



T.C  
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
DOKTORA TEZİ

## **GENİTAL MUAYENE SUÇU VE HEKİM SORUMLULUĞU**

TARIK FIRAT

SAĞLIK HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Gürkan SERT

İSTANBUL – 2021

## **BEYAN**

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün safhalarda etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içerisinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesine aldığımı, yine bu tez çalışması ve yazımı sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Tarık FIRAT

## ÖN SÖZ

*Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu* başlıklı Doktora çalışmam esnasında bilgilendirici ve yönlendirici desteklerini gördüğüm, başta danışman hocam Doç. Dr. Gürkan SERT olmak üzere, değerli hocalarım Prof. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ, Prof. Dr. Mehmet Akif İNANICI, Doç. Dr. Selman KARAKUL, Dr. Öğr. Üye. Esra ALAN AKCAN ile Doç. Dr. Ali BÜYÜKASLAN'a ve çalışmanın her safhasında yorucu ve uzun soluklu bir süreci yaşarken desteklerini gördüğüm yakınlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

## İÇİNDEKİLER

|                   |     |
|-------------------|-----|
| ÖN SÖZ .....      | ii  |
| İÇİNDEKİLER ..... | iii |
| KISALTMALAR ..... | vii |
| ÖZET .....        | ix  |
| ABSTRACT .....    | x   |
| GİRİŞ .....       | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM

|   |    |
|---|----|
| <b>BEDEN MUAYENESİ ve GENİTAL MUAYENE</b> .....                             | 3  |
| 1. BEDEN MUAYENESİ KAVRAMI.....   | 3  |
| 2. BEDEN MUAYENESİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ.....                                | 6  |
| 2.1. Beden Muayenesinin Koruma Tedbiri Niteliği .....                       | 11 |
| 2.2. Beden Muayenesi Tedbirinin Bilirkişi İncelemesi Niteliği.....          | 13 |
| 2.3. Beden Muayenesi Tedbirinin Keşif Niteliği .....                        | 15 |
| 3. BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİNİN AMAÇLARI.....                                 | 16 |
| 3.1. Delil Elde Etme .....  | 16 |
| 3.2. El Koyma.....  | 18 |
| 4. BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİNE HAKİM OLAN İLKELER .....                       | 21 |
| 4.1. Hukuk Devleti İlkesi .....   | 21 |
| 4.2. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi .....                             | 23 |
| 4.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....                                     | 24 |
| 4.4. Dürüst İşlem İlkesi .....  | 26 |
| 4.5. Orantılılık İlkesi .....   | 28 |
| 5. BEDEN MUAYENESİNİN GERÇEKLEŞTİRİLME KOŞULLARI .....                      | 30 |
| 6. SANIK VE ŞÜPHELİNİN BEDEN MUAYENESİ .....                                | 32 |
| 6.1. Muayene Şartları .....   | 32 |
| 6.2. Muayenenin Amacı .....   | 33 |
| 6.3. Muayene Türleri .....  | 35 |
| 6.3.1. İç Beden Muayenesi .....   | 35 |
| 6.3.2. Dış Beden Muayenesi .....  | 36 |
| 6.4. Muayenenin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması .... | 36 |

|  |           |
|--|-----------|
| 6.5. Muayenede Ölçülülük İlkesi .....  | 37        |
| 6.6. Muayene Kararı .....  | 38        |
| 6.7. Muayene/Müdahale için Şüpheli veya Sanığa Yüklenen Suçla İlgili<br>Koşullar ..... | 41        |
| 6.8. Muayeneye Rıza Gösterilmemesi, Susma Hakkı, Savunma Hakkı.....                    | 41        |
| 6.9. Muayeneyi Yapacak Kişi .....  | 45        |
| 7. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ .....   | 49        |
| 7.1. Muayene Şartları .....  | 49        |
| 7.2. Delil Elde Etme Amacı .....   | 54        |
| 7.3. Çocuğun Soy Bağının Araştırılması.....  | 54        |
| 7.4. Orantılılık İlkesi .....  | 56        |
| <b>İKİNCİ BÖLÜM</b>  |           |
| <b>GENİTAL MUAYENE SUÇU .....</b>  | <b>58</b> |
| 1. GİRİŞ .....   | 58        |
| 1.1. Genel Olarak.....   | 58        |
| 1.2. Suçun Tanımı .....  | 62        |
| 1.3. Suçla Korunan Hukuksal Yarar.....   | 63        |
| 2. SUÇUN UNSURLARI .....   | 66        |
| 2.1. Maddi Unsur.....  | 66        |
| 2.1.1. Fail .....  | 66        |
| 2.1.1.1. Genital Muayeneye Gönderme Eylemi Bakımından .....                            | 66        |
| 2.1.1.2. Genital Muayene Yapma Eylemi Bakımından .....                                 | 69        |
| 2.1.2. Mağdur.....   | 70        |
| 2.1.3. Hareket.....  | 71        |
| 2.1.3.1. Muayeneye Gönderme Fiili Bakımından.....                                      | 72        |
| 2.1.3.2. Genital Muayene Yapma Fiili Bakımından .....                                  | 73        |
| 2.1.4. Netice.....   | 77        |
| 2.1.5. Nedensellik Bağı .....  | 78        |
| 2.2. Manevi Unsur .....  | 80        |
| 2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru .....   | 81        |
| 3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....  | 88        |
| 3.1. Teşebbüs.....   | 88        |

