındadır<sup>156</sup>. Zira kişinin kendisi ile

<sup>152</sup> Doktrinde biyolojik örneğin şüpheli veya sanıktan zorla alınmaya çalışılması halinde fiziksel mücadelenin kaçınılmaz olacağı, bu mücadelenin boğuşma şekline dönebileceği, örnek alınmak istenilen ile örnek almaya çalışan ve buna yardımcı olan kişilerin birbirlerine zarar verebileceği, sonuçta da iç beden muayenesi veya örnek almanın, kişinin istememesi durumunda, onun sağlığına zarar vermeden yapılabilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Güngör, Bakşi, s:65).

<sup>153</sup> Konu hakkında detaylı açıklama için bkz. Fevzi Demir, "*Anayasa Hukuku*", 9. Baskı, İzmir 2015, s:358.

<sup>154</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:520. Benzer yönde; susma hakkının beyanda bulunma yükümlülüğüne ilişkin olduğu, muayenede ise bir beyan söz konusu olmadığı, beden muayenesinde şüphelinin aktif bir katılımının bulunmadığı, bu nedenle de aleyhe delil verme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Nuhoğlu, s:328.

<sup>155</sup> Susma hakkının sadece isnat edilen fiille mi ilgili olduğu yoksa muayenenin "vücut diliyle ifade" olarak kabul edilerek susma hakkı çerçevesinde mi kabul edileceğine dair detaylı bilgi için bkz. Kazaker, s:186.

<sup>156</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın koruma tedbiri olduğu, bu nedenle diğer koruma tedbirleri gibi kişinin aleyhine bazı delilleri vermesine sebep olabileceği ve böylesine güvenilir, kesin bir delil

ilgili bir bilgiyi vermek istememesi hali ne kadar makul karşılanıyorsa, bedeninden bir parçayı vermek istememesi ya da bedenine dokunulması suretiyle bir delile ulaşılmaya çalışılmasını kabul etmeme iradesi de makul kabul edilmelidir. Benzer bir örnek ile açıklamak gerekirse; suç mağduru, faili görmediğini ancak sesini net bir şekilde duyduğunu ve konuştuğu takdirde şüphelinin fail olup olmadığını söyleyebileceğini belirtse, şüpheli konuşmaya zorlanabilecek midir? Bu sorunun cevabı tabii ki hayırdır<sup>157</sup>. Bu örneğin çok uyumlu olmadığı, zira konuşmak ile

elde etmek suretiyle hukuk ve insan haysiyeti ile hiçbir şekilde bağdaşmayan başka yöntemlerin uygulanmasının önüne geçilebileceği şeklinde aksi yönde görüş için bkz. İnci, "Beden Muayenesi", s:153.

Kanımızca anılan görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya rıza dışı başvurulamayacağını söylemek, diğer hukuka ve insan haysiyetine aykırı yöntemlerin uygulanabileceği sonucunu çıkartmayacaktır. Hukuka uygun olmayan hiçbir yöntemin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Koruma tedbirleri sonucunda kişinin aleyhine bazı delillere ulaşılabileceği doğrudur. Ancak örneğin arama tedbirinde kişinin aranan yerde olmasına dahi gerek yoktur. Oysa beden muayenesi ve vücuttan örnek almada doğrudan kişinin bedenine müdahale vardır. Kanımızca aradaki bu büyük fark görmezden gelinemezdir.

Nitekim değerli yazar tarafından; bir diğer eserinde "herhangi bir ifade alma dışındaki da soruşturma ve kovuşturma makamları delil toplarken şüpheli veya sanıktan zorlama yoluyla kendisi aleyhine bir delil elde edemez. Bu delilin, beyan delili veya belge delili yahut vücutsal bir delil olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır" (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü",s:147) denilmek suretiyle teşhis açısından görüşümüze uygun yönde fikir ortaya konulmuştur.

Doktrinde muayeneyi vücut diliyle ifade olarak kabul eden ve muayeneden önce sanığa bunu kabul etmeme hakkının hatırlatılmadığı hallerde elde edilen bulguların değerlendirme yaşağı kapsamında olacağı yönünde (Centel, Zafer, s: 263) ve "Susma ve kendi aleyhine delil vermeme hakkının bir gereği olarak, kişinin zorla vücudunun muayene edilemeyeceği, vücuda yapılan müdahaleler yasak ifade ve sorgu yöntemlerinin kapsamına giriyorsa, bu yolla elde edilen delillerin kullanılmayacağı" (A. Aytekin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000, 156'dan naklen Centel, Zafer, s: 263) şeklinde tarafımız ile aynı yönde görüşler de bulunmaktadır.

Konu hakkında doktrinde; "Kişinin bedeni, onun kişiliğinden ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla kendi bedeni bir ispat vasıtası elde edilebilmesi için zor kullanılan kişi de kendi kendisine karşı ifade vermeye zorlanan kişide olduğu gibi kendi kendisine karşı delil oluşturmuş olmaktadır. Sanıktan kan örneği alınmasında veya sanığın zorla kusturulmasında delile ilişkin durum daha açıktır ve yine sanığı kendi kendisine karşı yapacağı suça ilişkin ikrarlarına kıyasla çok daha güçlü delil niteliğine sahiptir. Kan değerleri ve kişinin midesinden çıkarılmış nesnelere doğruluk derecesi son derece yüksek iken, sanığın zorlamayla elde edilmiş olan, suça yönelik açıklamaları büyük şüphe altındadır. Dolayısıyla kendisinden kan örneği alınan veya zorla kusturulan sanığın içinde bulunduğu hukuki durum, zorlamaya dayalı olarak suç ikrarında bulunan sanığın durumuna kıyasla çok daha kötüdür. Yani kendi kendini sıkıntıya düşürme hali burada daha yüksek oranda oluşacaktır" denilmektedir (Hendrik Theismann, "Die rechtliche Zulässigkeit einer zwangswegen Verabreichung von Emetika", Zugl.Diss. Bielefeld Uni. Logos Yayınevi, 2008, 75-76'dan naklen Kılıç, s:48).

<sup>157</sup> İHAM tarafından P.G. ve J. H. & Birleşik Krallık (Başvuru No:44787/98, 25.09.2001) kararında benzer bir konu tartışılmıştır. Başvuru kapsamında konuşmaya zorlama yoktur ancak kararın 16. paragrafında açıklandığı üzere başvuru sahiplerinin sesleri haberleri olmadan kaydedilmiş ve yargılama kapsamında kullanılmıştır. İHAM kararın 80. paragrafında anılan ses kayıtlarının adli bilimler kapsamında

aktif bir yükümlülük getirildiği, beden muayenesi ve vücuttan örnek almada da aktif katılıma zorlanamayacağı, ancak pasif katlanma yükümlülüğü altında bulunduğu söylenebilir<sup>158</sup>. Ne var ki; beden muayenesi ve vücuttan örnek alma açısından aktif katılım ile pasif katlanma arasındaki fark da net değildir. Doktrinde bu durum da tartışılmakta ve doktorun basit talimatlarının (yürümesi, eğilmesi gibi) ya da sorularının (ağrısı olup olmadığı gibi) aktif katılım oluşturup oluşturmayacağı konusunda görüşler öne sürülmektedir<sup>159</sup>.

Yine sorulması gereken bir diğer soru da; şüpheli veya sanık pasif olarak katlanma yükümlülüğüne uygun hareket etmiyorsa sakinleştirici yapılabilir mi, elleri kelepçelenebilir ya da kolları görevliler tarafından tutulabilir mi, tükürük örneği almak için ağzını açmaya zorlanabilir mi? Kanımızca tüm bu soruların cevabı olumsuzdur. Ancak doktrinde, beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın da her koruma tedbirinde var olan potansiyel bir zorlamayı içinde barındırdığı, bu nedenle gerektiği takdirde zor kullanılabileceği<sup>160</sup>, tutma, bağlamanın caiz olduğu, bununla birlikte sakinleştirici iğne yapılmasının ancak şüpheli veya sanığın rızası çerçevesinde mümkün olabileceği şeklinde aksi yönde görüşler de

---

değerlendirilebilecek olan kan, tüy ve diğer fiziksel örnekler kapsamında olduğunu, kendini suçlamama kapsamında olmadığını belirlemiştir.

<sup>158</sup> Ersin, s:200. Benzer yönde İpekçioğlu, s:1169.

Doktrinde şüpheli veya sanığın hiçbir şekilde aktif katılıma zorlanamayacağı (Kılıç, s:40), beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün sınırının insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, oranlılık ilkesi ve ilgili işleme aktif olarak katılmaya zorlama yasağı olduğu (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:138) belirtilmektedir.

<sup>159</sup> Detaylı bilgi için bkz. İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:139.

Bir başka eserde ise zorla muayene yapılabileceği, doktorun bilirkişi olarak sorular sorabileceği ancak şüpheli veya sanığın kendisine sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmektedir (Akbulut, s:112).

Diğer bir eserde de şüpheli veya sanığa muayene edenin sorularına cevap verme yükümlülüğünün yüklenemeyeceği belirtilmektedir (Kılıç, s:40).

Bununla birlikte farklı yönde olarak; beden muayenesinin susma hakkı kapsamına dahil edilemeyeceği, beden muayenesi ve örnek alma sırasında şüpheli veya sanığın, hekimin görevini yerine getirmesi için zorunlu sorulara yanıt vermesi gerektiği, isnat edilen suçla ilgili olarak sorulan soruların ise susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak anılan eserde şüpheli veya sanığın muayeneye yönelik sorulan sorulara cevap vermemesi halinde nasıl cevap vermeye zorlanacağı açıklanmamıştır (Doğan, s:109).

<sup>160</sup> Doktrinde zor kullanmanın sınırının da TCK'nın 256. maddesi ile PVSK'nın 16. maddesi kapsamında olduğu belirtilmektedir (Apış, s:289). Kanımızca TCK'nın 256. maddesi bir sınır olarak kabul edilebilir ise de PVSK'nın 16. maddesi konu hakkında uygulanabilir değildir.

bulunmaktadır<sup>161</sup>. Kanımızca anılan ayırım geçerli ve makul bir nedene dayanmamakta, sadece değerli yazarların kişisel takdir ve görüşüne dayanmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere zor kullanılan yani bağlanan, tutulan bir kişiden örnek alan ya da muayene eden hekimin, hekimlik ilkelerine aykırı davranışta bulunacağı açıktır. Nitekim kişinin rızasının olmadığı hallerde insan onuruna uygun bir şekilde muayenenin ya da örnek almanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>162</sup>. Yine belirtilmelidir ki kelepçenin hangi şartlarda takılabileceği CMK'nın 93. maddesinde<sup>163</sup> düzenlenmiştir. Madde içerisinde sayılan haller CMK'nın 75. maddesi uyarınca zorla muayene ya da örnek almayı kapsayacak şekilde genişletilemez<sup>164</sup>.

Yine belirtilmelidir ki 75. madde, kişinin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaması kapsamında değerlendirilmez ise ortaya bir başka sorun çıkmaktadır. Zira 25832 sayılı Yönetmelik'in 10. maddesi ile

<sup>161</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s:526.

Konu hakkında bir başka eserde zorla gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin çoğu zaman nemo tenetur ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkelerine aykırılığa yol açacağı belirtilmektedir (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s:140).

<sup>162</sup> Aynı yönde; ceza yargılamasında maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılmayacağı, salt maddi gerçeği ortaya çıkartmak için kişilik haklarının yok sayılmayacağı, maddi gerçeğin yargılama kuralına uygun olarak ve insan hakları ihlal edilmeksizin araştırılabileceği, sonuç olarak da bedene müdahalenin ancak ve ancak kişinin muhakeme makamları önünde alınmış açık rızasıyla başvurulabilecek bir işlem olduğu şeklindeki görüş için bkz. Sarsıkoğlu.

<sup>163</sup> CMK'nın 93. maddesi şu şekildedir:

"Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı halinde kelepçe takılabilir"

<sup>164</sup> Nitekim hekimler de bu duruma karşı çıkmakta ve "Muayene ve tedavi sürelerinde kelepçe vb. kısıtlayıcı araçların varlığı: Hastayı kelepçeli olarak muayene girişiminde bulunmak, tıbbi müdahalelerin kelepçeli olarak yapılmasına göz yummak; ayrımcılık yasağına, insan onuruna-haklarına-özgürlüklerine saygı gösterilerek tıbbi hizmet sunulmasını zorunlu tutan etik ilkelere, hekimin hastasının sağlığını en önde tutarak birincil önceliğinin hastasının sağlık gereksinimi olması gerektiğini belirten temel kurala, hekimliğin hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılmasına özen gösterme ilkesine ciddi ihlal anlamına gelecek ve hasta- hekim ilişkisinin temeli olan güveni ortadan kaldıracaktır.

Hastanın muayene ve tedavi ortamına "kelepçe, gözbağı ve zincir gibi kısıtlayıcılar" ile girmesine engel olmak, muayeneleri ve tedavileri herhangi bir kısıtlayıcı olmaksızın gerçekleştirmek hekimin sorumluluğundadır. Hekim görevlilerden bu kısıtlayıcıların çıkarılmasını talep etmeli, talep yerine getirilmediğinde ise bildirgede aktarıldığı şekilde tutanak tutularak sağlık kuruluşu yöneticileri, yargı organları ve meslek odası durumdan haberdar edilmelidir" demektedirler (TTB internet sitesi, Özgürlüğünden Yoksun Birakılanların Sağlık Hakkı İle İlgili Etik Kurul Görüşü, [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd)(Erişim:14.08.2019).

CMK'nın 76. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar muayene ve vücuttan örnek alma işleminden çekinebileceklerdir. Görüleceği üzere bu yönde bir kabul çelişki ortaya çıkartacaktır. Zira kişi kendi aleyhine delil vermek zorunda kalacak, ancak diğer kişiler aynı ilkenin devamı olan "yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaz" hükmü çerçevesinde tanıklıktan çekinme sebepleri uyarınca muayeneden ve örnek vermeden kaçınabileceklerdir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma susma hakkı çerçevesinde kabul edilmediği takdirde, tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların da muayeneden çekinememesi gerekir<sup>165</sup>. Zira bu görüş uyarınca muayene ve vücuttan örnek alma beyan kapsamında değerlendirilmemektedir, bu nedenle de tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar da konuşmaya zorlanamayacak ancak bedenleri muayene edilebilecektir. Ancak ne 25832 sayılı Yönetmelik'te ne de doktrinde bu yönde bir kabul bulunmamaktadır.

Aslen sorun kanun koyucunun niyetinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu 75. madde kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın rıza hilafına yapılabileceğini düzenlemek istemiştir. Ancak bunu açık bir şekilde düzenlemek yerine zımnen yapmaya çalışmıştır<sup>166</sup>. Zira CMK içerisinde muayenenin zorla yapılabileceğine dair bir düzenleme yapılmamış olmasına karşın<sup>167</sup> CMK'nın 75 ve devamı maddeleri muayene ve örnek almanın zorla yapılabileceğine dair zımni kabuller içermektedir. Ancak kanımızca açık bir düzenleme olmadıkça anılan işlemleri yapabilmek mümkün değildir. Bu eksikliğin Yönetmelik'in "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 halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır" şeklindeki

<sup>165</sup> Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar ile şüpheli/sanık arasında muayene açısından aktif/pasif olma yönünden de bir fark olmadığı açıktır. Bu nedenle bir grubun muayeneye tabi tutulmasını mümkün kabul edip, diğerini kabul etmemek çelişkili bir sonuç yaratmaktadır.

<sup>166</sup> CMK düzenlemelerinden bu yönde bir sonuca ulaşabileceğine dair benzer yönde görüş için bkz. Kılıç, s:28.

<sup>167</sup> Doktrinde müdahalenin zorla yapılıp yapılamayacağına kanunda yer almadığı belirtilmektedir (Kılıç, s:27).



18. maddesi ile giderildiği söylenebilir ise de<sup>168</sup>, kanımızca bu da mümkün değildir<sup>169</sup>. Zira kanun ile düzenlenmeyen bir husus yönetmelik ile düzenlenemeyeceği gibi doğrudan anayasal koruma altında olan bir konuda<sup>170</sup>, yönetmelik düzenlemesi ile müdahalenin mümkün kılınması mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle yönetmelik hükmü kanımızca hukuken yok hükmündedir<sup>171</sup>.

Nitekim mehz kanuna bakıldığında; “*Alman Ceza Usul Yasasında yer alan §81a’ya göre, “sanığın vücudu, gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla, yargılama açısından önem taşıyan durumlarda muayene edilebilir. Bu amaçla, bir hekim tarafından tıp mesleğinin gereklerine göre yerine getirilecek tıbbi müdahaleler ve alınacak kan örnekleri açısından, sanığın sağlığına yönelik sakınca bulunmaması koşuluyla, rıza aranmaz.”*<sup>172</sup> hükmünün bulunduğu görülmektedir. Görüleceği üzere Alman Ceza Usul Yasası’nda açıkça rızanın bulunmasının zorunlu olmadığı düzenlenmiştir<sup>173</sup>. Eğer ülkemizde de rıza bulunmamasına rağmen müdahalede bulunma yetkisi tanınmak isteniyorsa, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayacak bu düzenlemenin en azından kanun ile yapılması gerekmektedir<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 22. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında da; “*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, hakimın kararına bağlıdır.*

*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir” denilmektedir.*

<sup>169</sup> Yönetmelik düzenlemesi nedeniyle, CMK ve İHAM içtihatlarında aranan şartlar sağlandığında zorla müdahale yapılabileceğine dair aksi yönde görüş için bkz. Konrat, s:48.

<sup>170</sup> Anayasa’nın 13. maddesi de “*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.*” kuralını getirmekte ve temel hak ve özgürlüklerin ancak özlerine dokunulmaksızın ve kanun ile sınırlanabileceğini düzenlemektedir.

<sup>171</sup> İnci, “*Katlanma Yükümlülüğü*”, s:140, 141.

Düzenlemenin kanun ile yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. İpekçioğlu, s:1171, Doğan, s:102.

<sup>172</sup> Barış Erman, “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara, 2003, s: 178.

<sup>173</sup> Farklı ülke uygulama ve düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Konrat, s:48.

<sup>174</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Kazaker, s:185.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus rıza bulunmamasına karşın bedene müdahaleye nereye kadar izin verileceği, maddi gerçeğe ulaşmanın tek kriter olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasındadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; yakın zamana kadar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde

Ancak belirtmek isteriz ki, böyle bir müdahale kanun ile düzenlendiği takdirde dahi şüpheli veya sanığın rızası hilafına müdahalede bulunmak ve beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması mümkün olmayacaktır. Zira hem yukarıda belirtildiği üzere kişinin rızasının olmadığı hallerde insan onuruna uygun bir şekilde muayenenin ya da örnek almanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>175</sup>, hem yine belirtildiği üzere, vücutta müdahale için tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerin birlikte bulunmasını arayan Anayasa hükmü uyarınca, hem de hukuki açıdan sorun çözülmüş kabul edilse dahi, işlemleri gerçekleştirecek olan heki<sup>176</sup> ve

eşinsel ilişki suç olarak kabul edilmekte ve bu suçun ispatı açısından kişiler zorla anal muayeneye tabi tutulabilmekteydi. Görüleceği üzere maddi gerçeğe ulaşma, insan onurundan üstün tutulduğunda ulaşılabilecek olan sonuç da hukuk ve insan haklarına uygun olmayacaktır. Nitekim ülkemiz tarihinde de bu yönde acı hatıralar bulunmaktadır. Tanör, s:46'da "kocası polis tarafından aranan bir kadın ile, aranan kişilere yataklık yaptıklarından kuşkulanan genç kızların" devlet hastanelerinde bekaret muayenesine tabi tutulduğu, ilgili yerde görev yapan dönemin valisi tarafından bu durumun doğrulandığı ve hatta savunulduğu, yine "gözetilme alınan kızlara da "bekaret muayenesi" uygulandığı", "turistik bir otelde kalan bir bayan turist de, otel yöneticileriyle arasında çıkan bir tartışma sonunda devlet hastanesinde -sperm kontrolü-nden" geçirildiği şeklinde, maddi gerçeğe ulaşma gereksizi ile beden muayenesine rıza bulunmasa dahi izin verildiği takdirde sonucun nereye varacağına dair örnekler verilmiştir.