|   |    |
|---|----|
| 3.2. İştirak.....                           | 89 |
| 3.3. İçtima.....                            | 90 |
| 4. SUÇUN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI .....      | 96 |
| 4.1. Yaptırım.....                          | 96 |
| 4.2. Zamanaşımı .....                       | 96 |
| 5. YARGILAMA YÖNTEMİ.....                   | 97 |
| 5.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....       | 97 |
| 5.2. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi ..... | 97 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENİTAL MUAYENEDE HEKİMİN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU

|   |     |
|---|-----|
| 1. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI .....    | 99  |
| 1.1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Kavramı.....               | 99  |
| 1.2. Müdahalenin Sağlık Personeli Tarafından Yapılması..... | 102 |
| 1.3. Aydınlatma .....                                       | 105 |
| 1.3.1. Genel Olarak.....                                    | 108 |
| 1.3.2. Aydınlatılacak Kişi .....                            | 112 |
| 1.3.3. Aydınlatılacak Kişi .....                            | 115 |
| 1.3.4. Aydınlatma Zamanı .....                              | 116 |
| 1.3.5. Aydınlatma Kapsamı .....                             | 117 |
| 1.3.6. Aydınlatmanın Şekli .....                            | 120 |
| 1.3.7. Aydınlatma Yükümlülüğünün Olmadığı Haller .....      | 122 |
| 1.3.7.1. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi .....   | 123 |
| 1.3.7.2. Hastanın Bilgisinin Olması .....                   | 125 |
| 1.3.7.3. Aydınlatmanın Olumsuz Etkisi.....                  | 126 |
| 1.3.8. Hastanın Aydınlatılmamasının Sonuçları .....         | 130 |
| 1.4. Rıza.....  | 131 |
| 1.4.1. Rıza Açıklaması.....                                 | 133 |
| 1.4.2. Rıza Ehliyeti .....                                  | 135 |
| 1.4.3. Rızanın Kapsamı.....                                 | 139 |
| 1.4.4. Rızanın Aranmadığı Durumlar .....                    | 141 |
| 1.4.5. Varsayılan Rıza .....                                | 143 |
| 1.4.6. İradeyi Sakatlayan Haller .....                      | 145 |

|   |            |
|---|------------|
| 1.5. Tıp Bilimince Kabul Görmüş Genel İlke ve Esaslara Uygunluk ..... | 146        |
| <b>2. TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN ÖZEL HUKUK</b>                    |            |
| <b>SORUMLULUĞU .....</b>  | <b>149</b> |
| 2.1. Bağımsız Çalışan Hekimin Tıbbi Müdahale Sorumluluğu .....        | 149        |
| 2.1.1. Hekimle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki.....                    | 150        |
| 2.1.1.1. Sözleşme İlişkisi ve Bu İlişkidен Doğan Sorumluluk .....     | 153        |
| 2.1.1.1.1. Sözleşmenin Varlığı .....                                  | 154        |
| 2.1.1.1.2. Sözleşmenin İhlali .....                                   | 155        |
| 2.1.1.1.3. Kusur .....  | 156        |
| 2.1.1.1.4. Zarar .....  | 157        |
| 2.1.1.1.5. Nedensellik Bağı .....                                     | 158        |
| 2.1.1.2. Vekaletsiz İş Görme İlişkisinden Doğan Sorumluluk .....      | 159        |
| 2.1.1.3. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk.....                         | 160        |
| 2.1.2. Sorumsuzluk Anlaşması .....                                    | 161        |
| 2.1.3. Sorumluluğun Sonuçları .....                                   | 162        |
| 2.1.4. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre .....                          | 163        |
| 2.2. Hastanelerdeki Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk.....     | 164        |
| 2.2.1. Özel Hastanelerdeki Tıbbi Müdahaleler.....                     | 164        |
| 2.2.2. Kamu Hastanelerindeki Tıbbi Müdahaleler.....                   | 165        |
| <b>3. TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN CEZA HUKUKU</b>                   |            |
| <b>SORUMLULUĞU .....</b>  | <b>168</b> |
| 3.1. Hekimin Kasti Sorumluluğu.....                                   | 168        |
| 3.2. Hekimin Taksir Sorumluluğu.....                                  | 172        |
| <b>SONUÇ .....</b>  | <b>175</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>   | <b>184</b> |
| <b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>   | <b>197</b> |

## KISALTMALAR

|       |  |
|-------|--|
| ABD   | : Amerika Birleşik Devletleri  |
| a.g.e | : Adı Geçen Eser   |
| a.g.m | : Adı Geçen Makale   |
| AİHM  | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi   |
| AİHS  | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi  |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  |
| BK    | : Borçlar Kanunu   |
| Bkz.  | : Bakınız  |
| C.    | : Cilt   |
| CHD   | : Ceza Hukuku Dergisi  |
| CMK   | : Ceza Muhakemesi Kanunu   |
| CMUK  | : Ceza Muhakemesi Usul Kanunu  |
| Çev.  | : Çeviren  |
| E.    | : Esas   |
| HD    | : Hukuk Dairesi  |
| HYY   | : Hasta Hakları Yönetmeliği  |
| K.    | : Karar  |
| KHK   | : Kanun Hükmünde Kararname   |
| m.    | : Madde  |
| OECD  | : Organisation For Economic Cooperation and Development (Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü) |
| R.G.  | : Resmi Gazete   |
| s.    | : Sayfa  |
| TAAD  | : Türk Adalet Akademi Dergisi  |
| TBB   | : Türk Tabipler Birliği  |
| TBB   | : Türkiye Barolar Birliği  |
| TBK   | : Türk Borçlar Kanunu  |
| TBBM  | : Türkiye Büyük Millet Meclisi   |
| TCK   | : Türk Ceza Kanunu   |