175 İnsan onurunun ihlal edildiği bir durumda da işkence suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılması gerekecektir.

176 CMK'nın 75/3. fıkrası iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemektedir. Ancak 25832 sayılı Yönetmelik'in 4/2 fıkrası iç beden muayenesininin, 5/2. fıkrası ise dış beden muayenesininin tabip tarafından yapılacağını düzenlemektedir (CMK'da düzenleme yer almamasına karşın 25832 sayılı Yönetmelik'in 7/2. fıkrası uyarınca mağdur ve diğer kişilerin de beden muayenelerininin tabip tarafından yapılacağı kabul edilmiştir). Yönetmelik'in 5/4. fıkrası girişimsel olmayan görüntüleme yöntemlerininin dış beden muayenesi kapsamında olduğunu ve bu incelemeler ile 6/2. fıkraya uyarınca vücuttan örnek alınmasınının da ancak tabip veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemektedir (Yine CMK'da düzenleme yer almamasına karşın 25832 sayılı Yönetmelik'in 8/2. fıkrası uyarınca da mağdur ve diğer kişilerin vücudundan örnek alınması da tabip veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir).

Anılan düzenlemelerin CMK düzenlemesine uygun olmadığı açıktır. Bu nedenle kanuna aykırı olan Yönetmelik hükümlerinin geçerli olmadığı iddia edilebilir ise de; hekim, diğer sağlık mesleği mensuplarına göre daha üstün bir koruma getirdiğinden, 25832 sayılı Yönetmelik ile CMK'dan daha üst bir koruma getirilmektedir. Hak ve özgürlükleri daraltmayıp, genişleten bu düzenleme Anayasa'ya uygun olduğundan kanımızca geçerliliğinde de bir sorun bulunmamaktadır (Konu hakkında kanunun yönetmelik ile sınırlandırıldığına dair görüş için bkz. Apiş, s:287). Nitekim bu düzenleme muayenenin olması gerektiği şekilde yapılabilmesi açısından da önemlidir. Bir örnek vermek gerekirse; bazen hekimler atlanmış kırıklar ile karşılaşmaktadırlar. Bu yüzden hastadan iyi öykü alınması, detaylı muayene edilmesi bir gerekliliktir. Gereken grafilerin çekilmemesi veya çekilen filmlerin yanlış yorumlanması kırıkların ve hatta çıkıkların atlanmasına neden olabilmektedir. Bazı kırıkların daha sık gözden kaçabileceği ve atlanma ihtimalininin yüksek olduğu bilinmektedir (Halil Burç, Barbaros Baykal, Tolga Atay, Elif Nisa Ünlü, "Ortopedi ve Travmatolojide Sık Karşılaşılan Atlanmış Kırık ve Çıkıkların Değerlendirilmesi", TOT-BİD Dergisi 2013;12(1), s:28-34). Örneğin el bileğinde skafoid kırıkların atlanma ihtimali %13 olarak

tıp açısından giderilemez bir sorun karşımıza çıkacaktır<sup>177</sup>. Çünkü her ne nedenle olursa olsun, bu bir soruşturma kapsamında beden muayenesi nedeniyle de olabilir, bir hekim, huzuruna getirilen kişiye şüpheli veya sanık gözüyle değil hasta gözüyle bakacaktır<sup>178</sup>. Nitekim 25832 sayılı

gösteren makaleler bulunmaktadır (Howard A. Freed, Naomi N. Shields, "Most Frequently Overlooked Radiographically Apparent Fractures in a Teaching Hospital Emergency Department", *Annals of Emergency Medicine*, Ekim 1984, 13(10), s:904). Atlanan kırıklar uzun süren ağrı, hareket ve fonksiyon kaybı gibi olumsuz etkilere neden olabilir (Andrew D. Perron, William J. Brady, Theodore E. Keats, Robert E. Hersh, "Orthopedic Pitfalls In The ED: Scaphoid Fracture", *American Journal of Emergency Medicine*, Cilt:19, Sayı:4, Temmuz 2001, s:310). Bu nedenle de hekim koruması, hem muayene edilenin sağlığı açısından hem de doğru değerlendirme yapılabilmesi açısından önemlidir. Sonuçta 25832 sayılı Yönetmelik düzenlenmesinin yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

177 Adli tıp uzmanlarının kişinin rızası olmadan beden muayenesi ve örnek alma gibi işlemleri gerçekleştiren evrensel tıbbi etik ve deontoloji kurallarıyla çeliştiği ayrıca rızanın olmaması halinde komplikasyon oluşma riskini arttırarak sağlığı tehlikeye attığını savundukları yönünde bilgi için bkz. Konrat, s:47.

178 Ceza muhakemesinde muayene edilecek kişinin rızası olmadığı; şüpheli/sanık/mağdur veya diğer kişi olacağı iddia edilebilir ise de bu tartışma ceza hukuku alanında kalan bir tartışmadır (Ertuğrul, s:48'de bu yönde bir tartışma getirilmekte ve beden muayenesini yapan doktorların, şüpheli/sanığın rızası olmadığı gerekçesiyle muayeneden kaçınmayacağı, çünkü şüpheli/sanığın tedavi amacıyla kendisine gönderilmediği ileri sürülmektedir. Ancak başka bir eserde de tıbbi muayenenin; bir kimsenin sağlık durumunu saptamak üzere hekimin yaptığı klinik ve laboratuvar araştırmaların tümü olduğu gibi, bir suça ilişkin eser, emare ve delillerin elde edilmesi amacıyla şüpheli, sanık ve mağdurun beden muayenesi yapılarak tıbbi inceleme yapılması şeklinde de olabileceği belirtilmektedir (Güngör, Bakşi, s:64)). Zira hekimler muayene ettikleri her kişiyi hastaları olarak kabul etmekte ve tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket etmenin zorunlu olduğunu belirtmektedirler.

Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Şebnem Korur Fincancı, "Adli Olguya Yaklaşım- Audi Alterem Partem", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:95-97, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4808.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

Bu durum bir diğer eserde; "Sağlık çalışanları; "fiziksel, ruhsal ve sosyal" iyilik halini gerçekleştirmek için sağlığın etkilenebildiği ve değerlendirme ihtiyacı olan durumlarda tıbbi değerlendirme ve önleme ödevlerini hiçbir ayrım yapmadan herkes için eşit ve nitelikli olarak yerine getirmek yükümlülüğündedir. Adli amaçlı yapılan değerlendirmelerin yam sıra özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere verilecek sağlık hizmetlerinde de aynı ilkelere göre hareket edilmesi, herhangi bir ayrım yapılmaması esastır.

Adli tıbbi değerlendirmeler de dahil olmak üzere özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tıbbi yaklaşımda temel kural; "tutuklu ve hükümlülerin muayenelerinin de diğer hastalar gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılması, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ile ekonomik ve sosyal durumları ile benzer farklılıkları dikkate alınmaması, her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle yerine getirilmesidir" şeklinde açıklanmaktadır (Türkcan Baykal, Ümit Biçer, "Özgürlüğünden Alıkonulmuş Kişilerin Adli Muayene ve Raporlandırması", "TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu" (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018, s:115,116).

Bununla birlikte azınlıkta da olsa aksi yönde görüşler de bulunmaktadır ("Adli olguların muayeneye hazırlanması ve muayenesi de normal hastaların muayenesinden oldukça farklılık göstermektedir. Çünkü bu olgular çoğu kez şüpheli sanık durumunda oldukları için her fırsatı kendi lehlerine çevirme çabası içerisinde olacaklardır. Hekim, karşılaştığı adli olgunun böyle bir mentalite ile davranacağını düşünerek bu olgulara dikkatle yaklaşmalıdır" şeklinde görüş için bkz. Abdi Özasan, "Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:188).

Yönetmelik'in 6/4. fıkrası da; "Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır." şeklinde olup ceza yargılamasına ilişkin müdahalelerin de tıp bilimine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>179</sup>. Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere temel tıp ilkeleri hekimlere çok önemli ve değerli sorumluluklar yüklemektedir<sup>180</sup>.

Sonuçta kanımızca, rıza bulunmaksızın gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma eyleminin, yukarıda değerlendirilen işkence suçunun tüm unsurlarını taşıma ihtimali çok yüksek olup, bu nedenle de hem eylemi gerçekleştirenlerin (eylemi gerçekleştiren hekim ve sağlık mensubu çalışanları ile eğer fiziki güç kullanan kolluk görevlileri varsa anılan kişilerin tümü) hem de bu yöndeki emri veya kararı verenlerin işkence suçundan sorumluluğu doğabilecektir. Anılan sorumluluk; zorla muayene ve vücuttan örnek almanın yapılma amacının çok önemli olması ya da başka bir anayasal hakkı koruma amacıyla yapılması durumunda da ortadan kalkmayacaktır<sup>181</sup>.

Doktrinde düzenleme eleştirilmekte ve hem hukuksal hem de tıbbi anlamda sorun çıkabileceği ve en az iki kişinin rol aldığı bir süreçte yalnız bir tarafın yapması gerekenlerin tanımlanmasının uygun olmadığı belirtilmektedir (Akbulut, s:116).

179 "Rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan husus söz konusu CMK m.75 ve devamıdır. Ancak hangi amaçla olursa olsun bir insanın hekim tarafından zorla muayene edilmesi, ne tıbbi etiğe, ne mesleğin ruhuna, ne alınmış olan eğitime, ne de edilmiş olan yemine uygun bir davranış olmayacaktır. Dolayısıyla kendisiyle ilgili bir uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmak üzere samktan kan örneği istendiğinde samğın bu örneği vermeme hakkı vardır" denilmektedir (Kılıç, s:139).

180 "Kamıtların adli olgulardan, bir suç işlediğinden kuşkulanan ya da sanık konumunda olan ve/veya suça maruz kaldığı ifade edilen mağdurdan elde edilmesinde muayene ve örnek alma aşamalarına ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacın karşılanmasında, hekim ve/veya sağlık çalışanları tıp biliminin gerektirdiği kurallar çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar"(Şebnem Korur Fincancı, Coşkun Yorulmaz, "Beden Muayenesi", İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, s:142, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4812.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

181 Doktrinde "İnsan haysiyetine yönelik müdahaleler hiçbir biçimde hukuka uygun hale getirilemedikleri gibi, bu durum diğer anayasal değerler için müdahalenin gerçekleştirilmesinde de değişmez" (Kılıç, s:64), Kişiyi kendi kendisini suçlandırmaya yöneltecek her nevi zorlama ise, insanın varlığını sürdürdürebilme "güdü" ile sınırları çizilen psikolojik sınırın aşılması anlamına gelecektir. Bu sınırların aşılması hukuk güvenliği duygusunun zarar görmesinin yanı sıra, işkencenin farkında olunmadan meşru kabul edilmesine sebep olabilecektir"(Kılıç, s:65), "Bu açıklamalardan sonuç olarak ortaya çıkan husus, kişinin kendi kendisini suçlandırmaya yasağının anayasal açıdan dokunulamaz bir kişilik hakkı olduğu ve bu hakkın yoğun bir biçimde insan haysiyeti içeriğine sahip olması dolayısıyla yasa koyucunun yetki alanının dışına çıkarılmış olduğudur" denilmektedir.

## 2) Konuya İlişkin Tıp Etiği Ne Demektedir? Zorla Örnek Alma Yönündeki Savcı ve Hakim Kararını Hekim Yerine Getirebilir Mi?

Tıbbın en temel kuralı olarak kabul edilen temel ilke “*Primum non nocere*” (Önce (hastana) zara verme)<sup>182</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Yani bir hekim, hastasına öncelikle zarar vermeyecek şekilde yaklaşmaktadır ya da başka bir ifadeyle yaklaşmak zorundadır<sup>183</sup>. Bu durumda zorla gerçekleştirilen bir muayene ya da örnek almanın zarar vermemesi mümkün olamayacağından, hukuken zorla muayene kabul edilse dahi tıbbi açıdan kabul edilmesi ve uygulanması mümkün olmayacaktır.

Nitekim zorla muayene ve örnek almayı engelleyen tıp bilimine ilişkin tek kural anılan ilke de değildir. TDK tarafından “*ödev bilimi*”<sup>184</sup> olarak tanımlanan ve kabaca bir mesleğin uygulanması sırasında uyulması gerekli ahlaki değer ve etik kuralları inceleyen bilim dalı olarak kabul edilebilecek olan deontoloji, tıp açısından doktrinde; “*Tıbbi deontoloji ve etik ilkeler tıbbın başladığı günden bu yana örf ve adet hukukunda ve yazılı metinlerde tanımlanmış, insan haklarındaki gelişmelerle paralel şekilde kurumsallaşmıştır. Tıp etiği ilkeleri; tıp etkinliği konusundaki süreç üzerinde oluşan “consensus”u ifade etmektedir.*”<sup>185</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Yine ana tıp etiği ilkeleri de “*hastana zarar verme, hastana yararlı ol, yapılacak her tıbbi işlem için hastanı aydınlat ve rızasını (onamını) al, hastanın sırrını sakla, adil ol*”<sup>186</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>182</sup> Kızıllarslan, s:79.

“*Primum non nocere*” ilkesine ek olarak önceleri “*salus aegroti suprema lex*” (Hastanın sağlığı en üstün yasadır) şeklinde kabul edilen sonradan “*voluntas aegroti suprema lex*” (Hastanın iradesi en üstün yasadır) haline gelen ilkenin de tıbbın diğer en temel ilkesi olduğu söylenmektedir.

<sup>183</sup> Bu yönde bilgi için bkz. Fincancı, Yorulmaz, s:143.

“*Cenevre Bildirisi “hastanın sağlığı benim ilk önceliğimdir”* sözüyle başlamakta olduğu bilgisi için bkz. Kızıllarslan, s:72.

<sup>184</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b9b6c02def379.58617454](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b9b6c02def379.58617454) (Erişim:14.09.2018).

<sup>185</sup> Kızıllarslan, s:68.

Doktrinde “*Tıbbi etik ilkeler, hekimlik uygulamaları içinde tarih boyunca geliştirilmiş ve uluslararası kabul görmüş ilkeler olup, ulusal sağlık mevzuatı içinde de benimsenmiş ve gerek yasalar, gerekse Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hasta Hakları Yönetmeliği benzeri düzenlemeler ile hekimlik uygulamasının çerçevesini oluşturmuştur*” da denilmektedir (Fincancı, Yorulmaz, s:142).

<sup>186</sup> Kızıllarslan, s:72. Rızanın önemi doktrinde; hastanın rızası üzerine hekimin müdahalede bulunabileceği,

Yine hekimlik mesleğine başlarken edilen ve Hipokrat Yemini olarak adlandırılan yemin içerisinde de; *“Hastamın sağlığına ve esenliğine her zaman öncelik vereceğime”* ve *“Tehdit ediliyor olsam bile, tıbbi bilgimi, insan haklarını ve bireysel özgürlükleri çiğnemek için kullanmayacağıma”* şeklinde mesleki taahhütler bulunmaktadır.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Klavuzu İstanbul Protokolü'nde<sup>187</sup> de; *“Ne şekilde ifade edilirse edilsin, sağlık hizmeti etik kurallarının ana kuralı, kısıtlamalar, baskılar ve yasal sözleşmelere bağlı yükümlülüklerden bağımsız olarak, sağlık hizmeti veren kişinin daima hastanın iyiliğini gözeterek ve yararını düşünerek davranmakla görevli olduğudur”*<sup>188</sup>, *“Sağlık çalışanlarının tıbbi bilgi ve yeteneklerini kişilerin uluslararası platformlarda dile getirilen haklarını çiğneyecek bir şekilde kullanmaları özellikle yasaktır”*<sup>189</sup>, *“Kişinin baygın olduğu ya da düzgün onay vermeğe muktadir olmadığı durumlarda, sağlık çalışanları kişinin çıkarlarının nasıl korunup gözetilebileceğine ilişkin bir karar vermelidir. Hemşireler ve doktorların, hastalarının avukatıymış gibi davranmaları beklenir”*<sup>190</sup>, *“Etik ile hukukun çeliştiği durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Sağlık çalışanlarının, etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgilerin açıklanması gibi bir yasal yükümlülüğe uymamalarını gerektiren durumlar olabilir. Ulusal ve uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidir.”*<sup>191</sup> şeklinde çok önemli kriterler ortaya konulmuştur.

tıp biliminin gereklerini önceden belirlenmiş amaçları yerine getirmek için kullanacağı, ancak rızanın kapsamının hekimin hareketlerinin sınırını da çizeceği şeklinde vurgulanmaktadır (Çakmut, s:193).

<sup>187</sup> Bundan sonra İstanbul Protokolü olarak anılacaktır.

<sup>188</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:27, 28, para.51.

<sup>189</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:28, para.52.

<sup>190</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:31, para.63.

<sup>191</sup> İstanbul Protokolü, Türk Tabipler Birliği, 19.02.2009 tarihli baskısı, s:32.

25832 sayılı Yönetmelik'in 4, 5 ve 6. maddelerinde ayrı ayrı "Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir" denilmektedir. Bu durum doktrinde de; "kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir" şeklinde bir ifadenin yer almış olması bu anlamda tıbbi etik ilkelere ve hekimlik mesleğinin gereklerine bir ölçüde hürmet eden bir tutum olarak değerlendirilmelidir. Hastanın onam vermediği koşullarda muayene yapılabilmesi için hastanın etkisiz hale getirilmesi, bu amaçla bağ, zincir vb. kısıtlayıcı araçların ya da bilincin yerinde olmasını engelleyecek ilaçların kullanılması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla hem kısıtlayıcı araçlarla muayene yapılmasını engelleyen etik ilkelere aykırı bir tutum alınmış olacak, hem de hastanın isteği dışında ilaç verilmesi gibi etik ilkelere aykırılığın yanı sıra uluslararası ve tarafı olunan sözleşmelerde açıkça "işkençe" olarak tanımlanan bir davranış gerçekleştirilecektir. Bu yöntemlerin uygulanmasının, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini barındırdığını ifade etmek koşulu ile muayeneden ya da, benzer bir koşul getirilmiş olan örnek alımından çekilmek olanaklı kılınmıştır. Bu yöntemlerin sağlığa öngörülebilir zarar verme tehlikesi ise ortadadır. Hem biyolojik anlamda hem de psikolojik anlamda iyilik halinin bozulmasına yol açabilecek bu davranışlar, etkileri açıklanarak reddedilebilecek uygulamalar olarak kabul edilebilir. Ayrıca yasal düzenlemeler hukuka aykırı deliller başlığı altında zor yoluyla delil elde edilmesini de tanımlamaktadırlar. Dolayısıyla kuşkusuz zor yoluyla elde edilmesi gerekecek, onama dayanmayan muayene ve örnek alımları hekimin hastasına zor kullandığı ile kalacak ve yargılama süreçlerinde yararlanılabılır olmayacaktır"<sup>192</sup> şeklinde yorumlanmaktadır.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesi içerisinde de "Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır" düzenlemesine yer verilmiştir<sup>193</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere 25832 sayılı

<sup>192</sup> Fincancı, Yorulmaz, s:145.

<sup>193</sup> Konu hakkında yaşanan önemli bir örnek de söz konusudur. 05.01.2010 tarihinde Muğla'da E.K. isimli kişi Muğla E Tipi Cezaevi'nden hastaneye kontrole getirilmiş ancak Dr. N. B. hasta mahremiyeti nedeniyle jandarma görevlilerinden muayene odasının dışına çıkmalarını talep etmiş, ancak çıkmalarını üzerine muayene yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine ertesi gün E.K. tekrar cezaevinden hastaneye götürülmüş ve cezaevi savcısı tarafından doktor hakkında muayene yapmayı reddederek gereksiz yere

Yönetmelik'in 6. maddesinin 4. fıkrası "Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır" hükmünü getirmektedir. Bu nedenle tıp etiği ve hekimlikten gelen yükümlülükler sadece tıp açısından değil hukuk açısından da geçerlidir. Görüleceği üzere hekimlerin hastanede kendilerine gelen hastaya yaklaşma ilkele-ri, muayene için kendilerine gönderilen şüpheli ve sanık açısından da geçerlidir<sup>194</sup>. Bu nedenle kanımızca hukuken zorla muayene ve örnek almanın mümkün olduğu sonucuna ulaşılsa dahi<sup>195</sup> tıp bilimi açısından tartışma sonuçlanmayacaktır<sup>196</sup>.