|       |   |
|-------|---|
| TDK   | : Türk Dil Kurumu                               |
| TMK   | : Türk Medeni Kanunu                            |
| vb.   | : Ve benzeri                                    |
| vd.   | : Ve devamı                                     |
| vs.   | : Ve saire                                      |
| Y.    | : Yargıtay                                      |
| YHD   | : Yargıtay Hukuk Dairesi                        |
| YÜHFD | : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |

## ÖZET

### GENİTAL MUAYENE SUÇU VE HEKİM SORUMLULUĞU

Karma bir ceza yargılaması işlemi olan ve beden muayenesi niteliği taşıyan genital muayene, kişinin sağlık durumunu belirleme amaçlı olarak gerçekleştirilen diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak, delil elde etme veya el koyma amacıyla gerçekleştirilir. İşlem sırasında, hukuk devleti, insan onurunun dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, dürüst işlem ve orantılılık şeklindeki hukuksal ilkelere uyulur ve elbette tıbbi etik ilkeler gözetilir. Bir tıbbi müdahale olması dolayısıyla, işlem sırasında gerekli bütün tıbbi koşullar da sağlanmış olmalıdır. 5237 sayılı TCK ile yaptırıma bağlanan genital muayene işleminin, yetkili hakim/savcı kararına tabi kılınması bir güvence olsa da, yasa metninde kişinin rızasının alınması gerekliliğinden söz edilmemesi bir eksiklikler. İşlemi gerçekleştirecek olan hekim, bir hakim/savcı kararına rağmen kişinin rızası olmadan işlemi gerçekleştiremediği için soruşturma veya kovuşturma ile karşı karşıya kalabilmektedir. Tıbbi etik ilkelerinin uygulanması ile şimdilik sorun çözümlenmektedir. Genital muayene suçu, adli işlemlerin sağlıklı yürütülmesinin sağlanması amacıyla TCK sistematigi içinde adliye karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş ise de, eylem kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eder nitelikte olduğundan, kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi gerektiği önerilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** *Aydınlatılmış Onam, Beden Muayenesi, Bilirkişi İncelemesi, Genital Muayene, Koruma Tedbiri, Rıza, Sorumluluk, Tıbbi Müdahale*

## ABSTRACT

# GENITAL EXAMINATION CRIME AND PHYSICIAN'S RESPONSIBILITY

Genital examination, a mixed judicial corporal examination process, is undertaken to find evidence and confiscate as opposed to the other medical interventions that are undertaken to enquire about persons' health. The principles of law including rule of law, sacredness of human pride, respecting privacy, just and proportional intervention and medical ethics are to be observed during the process. All medical conditions should be satisfied for it is a medical intervention. Although genital examination process as regulated by number 5237 Turkish Penal Code provides some protection by making decision of a judge/prosecutor a requirement, lack of requiring personal consent is a deficit. A physician who is to carry out the process may face investigation or prosecution for failing to do so despite there being a decision of a judge/prosecutor but a personal consent. For the moment, the matter is resolved under the terms of medical ethics. It is proposed that although genital examination crime has been regulated under violations against the judiciary by Turkish Penal Code for safe undertaking of judicial processes, it is necessary to regulate it under violations against persons because it is a violation of physical being of persons.

**Key Concepts:** *Informed Consent, Physical Examination, Expert Scrutiny, Genital Examination, Protection Measures, Consent, Responsibility, Medical Intervention*

## GİRİŞ

Bekaret kavramı, özellikle feodal toplumlarda kadının namusu ile özdeşleştirilmiş, günümüzde de hala etkisi ve yansımaları olan bir olgudur. Bu çerçevede kadınların bakire olup olmadıklarının tespiti için çeşitli otoriteler tarafından bekaret kontrolüne götürülmeleri, buna zorlanmaları bir sorun olagelmıştır. Kişinin bu amaçla genital muayeneye zorlanması, müdahaleye maruz kalan kişi üzerinde travma yaratarak, kişinin ruh sağlığına zarar vermiştir. Ayrıca bu durum kişinin beden bütünlüğüne ağır bir müdahaledir.

Yasa yapıcı, bu amaçla genital muayene işlemini belli kurallara bağlamış, yasal koşullar dışında gerçekleştirilen muayeneyi suç olarak düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nda yaptırıma bağlanmış olan genital muayene suçu, yasada 'adliyeye karşı işlenen suçlar' bölümünde düzenlenmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına karşı saldırı niteliğinde olan genital muayene işleminin yasanın bu bölümde değil, 'kişiyeye karşı işlenen suçlar' bölümünde düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur. Bizce de yol açtığı travma ve istismara açık olması göz önünde bulundurulduğunda, işlemin 'kişiyeye karşı işlenen suçlar' bölümünde düzenlenmesi, mağdurun kişisel haklarının korunması ve istismara uğramasının engellenmesi açısından önem arz etmektedir.