19,20 TL nakil masrafına yol açtığı gerekçesiyle soruşturma başlatılmıştır (Bilgi için bkz. <https://t24.com.tr/haber/dr-naki-bulut-yasaya-uydugu-icin-suclaniyor,87833> Erişim:14.08.2019). Ancak sonuçta Dr. N. B. hakkında soruşturma izni verilmemiştir. Görüleceği üzere hukukun hak ihlalini hekimler gidermiştir.

194 "Hastaya (adli nitelikteki olgulara) yapılan bu tür bir yaklaşımı "adli tıbbi değerlendirme" olarak tanım-lamak gerekmektedir" (İnanıcı, s:29) denilmekte ve adli tıbbi muayenenin hangi şekilde yapılması ge-rektiği detaylı bir şekilde açıklanmaktadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus; yazarın adli muayenenin nasıl yapılacağını açıklarken ilk adımın "Bilgilendirilmiş rızasının alınması" olduğunu belirtmiş olmasıdır.

Doktrinde önemli bir hususa vurgu yapılmış ve hasta ile hekimin aynı dili konuşmıyor olmaları halinde onam alma işleminin bir tercüman vasıtasıyla yapılması gerektiği belirtilmiştir (Abdi Özslan, "Aydınlatılmış Onam", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çer-çevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlen-mesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, s:46).

Yine adı geçen eser s:49'da verilmiş olan onamın, hasta tarafından dilendiği zaman geri alınabile-ceği de belirtilmiş (Aynı konu doktrinde; "hayati ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, hasta her zaman rızasını geri alabilecektir" şeklinde de ifade edilmektedir (Çakmut, s:210)) ve "Standart bir form hazırlayarak hastaneye yada kliniğe müracaat eden hastaların hepsine aynı aydınlatıl-mış onam belgesini kullanmak hem olanaklı değil hem de yasal ve etik açıdan uygun değildir" denilerek çok önemli bir hususa daha vurgu yapılmıştır.

Yine doktrinde; "Muayene odasının hasta-hekim gizliliğini sağlayacak şekilde, dışarıdan görülüp, duyulamayacak ve içeriye girişin kontrol edilebileceği tam güvenli bir oda olması, hekim ve hastanın otu-rabilecekleri rahat sandalyelerin bulunması gereklidir" (Kızılarslan, s:85) gibi ceza hukuku açısından da geçerli olduğu belirtilen önemli kriterlerden bahsedilmiştir.

195 Doktrinde, görüşümüze uygun olarak; rıza olmaksızın gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin hu-kuka aykırı olacağını, İstanbul Protokolü'nün de rızayı aradığını ancak görüşümüzden farklı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin kanun ile rıza aranmasına yönelik istisna getirilebileceği ve bu durumda adli muayenenin hukuka aykırı olmayacağını savunan yazarlar da vardır (Ünver, Hakeri, s:294).

196 "Yönetmelikte, ulusal sağlık mevzuatı ve tıbbi etik ilkeler ile çelişen tanımlara yer verilmektedir. Hekimi mua-yene yapmaya zorlayan, hasta onam vermediğinde dahi muayene ve örnek almayı zorunlu kılan, gerektiğinde C. Savcısı tarafından ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınacağını ifade eden yönetmelik uygulama gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. En az iki kişinin rol aldığı bir süreçte, yalnız bir tarafın yapması gerekenler tanımlan-dığında, sürecin akışında aksaklıklar ortaya çıkması muhakkaktır" şeklindeki aynı yönde görüş için bkz. Fincancı, Yorulmaz, s:143.

Fincancı, s:97'de de konu hakkında; "Yargı süreci hekimlik uygulamasının niteliğini belirleyemez. He-kimlik uygulaması yargıdan bağımsız olmalıdır" denilmektedir.



Ancak konu hakkında, Sağlık Bakanlığı'nın çıkartmış olduğu 22.09.2005 tarihli Genelge'nin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira anılan genelgenin 3.1.2. maddesinde *"Bunların yanında, adli vakaların muayenesinde tıbbî deontoloji kurallarına titizlikle uyulacaktır"* denilmekte<sup>197</sup>, ancak 3.2.2. maddesinde ise aksi yönde *"Muayene edilenin, tabip tarafından muayene ve yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmesi esastır. İlgilinin, buna rağmen muayene yapılmasına ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde, bu durum tutanakla tespit edilerek ilgili adli makama bildirilecek ve gerekli tedbirlerin alınması istenecektir"* denilmektedir. Kanımızca yukarıda sayılan nedenler ve doktrinde de belirtildiği üzere; 25832 sayılı Yönetmelik ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nde yer alan zorla muayeneye dair düzenleme, Türkiye tarafından imzalanan ve TBMM'nin usulüne uygun bir şekilde onaylayarak iç hukuk normu niteliği kazandırdığı Biyotıp Sözleşmesi'ne (5013 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna dair Kanun, 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı R.G.) aykırıdır<sup>198</sup>. Bu nedenle de Yönetmelik ve Genelge ile getirilen bu kural uygulanabilir değildir.

Yine belirtilmelidir ki kimi hekimler, kendilerini müdahaleye zorlayan Cumhuriyet savcılarında, kendilerinin bir nevi bilirkişi olarak görevlendirildiğini, kendilerinin uzmanlığının hekimlik olduğunu ve hekimlerin zorla örnek alma konusunda bir uzmanlığının bulunmadığını belirterek zorlamaya başka bir açıdan karşı çıkmaktadırlar<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> Aynı Genelge içerisinde "3.2.3. Adli vakalarda muayeneye getirilen kişinin üzerinde beden muayenesi yapılabilmesi ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tırnak veya tükrük gibi örneklerin alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmasına dikkat edilecektir" de denilmektedir.

<sup>198</sup> Koç, Üçpınar, Sakallı, Ataş.

<sup>199</sup> Konu hakkında "Türkiye'de hekimlerin adli tıbbi değerlendirmelerde mesleki bağımsızlık içinde hareket etme yükümlülüğü yasal olarak da güvence altındadır. Türk Ceza Kanunu Madde 288'de bilirkişileri hukuksal aykırı bir işleme zorlamamın "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu" olduğu düzenlenmiştir" denilmektedir (Baykal, Biçer, s:123).

Başka bir eserde ise "Beden muayenesinde kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelerin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla gerçekleştirilmelidir. Hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul etmediği yöntemlerle elde edilmiş delillerin hukuki durumları tartışmalı hâle geleceklerdir" denilmektedir (Aygün, s:62). Hekimler açısından zorla örnek alma da hekimlik sanatı ve tıp bilimi kapsamında kabul edilmemektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere CMK'nın 76/2. fıkrasında mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek olmadığı düzenlendiğinden, karar alındığı takdirde mağdurun zorla muayene edilebileceği ve vücudundan örnek alınabileceği kanunun zımni sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüleceği üzere kanuna dayanan bir kuraldan bahsetmek mümkündür. Ancak hekimler, anılan kanun hükmünün de meslek ilkeleri nedeniyle bağlayıcı olmadığını söylemektedirler. 2013 yılında yaşanan bir örnekte, cinsel istismar suçunun gerçekleştiği şüphesi ile çocuk olan mağdurların genital muayenesini yapması kendisinden talep edilen Prof. Dr. G.A., mağdurları bilgilendirmiş, ancak mağdurlar ısrarla muayeneyi reddedince herhangi bir muayene gerçekleştirilmemiştir. Bunun üzerine hekim G.A. hakkında dava açılmış ancak kendisi beraat etmiştir. Yerel mahkeme kararı Cumhuriyet savcısı tarafından temyize götürülmüş ve Yargıtay tarafından karar bozulmuştur<sup>200</sup>. Hem G.A. hem de meslektaşları olan hekimler anılan davranışı savunmakta<sup>201</sup> ve "iyi hekimlik" in yargılanamayacağını belirtmektedirler<sup>202</sup>. Görüleceği üzere hekimler konu hakkında net olup, zorla muayene hukuksal bir tartışma olarak varlığını devam ettirmektedir<sup>203</sup>.

<sup>200</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2015/1213 esas, 2019/2001 karar sayılı ve 14.02.2019 tarihli kararı.

<sup>201</sup> Doktrinde "Eğer hekim müdahalede bir yarar görmüyorsa rıza bulunsa bile bunu yapmağa zorlanamaz" (Çakmut, s:208) şeklinde ifade edildiği üzere hekim, rızanın bulunduğu bazı durumlarda dahi tıbbi müdahalede bulunmayabilecektir.

<sup>202</sup> Konu hakkında TTB [http://www.ttb.org.tr/haberarsiv\\_goster.php?Guid=67152970-9232-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=67152970-9232-11e7-b66d-1540034f819c)(Erişim:14.08.2019), Adli Tıp Uzmanları Derneği <https://www.atud.org.tr/2016/12/06/iyi-hekimlik-degerleri-bir-kez-daha-kazandi/> (Erişim:14.08.2019), İstanbul Tabip Odası <https://www.istabip.org.tr/5277-etik-ilkeler-hukukun-hekim-bagimsizligi-yargi-kararlarinin-uzerindedir.html> (Erişim:14.08.2019) gibi meslek örgütleri hekimlik ilkelerini uygulamaya devam edeceklerini açıklamışlardır.

<sup>203</sup> Konu hakkında doktrinde hekimlerin yasal merciler tarafından görevlendirildiği durumlarda, hekimin; hukuksal sorumluluklar ile hastaya bağlılığını sürdürme arasında tercih yapmak zorunda kaldığı, buna "ikili bağlılık" veya "ikili sadakat" (dual loyalty) denildiği, ancak hekim açısından etik yükümlülükler yönünden önceliğin hekimin hastasına karşı bağlılığı ve sorumluluğu olduğu belirtilmekte ve "Adli rapor düzenlemekle görevlendirilmiş olan hekim; görev tamamı, yeri, bağlı olduğu kurum ne olursa olsun; savaş, silahlı çatışma, olağanüstü hal durumları dahil hiçbir durumda tıbbi etik ilkelere aykırı davranamaz. Hekimlik yeminine ve etik ilkelere uymalı ve her durumda hastasına karşı sorumluluğu ve bağlılığının öncelikli olduğunu hatırlamalıdır" denilmektedir (Baykal, Biçer, s:125,126). Aynı yönde bilgi için bkz. Fincancı, s:94,95.

Yine konu hakkında TTB tarafından da; "Karar verme yeterliliği olan bir hastanın muayenesi sırasında hekimin herhangi bir biçimde zora başvurmaması, zor uygulanan bir hastayı değerlendirmesi hekimlik uygulaması ile bağdaşmamakta, "zarar vermeme ilkesi, mahremiyet hakkı" başta olmak üzere mesleğin evrensel ilkelerine aykırılık oluşturmakta, hekim hasta ilişkisindeki güven değerini örselemektedir. Ayrıca hastanın beden ve ruh sağlığı açısından ciddi tehlikelere de yol açabilecektir.

...

**İkili Yükümlülük:** Hekimler yasal merciler veya ikinci bir kurum ya da kişi tarafından görevlendirildiği durumlarda, hukuksal olarak çerçevesi çizilmiş sorumluluklar ile hastasına karşı duyması beklenen sorumluluk ve bağlılığı sürdürme yükümlülüğü arasında tercih yapmak durumunda kalmaktadır. “İkili bağlılık” veya “ikili sadakat” (dual loyalty) olarak adlandırılan durumlarla karşılaşması durumunda da etik yükümlülükler yönünden öncelik, hastasına karşı bağlılığı ve sorumluluğudur. Tıp mesleği, yaşam ve sağlığa erişim hakkı boyutunda hekimlerin hastalarıyla sadakate ve güven ilişkisine dayalı özel bir ilişkiyi gerektirdiğinden, hekimlerin mesleğin temel ilkelerini zedeleyecek ve hastalarının sağlığını bozacak uygulamalar içinde yer alması düşünülemez. Bu nedenle hekimlerin disiplin ve ceza amaçlı kurul ve uygulamalar içinde yer alması, bu süreçlere katılması etik ilkelere aykırıdır.

...

*Esasen işkence ve kötü muameleyi mümkün kılan eylemlerin hukuken de meşru olması mümkün değildir. Bir an için ulusal düzenlemelerin buna izin vermesi olasılığı kabul edilse bile bu tür düzenlemelerin uluslararası hukuka aykırı olacağı açıktır. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca insan haklarına ilişkin antlaşma hükümleri ile ulusal mevzuat çatıştığında insan hakları antlaşmaları esas alınacaktır. İşkence ve kötü muamele yasağı açısından bu husus daha da önemlidir. Mutlak işkence yasağı, uluslararası toplum açısından oynadığı özel rolün bir gereği olarak uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi açısından da üstün bir kural niteliği kazanmıştır. Koruduğu değerler nedeniyle, işkence yasağı buyruk kural (jus cogens) olarak tanınmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve teamül hukukundan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuştur. Bir başka deyişle, işkence yasağı uluslararası toplumun mutlak bağlayıcı bir kural olarak tanıdığı, hiçbir istisnası olmayan temel bir ilkedir. Bu nedenle, işkence yasağıyla çatışan ulusal hukuk kuralları aynı zamanda uluslararası hukukla da çatışma içinde olacağından hukuki geçerliliği olamaz.*

...

*TTB Bildirgelerinde hekimlerin, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulandığı ya da böyle bir gözdağının verildiği yerlerde bulunması yasaklanmıştır. İşkence ve diğer kötü muamele davranışları ile karşılaştığında etik duyarlılıkla işkenceye göz yummayacak, önlemek için çaba harcayacak, belgeleme, raporlandırma ve bildirimde bulunma yükümlülüklerini yerine getirerek gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı verecektir.*

...

*Adli tıbbi amaçlı yapılacak değerlendirmeler: Adli amaçlı değerlendirmelerde de hekimlerin temel etik ve mesleki ödevleri değişmemektedir. İP ve CPT standartları, hekimin ve hastanın kendini özgür ve bağımsız hissedebilmesi için kolluk güçlerinin muayene ortamında olmamasının, hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmasının sağlanmasının, muayenenin güvene dayalı hekim-hasta ilişkisinin oluşturulabileceği çerçevede yapılmasının esas olduğunu ve tıbbi değerlendirme ve belgeleme süreçleri ile ilgili kişinin bilgilendirilerek aydınlatılmış onamının alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Kişilerin gözetiminde tutulduğu birimlerde veya bu birimlerin kontrolünde olan mekanlarda söz konusu gereklilikler sağlanamayacağı için adli tıbbi değerlendirme yapılamaz. Güvenlik, personel yetersizliği, vb. nedenler değerlendirmenin sağlık kuruluşu dışında yapılmasının gerekçesi olarak kabul edilemez.*

*Uygun muayene ortamı ve bağımsız çalışma koşulları bulunmadığında; hekim çalıştığı kurum sorumlularına durumu bildirerek uygun ortam sağlanmasını talep etmelidir. Uygun koşullar sağlanmadığında; değerlendirmeyi yapan hekim, muayene ortamına ait kısıtlılıklar ile muayene yapılamamasının gerekçesini genel adli muayene rapor formuna kaydetmeli ve bir tutanak ile yargı organlarına iletmelidir.*

*Adli değerlendirme süreçlerinde aydınlatılmış onamla ilgili bilgiler düzenlenecek rapora kaydedilmelidir. Hekim sağlıkla ilgili konularda değerlendirme yapmakla yükümlü olduğunu, ulaştığı bilgileri veya talepleri yargı organlarına iletmek durumunda olduğunu da açık ve anlaşılır biçimde hastasıyla paylaşmalıdır. Kişinin değerlendirmeyi kabul etmemesi durumunda belge inandırıcılığın sağlanması amacıyla alıkonulan kişi, diğer bir sağlık görevlisi ve mümkünse kişinin avukatı tarafından imzalanmalıdır” (TTB internet sitesi, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılanların Sağlık Hakkı İle İlgili Etik Kurul Görüşü, [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=cca66a7e-bff9-11e8-bd56-00aa55ab5dcd) (Erişim:14.08.2019) denilmekte ve hukuksal açıdan da çok önemli sonuçlar doğuracak tespitlerde bulunmaktadır.*

Sonuçta kanımızca, tıp bilimi ve uygulamacıları tarafından değer verilen ilkelerin hukuk açısından da korunması gereklidir. İnsanlığın can, kan ve özgürlük kaybı ile bedelini ödemiş olduğu insan hakları uyarınca bu bir zorunluluktur. Nasıl tıp için en temel ilke “Primum non nocere” yani zarar verme ise, hukuk için de en temel ilke önce hukuka, adalete zarar verme olmalıdır. Aksi halde kendi kurallarına uymayan, koruması altında olan kişiye zarar veren bir bilim dalı ve uygulayıcılarına saygı duyulması mümkün değildir. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere doktrindeki ağırlıklı görüş tarafımız ile hemfikir değildir. Bu nedenle, katlanma yükümlülüğü çerçevesinde zorlama söz konusu olduğunda en azından gerçekleştirilecek olan işlemin ölçülü olması, kişinin aktif katılıma zorlanmaması ve hepsinden önemlisi hiçbir şart altında insan onuruna en ufak dahi zarar verecek eylemlerde bulunulmaması gerekmektedir<sup>204</sup>. Aksi yöndeki davranışın çalışmanın başında açıklanan işkence suçu kapsamında kalacağı da açıktır.

### 3) Zorla Örnek Alma Gerçekleştirilmez İse Mağdurun Adil Yargıya Ulaşım ve Etkili Soruşturma Talep Hakkı İhlal Edilmiş Olacak Mıdır?

Yukarıda belirtildiği üzere kişi dokunulmazlığı anayasal bir haktır ve tarafımızca savunulan kişinin rızası hilafına beden muayenesi ve vücudundan örnek almaya tabi tutulamayacağına ilişkin görüş doğru kabul edildiği takdirde; kaynağını Anayasa ve İHAS'tan<sup>205</sup> alan adil yargılanma hakkı ve etkili başvuruda (Etkili soruşturma yapılmasını isteme hakkı)

<sup>204</sup> İnci, “Katlanma Yükümlülüğü”, s: 143. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus CMK'nın “İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.” şeklindeki 75/2. fıkrası ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in şüpheli veya sanığın dış beden muayenesine ilişkin kuralları düzenleyen 5. maddesinin “Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir” şeklindeki 3. fıkrasıdır. Anılan düzenlemeler uyarınca, müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi söz konusu ise rızanın dahi hiçbir öneminin kalmayacağı ve herhangi bir müdahale yapılamayacağı ortaya çıkmaktadır.

<sup>205</sup> Belirtmek gerekir ki İHAS'ın 6. maddesi ile tanınan haklar ceza yargılamasında sanık olanlara tanınmış haklardır. Nitekim Sözleşme'nin resmi çevirisi “cezaî sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esasî hakkında karar veren” şeklindedir. Bu nedenle ceza yargılamasında şikâyetçi, müşteki, katılan konumunda bulunanlar İHAS'ın 6. maddesinde tanınan haklardan istifade edemeyeceklerdir (İnceoğlu, s:83,84).

bulunabilme hakları gibi haklar açısından ortaya bir çelişki çıkacağı söylenebilecektir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi<sup>206</sup> hak arama özgürlüğünü düzenlemekte ve madde iddiada bulunma hakkını da içermektedir. Buna göre meşru vasıta ve yollardan gerçekleşen bir suç duyurusuna ilişkin devletin etkili bir soruşturma yapması gerekmektedir. Bu kapsamda; örneğin şikayetçi, kendisine karşı yaralama eyleminde bulunan faili olay sırasında yaraladığını beyan etse ve olay yerinden alınan kan örnekleri ile yakalanan şüphelinin kan örneğinin karşılaştırılması istenirse ve şüpheli buna itiraz ettiği için kan örneği alınmasından vazgeçilse, bu durumda şikayetçi açısından da etkili soruşturma hakkı ihlal edilmiş olacak mıdır? Kanımızca bu sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Zira soruşturmalar hukuk ile sınırlıdır ve şikayetçinin etkili başvuruda bulunma hakkının sınırları da hukuka uygunluk ile belirlenmiştir<sup>207</sup>. Yargılamanın hiçbir süjesi hukuka aykırı delillere dayanılarak hüküm kurulmasını talep edemez<sup>208</sup>.