Genital muayenenin, bir beden muayenesi işlemi olması dolayısıyla çalışmanın birinci bölümünde beden muayenesi kavramı irdelenmiştir. Bir ceza muhakemesi kurumu olan beden muayenesinin hukuksal niteliği tartışılmış, beden muayenesi ile amaçlanan hukuksal sonuçlar ele alınmıştır. Beden muayenesinin yapılması sırasında gözetilmesi gereken insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, dürüst işlem, hukuk devleti ve orantılılık ilkeleri açıklanmıştır. Beden muayenesinin gerçekleştirilme koşulları aynı zamanda muayeneyi gerçekleştirecek kişi olan hekim yönünden önem taşıdığından ve yasal çerçeveyi belirlediğinden ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda şüpheli, sanık ve diğer kişilerin muayene koşulları da tartışılmıştır.

Beden muayenesinin hukuksal çerçevesi birinci bölümde ortaya konulduktan sonra, ikinci bölümde suç incelemesi sistematığı içinde genital muayene suçu irdelenmiştir. Suçun tanımı ve suçla korunan hukuki yarar ele alınırken, suçun yasada düzenlendiği yerin isabetine ilişkin tartışmalara da değinilmiştir. Suçun hukuka aykırılık, maddi ve manevi öğeleri ayrıntılı şekilde tartışıldıktan sonra, suçun özel görünüş şekilleri olarak ortaya çıkan teşebbüs, iştirak ve içtima kurumları çalışılmıştır. Suça ilişkin olarak öngörülen yaptırım, suçun soruşturulması ve kovuşturulması için belirlenen zamanaşımı süresi ile suça dair yargılama yöntemleri bölüm sonunda belirtilmiştir.

Birinci bölümde, bir beden muayenesi çeşidi olan genital muayene işlemi tartışılıp, ikinci bölümde ise bir suç tipi olarak genital muayene eylemi irdelendikten sonra üçüncü bölümde hekim sorumluluğu ele alınmıştır. Genital muayene işleminin, aynı zamanda bir tıbbi müdahale olması dolayısıyla, ilk olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları tartışılmıştır. Bu koşullar, müdahalenin yetkili sağlık görevlisince gerçekleştirilmesi, kişinin aydınlatılmış rızasının alınması olarak belirir. Bu çerçevede yetkili sağlık personeli kavramının kapsamı, aydınlatma ve rızanın mahiyeti açıklanmıştır. Ardından tıbbi müdahaleden kaynaklanan özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğu ele alınmıştır. Özel hukuk sorumluluğu kapsamında, hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmeden, vekaletsiz işgörmeden ve haksız fiilden kaynaklanması durumunda ortaya çıkacak hukuksal sonuçlar ayrı ayrı ele alınmıştır. Tıbbi müdahalenin özel hastanede ya da kamu hastanesinde gerçekleştirilmiş olmasının sorumluluğa etkileri tartışılmıştır. Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan ceza sorumluluğu kasti ve taksir sorumluluğu olarak incelenmiştir. Genital muayene suçunun kasten işlenebilen bir suç olduğu ve taksire elverişli olmadığı gözetilerek, hekimin taksir sorumluluğu kısaca ele alınmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## BEDEN MUAYENESİ ve GENİTAL MUAYENE

### 1. BEDEN MUAYENESİ KAVRAMI

İnsan bedeninin tıbbi muayenesi, tıp doktorları tarafından bir kişinin sağlık durumunu öğrenmek amacıyla yapılan tüm klinik ve laboratuvar çalışmalarıdır. Ancak ceza hukuku kapsamında beden muayenesini irdelediğimizde kavramın kapsam ve amacı değişmektedir. Bir suç işlendiğinde bu suça ilişkin izlerin insan bedeninde kalması doğaldır. Suçun aydınlatılması için insan bedenindeki suç izlerinin (belirti ve delillerin) aranması, bulunması ve elde edilen sonucun anlamlandırılması oldukça önemlidir. Bu faaliyet kişinin olağan sağlık durumunu öğrenmek amacıyla yapılan çalışmadan farklıdır.

İnsan bedeninin bölümlerine göre, 'iç beden' ve 'dış beden' olmak üzere iki farklı alanda inceleme yapılabilir. Dış beden muayenesi, bedenin dış kısmıyla, kulak, ağız ve burnun elle ve gözle yapılabilen incelemelerini içerir<sup>1</sup>. Dış beden muayenesinde insan derisinin genel izlenimi ile derinin üzerindeki yara ve çiziklerin yer aldığı bölge, yüzeye olan uzaklığı, boyutları ile ilgili izlenimler elde edilir. İç beden muayenesi, baş, göğüs ve karın boşluklarıyla deri altının araştırılmasını içerir<sup>2</sup>. Cinsel organlar üzerinde yapılan genital muayene ile anüs kısmında yapılan inceleme de iç beden muayenesi niteliğindedir.

Beden muayenesi kavramı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK)<sup>3</sup> 75, 76 ve 77. maddelerinde yer almıştır. Ayrıca Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesindeki tanımlar içinde de bulunmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin kurallar CMK'da düzenlenmeden önce, öğretide bu tedbir için

---

<sup>1</sup> R.G. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkında Yönetmelik bkz. tanımlar bölümü 3.madde. İlgili yönetmelik bundan sonra 'Beden Muayenesi Yönetmeliği' olarak ifade edilecektir.