Eğer görüşümüz uyarınca; zorla beden muayenesi yapılamayacağı, yapılsa da bu suretle elde edilen delillerin yargılamada kullanılamayacağı kabul edilirse nasıl şikayetçi, başvuru hakkı kapsamında, yasak ifade ve sorgu yöntemlerine başvurulmasını talep edemiyorsa, zorla beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınmasını da talep edemez hale gelecektir. Nitekim CMK'nın 160/2. fıkrası da bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısına; *"maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumak"* yükümlülüğünü yüklemekte-

<sup>206</sup> Hak arama hürriyeti başlığını taşıyan maddenin içeriği şu şekildedir:

*"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."*

<sup>207</sup> Aynı yönde yorum için bkz. Fatih Birtek, "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat", Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2017, s:68, 69.

<sup>208</sup> Konu hakkında doktrinde; ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırma zorunluluğunun en gerçek, güvenilir ve sağlam delile ulaşmayı zorunlu kıldığı belirtilmekte, ancak bu zorunluluğunun her ne pahasına olursa olsun anılan delile ulaşılması anlamına gelmediği eklenmektedir. Zira hukuka aykırı yollardan ulaşılan deliller yargılamada kullanılamayacaktır (Mehmet Yayla, "Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüpheli", Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2016, s:103).

dir. Bu nedenle her ne pahasına olursa olsun değil, şüphelinin hakları da korunarak ve hukuk kapsamında maddi gerçeğin araştırılması gerekmektedir<sup>209</sup>. Nitekim ceza yargılaması kapsamında bazı delillerin ancak bazı şartlarda toplanabileceği kabul edilmiştir. Örneğin CMK'nın 135. maddesi uyarınca iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak maddenin sekizinci fıkrasında sayılan suçlar açısından söz konusu olabilecektir. Bu nedenle TCK'nın 141. maddesi kapsamında hırsızlık mağduru olduğunu beyan eden bir kişinin şikayette bulunarak şüpheli hakkında iletişimin dinlenilmesi talebinde bulunulması talebi de değerlendirilemeyecektir. Oysa hırsızlık suçunun nitelikli hali, CMK'nın 134/8. fıkrasında sayılan suçlar arasındadır. Bu nedenle şikayetçinin etkili başvuruda bulunma hakkının kanun koyucu tarafından kısıtlandığı söylenebilir ise de anılan hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmek pek mümkün görünmemektedir.

#### 4) Zorla Örnek Alındığı Takdirde Anayasa ve İHAM ile Koruma Altına Alınan İşkence Yasağı İhlal Edilmiş Olur Mu?

Yukarıda açıklandığı üzere kanımızca başlıktaki sorunun cevabı ihlal edilmiş olacağı yönündedir<sup>210</sup>. Bununla birlikte İHAM'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. İHAM'ın konu hakkındaki ilk ve önemli kararı Saunders & Birleşik Krallık kararıdır<sup>211</sup>. Anılan karar içerisinde *“Kendine karşı tanıklık etmemek hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma istemine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan arama*

<sup>209</sup> Doktrinde konuya ışık tutacak şekilde; *“Hekim, her durumda mesleğini bağımsız ve yansız biçimde uygulamakla yükümlüdür. Adli olgularda hakikati ortaya çıkartmak için hekim tıbbi sürecin başından raporun tamamlanmasına kadar bütün aşamalarda bağımsız ve özgürce mesleki standartlarına uygun davranmalıdır. Bağımsız davranma yükümlülüğü uluslararası ve ulusal belgelerde tanımlanmıştır”* denilmektedir (Türkcan, Biçer, s:123).

<sup>210</sup> Konumuzla doğrudan ilgili olmasa da başvurunun götürüldüğü doktorlar, muayene yapmayı reddettikleri için, başvurucuya zorla jinekolojik muayene yapılmamış, bu nedenle de Devrim Turan & Türkiye, Başvuru No:879/02, 02.03.2006 kararında İHAM'ın 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>211</sup> Saunders & Birleşik Krallık, Başvuru No: 19187/91, 17.12.1996.

*emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür*<sup>212</sup> denilmektedir<sup>213</sup>. Görüleceği üzere İHAM, rızayı önemsememiş, anılan örnekleri kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkesi kapsamında kabul etmemiştir<sup>214</sup>.

İHAM'ın vücut dokunulmazlığına müdahaleyi tartıştığı bir diğer kararında ise Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. İHAM'ın önemli kararlarından olan Jalloh & Almanya<sup>215</sup> kararına konu olay kapsamında; yakalandığı sırada içerisinde uyuşturucu madde bulunan küçük poşeti yutan başvurunun vücutuna müdahale edilerek kusturucu ilaç verilmiş<sup>216</sup>, bunun sonucunda da başvuru poşeti kusmuştur.

<sup>212</sup> Naula Mole, Catharina Harby, "Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz", TBB Yayınları 89, 2005, s:39, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/adil-yargilanma-hakki.pdf> (Erişim:18.12.2018).

<sup>213</sup> Benzer bir yorum Tirado Ortiz ve Lozano Martin & İspanya, Başvuru No:43486/98, 22.06.1999 kararında yapılmış ve "Başvuranlar, alkol testi yaptırmayı kabul etmemeleri nedeniyle kurallara uymama ağır suçundan mahkûm edilmelerinin, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her kişinin kendini suçlayan ifadeler vermeme hakkına sahip olduğu ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. ... Ancak, kendini suçlamama hakkı, esas olarak, sanık kişinin sessiz kalma isteğine saygı göstermekle alakalıdır ... zorlama yetkisi kullanılarak sanıktan ele geçirilebilecek ancak, diğer şeylerin yanı sıra, izin belgesi ile ele geçirilen belgeler, nefes, kan ve idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu gibi sanığın rızasından bağımsız olarak mevcut olan materyallerin cezaı yargılamada kullanılması kapsamaz ... AİHM, somut davada, itiraz edilen yasal hükmün benzer bir ilkeye dayandığını kaydetmiştir.

AİHM, aynı zamanda, polis memurlarının, başvuranların suç işlediklerinden şüphelendikleri için alkol testi talep ettiklerini gözlemlemiştir. Ayrıca, keyfi ve uygunsuz test uygulamasına karşı muhtelif güvenceler sunulmuştur. Buna ek olarak, alkol düzeyine ilişkin testler, trafik mevzuatı ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyi üye ülkelerde genel olarak kullanılmaktadır. Yukarıda belirtilen hususları dikkate alan AİHM, söz konusu yasal hükmün, başvuranların davasında uygulandığı şekliyle, AİHS'nin 6. maddesinin ihlâlini oluşturmadığını değerlendirmiştir." (Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları", TBB Yayınları, Kasım 2008, Ankara, s:136) denilmiştir.

<sup>214</sup> Bu kabul doktrinde; "AİHM bu konuda sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabileceğini bunun da adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği kamsındadır" şeklinde açıklanmaktadır (Aydın, s:163). Bu husus İHAM'dan önce Komisyon'un da önüne gitmiş ve X & Hollanda, 8239/79 başvuru sayılı ve 04.12.1978 tarihli kararda, kısıtlı inceleme yapılmak suretiyle, alkollü araç kullanıp kullanmadığının tespiti için kişiden kan alınmasının masumiyet karinesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>215</sup> Jalloh & Almanya, Başvuru No: 54810/00, 11.07.2006.

<sup>216</sup> Kişilere zorla kusturucu madde verilmesinin engizisyon döneminde işkence ile sanığın suçu ikrarının sağlanmasına benzediği, bu nedenle de zorla kusturucu madde verilmesinin işkence kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Kılıç, s:124.

İHAM başvuru kapsamında Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>217</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 2015/19012 sayılı B.P.O. başvurusuna ilişkin vermiş olduğu 27.03.2019 tarihli kararı da çalışma konusunu ilgilendirmektedir. Zira başvuruya konu olay kapsamında Kolombiya vatandaşı olan başvurucunun uyuşturucu ticareti yaptığı gerekçeyle üzerinde ve cinsel organında arama gerçekleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nce yapılan değerlendirme sonucunda başvurucunun cinsel organında gerçekleştirilen aramanın başvurucunun hemcinsi olan kadın polis memurunca, üçüncü kişilerin göremeyeceği bir ortamda ve hijyen kurallarına dikkat edilerek yapıldığı, başvurucunun vücudunda herhangi bir yaralanma oluşmadığı ve başvurucu tarafından da olağanın ötesinde dayanılmaz bir cismani acı ya da psikolojik harabiyetten bahsedilmediği belirtilmek suretiyle arama eyleminin işkence ve kötü muamele kapsamında değil, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış<sup>218</sup> ve sadece bu kapsamda ihlal kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonuçta katılmadığımız gibi, karara ilişkin üç ayrı karşı oyun önemli olduğunu düşünmekteyiz.

## SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile işkence suçu eski dar kılıplarından çıkmış ve sadece ceza hukuku alanında değil genele yayılan bir koruma sağlamaya başlamıştır. Ancak uygulamada bunun karşılığı görülmediğinden kanun ile amaçlanan sonuca ulaşamamıştır. Bir hukuk devletinde işkenceyi önlemek için getirilen yasal düzenlemelerin karşılığını bulamaması sadece idare, kolluk, savcılık ve hakimlerin kusuru olmayıp; bunu sağlayamayan avukatların, sivil toplum örgütlerinin ve aslen tüm vatandaşlarıdır. İşkenceye sessiz kalmak ya da tepki göstermemek işkenceyi olağanlaştıracak ve aslında bu durum işkence suçunun ceza kanunlarında hiç yer almamasından daha tehlikeli bir sonuca yol açacaktır.

<sup>217</sup> Karar hakkında detaylı bilgi ve tartışma için bkz. Dursun, "Beden Muayenesi", s:2985.

<sup>218</sup> 2015/19012 sayılı B.P.O. başvurusu, 27.03.2019 tarihli kararı para. 49,50.



Bir kişiyi rızasına aykırı olarak beden muayenesine tabi tutmanın ve kişinin vücudundan örnek alınmasının kanunda açık bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir. Böylesine önemli bir konuda zımnî çıkarımlar içeren düzenlemeler yerine, temel hak ve özgürlük niteliğinde olan vücut dokunulmazlığına müdahalenin yasal sınırlarının açık düzenlemeler ile çizilmesi gerekmektedir. Nitekim bu konuda öncelikle anayasal bir düzenlemeye gidilmelidir.

Anayasa'nın 17. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde rıza hilafına gerçekleştirilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuka aykırı olacağı ve işlem sırasında insan onuru da ihlal edilmiş olacağından eylemin işkence suçuna vücut vereceği düşünülmektedir. Çalışma kapsamında açıklandığı üzere; işlem, hakim kararı veya savcı emrine dayansa da sonuç değişmeyecektir, zira hem anılan emir ve karar Anayasa koruması altında olan temel bir hakkı ortadan kaldıramayacak hem de bu karar veya emri yerine getirenlerin de sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

Yine çalışma içerisinde açıklandığı üzere konu hukuksal olarak bir çözüme kavuşturulsa ve anayasa değişikliğine gidilse dahi tıp ve hekimler açısından sonuç değişmeyecek ve zorla beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması söz konusu olamayacaktır.

Suç oluşturan eylemlerin ortaya çıkartılması, maddi gerçeğe ulaşılması, suç oluşturan eylemlerin cezalandırılması önemlidir ancak insanlığın yüzyıllardır sürdürdüğü ve bedelini can, kan, gözyaşı olarak ödediği insan hakları daha önemlidir. Kaldı ki ceza hukukunu insancılıktan uzaklaştırmadan da suçların ortaya çıkartılması, suçluların cezalandırılması mümkündür. Hiçbir suçun ortaya çıkartılması ya da failinin belirlenmesi insan onurundan, insanlığın bu yolda ödediği bedellerden daha önemli değildir. Aksi davranış bizi engizisyon mahkemesi kararı ile katledilenlerin, cadı olduğu iddiasıyla yakılanların, toplama kamplarında öldürülenlerin ve tarih boyunca işkencenin karşısında duranların ödediği bedeller açısından sorumlu hale getirecektir.

## Kaynakça

**A. Aytekin**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.

**Abdi Özasan**, “Adli Raporların Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006.

**Abdi Özasan**, “Aydınlatılmış Onam”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006.

**Afra Nur Çaprak**, “Sünnet Operasyonu Özelinde Türk ve Alman Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğu Sorunu”, Suç ve Ceza Dergisi (Türk Ceza Hukuku Derneği Dergisi), 2018/2, Ağustos 2018.

**Ali Ersin**, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:16, Ağustos 2011.

**Andrew D. Perron, William J. Brady, Theodore E. Keats, Robert E.**

**Hersh**, “Orthopedic Pitfalls İn The ED: Scaphoid Fracture”, American Journal of Emergency Medicine, Cilt:19, Sayı:4, Temmuz 2001.

**Aydın Aygün**, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8. Sayı, 2016.

**Aysun Koç, Hülya Üçpınar, Nazan Sakallı, Nergiz Tuba Ataş**, “İşkenceye Açık Kapılar”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2009, İzmir.

**Ayşe Nuhoglu**, “*Beden Muayenesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Aralık 2006.

**Bahri Öztürk**, “*Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)*”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, (Erişim:10.10.2018).

**Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü**, “*Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, Eylül 2016.

**Barış Erman**, “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara, 2003.

**Berrin Akbulut**, “*Dış Beden Muayenesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016

**Bilge Sayıcı Pehlivan**, “*İşkence Suçunun Kapsamı*”, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim:09.10.2018.

**Burcu Demren Dönmez**, “*Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı*”, TBB Dergisi, Sayı:94, 2011.

**Bülent Tanör**, “*Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*”, Özal Matbaası, Ocak 1990

**Cesare Beccaria, Çev. Sami Selçuk**, “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*”, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Nisan 2018.

**Çağrı Kan Aydın**, “*Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak ‘Susma Hakkı’*”, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010.

**Devrim Güngör, Okan Bakşı**, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:8, 2009.

**Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok**, “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ekim 2015.

**Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok**, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Mart 2014.

**Ejder Yılmaz**, “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996

**Erdoğan Teziç**, “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1998.

**Fatih Birtek**, “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat”, Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2017.

**Fevzi Demir**, “Anayasa Hukuku”, 9. Baskı, İzmir 2015.

**Gizem Dursun**, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017.

**Gizem Dursun**, “İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2018, Ankara

**Gözde Kazaker**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2016, Sayı:31.

**Gülşah Kurt**, “Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci”, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi

**Hakan Kızıllarlan**, “Vücutun Muayenesi & Örnek Alma”, 1. Bası, Ankara 2007.

**Halil Burç, Barbaros Baykal, Tolga Atay, Elif Nisa Ünlü**, “Ortopedi ve Travmatolojide Sık Karşılaşılan Atlanmış Kırık ve Çıkıkların Değerlendirilmesi”, TOTBİD Dergisi 2013;12(1)

**Halil Kalabalık**, “İnsan Hakları Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Eylül 2017, Ankara.

**Haydar Erol**, “Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 1. Bası.

**Howard A. Freed, Naomi N. Shields**, “Most Frequently Overlooked Radiographically Apparent Fractures in a Teaching Hospital Emergency Department”, Annals of Emergency Medicine, Ekim 1984, 13(10)

**Hüseyin Ertuğrul**, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:55, Mart 2011.

**İlhan Üzülmöz**, “Türk Hukukunda İşkence Cürmü (TCK.nun 4449 Sayılı Kanunla Değişik 243. Maddesi)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 3-4, Yıl 2002

**İsmail Malkoç**, “2004 değişiklikleri ve içtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 1. Bası, Eylül 2004

**İsmail Malkoç**, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Malkoç Kitabevi, 2007

**Kerem Altıparmak, Feray Salman**, “Adalet İstatistiklerinin Dili: Gezi’de Yazılan Cezasızlık Destanı Kahramanlık Değil”, 09.06.2016,

<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/175633-adalet-istatistiklerinin-dili-gezi-de-yazilan-cezasizlik-destani-kahramanlik-degil> (Erişim:10.08.2019)

**Mehmet Akif İnanıcı**, “Ulusal Yasal Düzenlemelerde Beden Muayenesi ve Hekimlik Uygulaması”, Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı:7, Haziran 2010.

**Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya**, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2006.

**Mehmet Semih Gemalmaz**, “Ulusal İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi”, Ankara Barosu Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006.

**Mehmet Yayla**, “Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphe”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2016.

**Melek Göregenli, Evren Özer**, “Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980’lerden Günümüze Türkiye’de İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Sayı:70, Kasım 2010, Ankara.

**Merve Konrat**, “Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi”, Adli Bilimler Dergisi, 10 (4), 2011.

**Muhammed Demirel**, “Amirin Emri”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

**Naula Mole, Catharina Harby**, “Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz”, TBB Yayınları 89, 2005, <http://tbbyayinlari.barobirlilik.org.tr/TBBBooks/adil-yargilanma-hakki.pdf> (Erişim:18.12.2018).

**Nur Centel, Hamide Zafer**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

**Nüket Örnek Büken**, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Açısından Aydınlatılmış Onam Süreci ve Hasta Özerkliğine Saygı”, “TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018.

**Özge Apış**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2012.

**Özlem Yenerer Çakmut**, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003.

**Pervin Aksoy İpekçioğlu**, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, , Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013.

**Recep Doğan**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, TBB Dergisi, Sayı:142, 2019.

**Sabahattin Nal**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkençe ve İnsanlık Dışı Muameleler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı:2, 2007.

**Serkan Cengiz**, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sayı:88, 2010.

**Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, TBB Yayınları, Kasım 2008, Ankara.

**Sibel İnceoğlu**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, Beta Yayıncılık, 2. Bası, Nisan 2005 İstanbul.

**Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk**, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı”, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2012.

**Ş. Cankat, Taşkın**, “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme”, TBB Dergisi, Sayı 79, 2008.

**Şebnem Korur Fincancı**, “Adli Olguya Yaklaşım- Audi Alterem Partem”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4808.pdf>, (Erişim 30.08.2018).

**Şebnem Korur Fincancı, Coşkun Yorulmaz**, “Beden Muayenesi”, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4812.pdf>, (Erişim 30.08.2018)

**Şenel Sarsıkoğlu**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim: 30.08.2018.

**Timur Demirbaş**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, 2017

**Timur Demirbaş**, “İşkence Suçu”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2016

**Timur Demirbaş**, “Şüphelinin İfadesinin Alınması”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Eylül 2011

**Türkcan Baykal, Ümit Biçer**, “Özgürlüğünden Alıkonulmuş Kişilerin Adli Muayene ve Raporlandırması”, “TTB ve Tabip Odalarının Tıbbi Etik ve Deontolojiyi Koruma Sorumluluğu” (Ed. Naki Bulut), TTB Yayınları, 2018



**Ümmügülsüm Kılıç**, “*Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*”, Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, file:///Users/sinansurucu/Downloads/273566.pdf(Erişim:12.08.2019)

**Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012

**Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe**, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2011

**Yener Ünver, Hakan Hakeri**, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, 2016, Ankara

**Zafer Gören**, “*Anayasa Hukuku*”, Yetkin Yayıncılık, 2011, Ankara

**Z. Özen İnci**, “*Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2017, Cilt 7, Sayı 2, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale7.pdf>, (Erişim: 07.09.2018)

**Zekiye Özen İnci**, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:72, Sayı:1, Ocak 2007 sayısı

**Zeynep Engin**, “*İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/1, Beta Basın Yayıncılık A.Ş.