<sup>2</sup> Beden Muayenesi Yönetmeliği bkz. tanımlar 3. madde.

<sup>3</sup> R.G. 04.12.2004 tarih, 5271 sayılı.

“vücudun muayenesi” kavramı kullanılmıştır. Ancak, gerek 2004 tarihli CMK Tasarısında ve gerekse şu an yürürlükte olan CMK’da “beden muayenesi” terimi tercih edilmiştir. Buna rağmen, CMK’da muayene ve örnek alma için sırasıyla ‘beden’ ve ‘vücut’ terimlerinin kullanılması kavram kargaşasına yol açmaktadır. Bu nedenle öğretilerde muayene için ‘beden’; ancak, örnek alınması için ‘vücut’ terimlerinin kullanılması yerinde bulunmamıştır. Bu tarz bir kullanımın sözcüklerin ‘rastgele seçildiği’ izlenimi doğurduğundan bahsedilmiştir<sup>4</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde de aynı doğrultuda bedenin tıbbî muayenesi; *"Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler"* olarak tanımlanmıştır. Ancak tüm bu kavram karmaşasına rağmen “beden muayenesi” kavramı mevcut yasal düzenlemelerde hem daha fazla yer edinmiş hem de daha belirgin şekilde tanımlanmıştır. Yürürlüğe 01.06.2015 tarihinde girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan önce beden muayenesi bir ceza hukuku terimi olarak kullanılmamaktaydı. 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda beden muayenesi bilirkişi işlemi olarak nitelenmişti. Ancak Kanunda hangi şekilde yapılacağı ve kapsamı açık bir şekilde ortaya konulmamıştı.

Alman hukukunda, ‘basit beden muayenesi’ ve ‘bedene müdahale’ iki ayrı işlem olarak tanımlanmıştır. Bu işlemleri birbirinden ayıran ölçüt kişinin hayatını tehlikeye atıp atmamalarıdır. İşlemleri gerçekleştiren yetkililer farklı kişiler olabilir<sup>5</sup>.

Anayasa’nın 17/2.f maddesine göre *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”*. Bu hükümde belirtildiği şekliyle, tıbbi açıdan gerekli durumlar ve yasada belirtilen koşullar haricinde kişinin beden bütünlüğüne müdahale edilemez. Başka bir anlatımla bir kimsenin vücut muayenesinin yapılabilmesi için yasal düzenlemelerdeki koşulların varlığı zorunludur. Anayasa’daki bu düzenlemeye göre kişinin vücuduna ancak tıbbi zorunluluk bulunan

---

<sup>4</sup> ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanunu, İzmir Şerhi, İzmir, 2005, s.253.

<sup>5</sup> ZAFER, Hamide, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı ile ilgili Düzenlemeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı 1, Sağlık Hukuku Sempozyumu: 17 Kasım 2016, Ocak, 2007, s. 185.

haller ile yasada aranan koşulların varlığı hallerinde müdahale edilebilir. İnsan bedeni, kötü muamele ve işkence niteliğindeki eylemlere maruz kılınmaz.

Anayasa'nın 17. maddesi, insanı değersizleştiren ve insan onuru ile bağdaşmayan müdahalelerin kabul edilemez olduğunu güvenceye almıştır. Kişilik hakkı, insan bedenine saygı hakkı ile vücut dokunulmazlığını kapsar. Öte yandan kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik müdahaleler, aynı zamanda kişinin beden ve ruh sağlığını da etkiler. Bu nedenle Anayasa'nın bu düzenlemeyle, kişinin sağlık hakkını da koruma altına aldığını söylemek mümkündür<sup>6</sup>.

İnsan bedenine saygı hakkı ile vücut dokunulmazlığı temel kişilik haklarından. İnsan bedenine saygı ancak bedene yönelik müdahalelerde insan onurunun öne çıkartılması ve kişiliğe her türlü saldırının yasaklanması ile gerçekleşebilir<sup>7</sup>.

Beden muayenesi, uygulandığı bireyin insan haklarına bir müdahale olarak görülmektedir. Yasaların el verdiği ölçüde kişisel hakların kısıtlanabileceği açıktır. Bir suça ilişkin yargılama yapılmasının en önemli özelliği gerçeklerin ortaya çıkarılmasıdır. Burada fail yasalara göre uygun yöntemlerle saptandığında ve gerekli cezayı aldığı anda kamu vicdanında hak ve adalete olan güven duygusunun olumlu anlamda yerleşeceği açıktır. Bunun için failin tespit edilmesine yönelik delillerin elde edilmesinde yasalar çerçevesinde kişisel hakların sınırlarının daraltılması haklı bir sebep olabilecektir.

Beden muayenesinde bireyin özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Bunun yanı sıra vücuttan doku, parça veya sıvı alınması durumunda beden bütünlüğüne müdahale gerçekleşmiş olur. Bunların dışında cinsel organların incelendiği genital<sup>8</sup> muayenede kişinin özel hayat sınırlarına girilmektedir. Cinsel kimliğini toplumdan gizli tutmak isteyen bir kişinin anüs bölgesinde yapılacak bir muayene cinsel tercihini ortaya

---

<sup>6</sup> CENTEL, Nur ; ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. baskı, Beta Yayınları, s.277.

<sup>7</sup> CENTEL, ZAFER, a.g.e., s.277.

<sup>8</sup> Üreme organlarına ait, tenasül uzuvlarına ait, tenasül uzuvları, (11.10.2018) <http://www.nedirnedemek.com/>.



çıkartabilecek ve dolayısıyla bu hakkından suç soruşturması kapsamında yoksun kalacaktır. Beden muayenesinde, muayene edilen kişinin kabulünün olup olmaması her zaman tartışılmıştır. 5271 sayılı CMK'dan önce yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK gereği, sanık olarak görülen kişinin rızasının olup olmadığına bakılmadan beden muayenesine gönderilmesi uygun görülmekteydi. Ancak burada sanığın kendi lehine olmayacak bir durum için delil sunmaya zorlanmasının ulusal mevzuata ve uluslararası insan hakları düzenlemelerine aykırı olduğu savunulmaktadır. AİHM, Saunders – İngiltere davasında, kan örneği, saç örneği, alkol için nefes örneği, ses örneği veya DNA örneğini objektif delil kabul ederek, bu deliller yönünden örnek alınmasını kendi kendini suçlamama hakkının ihlali olarak kabul etmemiştir.<sup>9</sup> Rıza dışı bile olsa, hakim kararı ile ve makul bir zor kullanma yolu ile vücuttan örnek alınabileceğini ancak vücudun mahrem yerlerinden alınacak örnekler yönünden kişinin rızasının gerektiğine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

Hekimler açısından da sorun oluşturan nokta, rızası olmayan kişinin bedenine müdahale edilip edilmeyeceği tartışmasıdır. Mağdurun rızasının olduğu durumlarda ise, yasal düzenleme gereği bir mahkeme hükmüne gerek yoktur. Suçun ardından, mağdurdan delillerin toplanması için beden muayenesi yapılması gerekebilir. Ancak mağdurun onayı olmadan beden muayenesinin yapılmasına yönelik bir mahkeme veya savcılık kararının olması aynı şekilde bireyin kişilik haklarına müdahale olarak değerlendirilecektir. Bundan dolayı kişinin insani değerlerinin önüne geçen uygulamaların her ne kadar haklı sebepleri olsa da çağdaş toplum düzenine göre tekrar değerlendirilmesi gerekir.

## **2. BEDEN MUAYENESİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ**

Beden muayenesinin hukuki niteliğinin anlam ve önemi ceza yargılamasında ortaya çıkmaktadır. Ceza yargılaması ile varılmaya çalışılan amaç, bir suç meydana

---

<sup>9</sup> DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.648., (Erişim) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, s.171., 31.05.2021

<sup>10</sup> SOYASLAN, Doğan, "Hukuka Aykırı Deliller", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 3-4, Aralık, 2003, s.24.

geldikten sonra maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, toplumsal düzen ve barışın sağlanmasıdır. Özellikle vücut dokunulmazlığını hedef alan suçların aydınlatılmasında delillere ulaşmak için şüpheli veya sanığın vücudu üzerinde delil arama ve elde etme ihtiyacı duyulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/1. maddesinde,

*“Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”*

hükmü getirilmiştir. Kanunun ilgili maddesinin düzenlenme amacına baktığımızda da, bu amacın maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu görülecektir. Yine ilgili madde başlığının “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” olması da, yasa yapıcının hem soruşturma hem kovuşturma aşamalarında beden muayenesinin yapılabileceğini ve suçlamanın muhataplarının bedeninden örnek alınabileceğini öngördüğünü ortaya koymaktadır.

5271 sayılı CMK'nın 75. maddesinin devamında ise, iç beden muayenesinin yapılması, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesinin koşulunun kişinin sağlığına zarar vermeme olduğu, bu işlemlerin ancak tabip veya sağlık görevlisi tarafından yapılabileceği, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi sayılacağı belirtilmiştir. İç beden muayenesinin kişilerde yaratacağı olumsuz psikolojik etkileri dikkate alınarak üst sınır olarak iki yıldan daha az hapis cezası öngörülen suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı, yine kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca kişilerin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığının önemi dikkate alınarak, CMK'nın 75. maddesi kapsamında alınan hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 76. maddesinde ise, “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” öngörülmüş ve bu düzenleme, 75. maddeden farklı olarak suçun mağdurunun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının koşullarına yer vermiştir. CMK'nın 77. maddesinde ise, daha özel ve dar kapsamlı olarak kadının beden muayenesi düzenlemiş olup, kadının istemi ve koşulların da elverişliliği doğrultusunda, yapılacak işlemlerin, kadının psikolojisi de dikkate alınarak, kadın hekim tarafından yapılacağı hususu öngörülmüştür. Yasa yapıcı burada kadının, şüpheli, sanık ya da mağdur olması ile ilgili herhangi bir ayırım gözetmemiştir.

5271 sayılı CMK'nın 75. ve devamı maddelerinde, iç ve dış beden muayenesi ve bedenden örnek alınması ile ilgili düzenlemeler yapılmış ancak üst araması ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dış beden muayenesine ilişkin düzenlemelere yalnızca Yönetmelikte yer verilmesi, dış beden muayenesinin bu şekilde aramaya ilişkin hükümlere bağlı kılındığı yorumlarına neden olmaktadır.

Ancak dış beden muayenesinin CMK'nın 116. maddesine konulan üst araması kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Üst aramasında kişinin cepleri, giysisi, koltuk altı, ayakkabılarının içi, giysisinin altı, vücudun dış yüzeyi incelenmekte, vücudun dış yüzeyi ile kıyafetler arasında saklanmış olabilecek bir şeyi bulmak için gerçekleştirilmektedir. Oysa dış beden muayenesi, bedenin yüzeyinin incelenmesini ve vücutta bere, morluk, tırnak izi, şırınga izi gibi izlerin belirlenmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda yapılaş şekli itibarıyla benzerlik gösterse de, dış beden muayenesi, üst aramasından farklıdır<sup>11</sup>.

Bireyin kıyafetinde veya üstünde bir delil aranması gerekiyorsa bu arama, üst aramasına ait özellikler taşır. Ancak bedenin üstünde veya içinde bir delil aranması işlemi, beden muayenesi kapsamına gireceği için 5271 sayılı yasanın ilgili maddelerine uygun bir delil araması gerçekleştirilmesini gerektirir. Üst aramasında bireyin kıyafeti üstüneyken arama yapılırken, vücut muayenesinde genellikle

---

<sup>11</sup> DOĞAN, s. 115

bireyin kıyafetlerinin çıkarılması ile tıbbi bir müdahale yapılabilir. Bu tıbbi müdahalenin, yasada belirtilmiş uzman kişiler tarafından yapılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre de, “*Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tabi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir.*”<sup>12</sup>

Beden muayenesi, 5271 sayılı CMK'nın üçüncü bölümde düzenlenmiştir. Beden muayenesi Kanunda, “Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif ” başlığını taşıyan üçüncü kısımda düzenlenmişse de, temel hak ve özgürlüklere temas eder nitelik taşıması dolayısıyla koruma tedbirlerinin özelliklerini göstermektedir. Zira beden muayenesine ilişkin maddeler koruma tedbirlerinde söz konusu olan bir kısım özellikleri barındırmaktadır. Ancak beden muayenesine ilişkin düzenlemelerde, muayeneyi yapacak kişinin hekim olması gerektiği de öngörülmüştür. Tüm bu nedenlerle muayene işleminin hukuksal niteliği tartışma konusu olmuştur<sup>13</sup>.

Yine belirtilen nedenlerle beden muayenesinin karma nitelikte bir kurum olduğu öğretilerde birçok yazar tarafından kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

Mülga 1412 sayılı CMUK'da ise beden muayenesi kavramının kapsamı ile koşulları düzenlenmemiş olmakla birlikte, bilirkişinin tayinini düzenleyen 66. maddesinin 5. fıkrasında, “ *Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır* ” şeklindeki hüküm getirilmişti. Bu hüküm doğrultusunda muayene, yalnızca Cumhuriyet Savcılarının talebi ile bir bilirkişiye yaptırılıbiliyordu.

---

<sup>12</sup> YCGK, 25.11.2014, 2013/9-841,2014/513 (UYAP).

<sup>13</sup> AKBULUT, Berrin, Dış Beden Muayenesi, TAAD, Yıl: 7,Sayı: 27, Temmuz, 2016, s.88.

<sup>14</sup> ÖZTÜRK; EKER KAZANCI; SOYER GÜLEÇ, s.154; DOĞAN, s.98.

Öğretide bu konuda değişik görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden biri, basit muayene işlemlerinde aramaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu haller dışındaki muayene işlemleri ise teknik nitelikte olduğundan ve uzmanlık gerektirdiğinden, hâkim tarafından keşif hükümlerine göre bir bilirkişiye yaptırılmalıdır<sup>15</sup>. Diğer görüşse, vücuttaki delillerin, özellikle uyuşturucu maddenin tespitine ilişkin işlemlerin bilirkişilik hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>16</sup>. Öğretide beden muayenesini, vücuda yönelik koruma tedbiri olarak kabul eden<sup>17</sup> hatta beden muayenesinin bağımsız bir koruma tedbiri olduğunu savunan yazarlar da vardır<sup>18</sup>. Bir başka görüş ise beden muayenesi işleminin, vücut aramasından farklı olduğunu, bir insanın vücudunun özelliklerinin belli bir sistematik ile araştırılmasını ifade ettiği, bu nedenle ayrıca düzenlenmesi gerektiğini savunur.<sup>19</sup> Bir diğer görüş ise, beden muayenesini hem bilirkişi incelemesi hem de keşif olarak nitelendirerek karma bir hukuki niteliğe sahip olduğunu savunmakta<sup>20</sup> ve amacının “delil elde etmek”<sup>21</sup> olduğunu ileri sürmektedir. Zafer ise, vücuda müdahalenin, CMK’da koruma tedbiri ile soruşturma vasıtası olma özelliklerini taşıyan karma nitelikli bir kurum olarak düzenlendiğini savunmaktadır<sup>22</sup>.

Kanaatimizce beden muayenesi, bilirkişi incelemesi ve keşif niteliklerini de barındırması dolayısıyla karma nitelikli bir kurumdur. Tabip veya diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilen beden muayenesi, bilirkişi incelemesi ve keşif niteliğindedir. Aynı şekilde, kişi dokunulmazlığına müdahale özelliği dolayısıyla

---

<sup>15</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.421,788.

<sup>16</sup> TEZCAN, Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum” İzmir, 2000, s.212 vd.

<sup>17</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması (2002), s.287., CENTEL, Nur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi”, Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, 77; CENTEL, Nur “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım” İzmir , 2001,505 vd.

<sup>18</sup> ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku II, İzmir, 1988, s.348.

<sup>19</sup> YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul,1991, s.172.; YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları, Bilgisayar Verileri ve Vücutun Muayenesi, Kamu Hukuku Bülteni I,2, Şubat, 1990, s.4.

<sup>20</sup> ÖZBEK, a.g. e., s.258.

<sup>21</sup> YURTCAN, Erdener, CMK Şehri, İstanbul, 2005, s.210.

<sup>22</sup> ZAFER, a.g.m., s.188.

koruma tedbiri olduğu da söylenebilir<sup>23</sup>. 5271 sayılı CMK’da yasa yapıcı beden muayenesini; koruma tedbiri, soruşturmanın neticelendirilmesi ve suçun aydınlatılması vasıtası olması özelliklerini kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Bütün bu nedenlerle, beden muayenesi karma nitelikte bir kurum özelliği taşımaktadır.

## 2.1. Beden Muayenesinin Koruma Tedbiri Niteliği

Ceza yargılamasında, suçun işlenmesiyle birlikte maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla “koruma tedbirleri” denilen birtakım önlemlere başvurulmaktadır. Koruma tedbirleri, tehlike tedbirinin bir çeşidi olmakla, korkulan bir zarar olasılığı şeklinde ortaya çıkan ‘tehlikeye’ karşı alınan önlemlerdir. Tehlike tedbiri, uzak ve yakın tehlike şeklinde bir ayrıma göre sınıflandırılabilir. Uzak tehlike önlenmeye çalışılır; yakın tehlikeden ise korunmaya çalışılır. Bu önlemlere sırasıyla, önleme tedbiri ve koruma tedbiri adı verilir<sup>24</sup>. Dolayısıyla ceza yargılaması hukukunda uygulanan tehlike önleminin türü ‘koruma tedbiri’dir. Koruma tedbiri terimi yasa yapıcı tarafından da benimsenmiş bir kavramdır. Ceza yargılamasının gerçekleştirilmesini veya yargılama sonunda verilecek kararın uygulanmasını ve yargılama masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza yargılamasında karar verme yetkisine sahip kişiler tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvuru ve karardan önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren yasal olanakları konu alır<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu da beden muayenesinin koruma tedbiri niteliğinde olduğu görüşündedir: “Koruma tedbirleri genel itibariyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitabının Dördüncü Kısmı “Koruma Tedbirleri” başlığını taşımakta olup bu kısımda yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine yer verilmiştir. **Ancak koruma tedbirleri sayılan bu tedbirlerle sınırlı olmayıp Ceza Muhakemesi Kanununun diğer bölümlerinde**, örneğin; zorla getirme (m. 146), **beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (m.75, 76, 77)** koruma tedbirlerine yer verildiği gibi özel kanunlarda da düzenlenmiş, örneğin; erişimin engellenmesi (6551 sayılı Kanun m.8, 9, 10) tanık koruma tedbirleri (5726 sayılı Kanun m.5) gibi daha başka bir çok koruma tedbiri bulunmaktadır” (YCGK, 25.11.2014, 2013/9-841,2014/513 (UYAP).

<sup>24</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 655-656.

<sup>25</sup> Koruma tedbirleri konusunda yararlı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Bahri; EKER KAZANCI, Behiye; SOYER GÜLE; Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2013, 1. Bası, s.19 vd; ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku,

Beden muayenesi bir koruma tedbiri niteliğindedir. Bedene müdahale, delillerin yok olma tehlikesini doğurmakta ve deliller ivedilikle muhafaza edilmeye gayret edilmektedir. Bu nedenle yakın tehlikeyi ortadan kaldırmak için hemen ve gecikmeden önlem alma gerekliliği ortaya çıkar<sup>26</sup>. Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlar, geçicidir ve hüküm vermenin bir aracıdır<sup>27</sup>. Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, bir suç şüphesinin bulunması, tedbire başvurulması açısından bir haklılığın gerçekten var olduğu konusunda kuvvetli bir olasılığın bulunması, orantılılık ilkesine uygun olması, tedbirin yasa ile düzenlenmiş olması ve koruma tedbiri uygulanmadığında ortaya çıkacak zaman kaybının yargılama sürecini çıkmaza sokması ve de olanaksız hale getirmesi gerekir<sup>28</sup>.

Beden muayenesinin gecikmesi durumunda, delillerin yok olma olasılığı söz konusu olduğu için tedbirin derhal uygulanması gerekir. Ayrıca beden muayenesinin koruma tedbiri niteliği incelendiğinde, bazı temel özellikler gösterdiği görülecektir. Bu özellikler, hükmün verilmediği durumlarda temel hakları kısıtlaması, kalıcı olmaması ve ceza yargılamasında bir araç olarak kullanılmasıdır.

5271 Sayılı CMK'da yasa yapıcı, beden muayenesini soruşturma ve kovuşturma aşamasında karar verilebilecek şekilde düzenlemiştir. Bu durumda yargılanan kişi hakkında henüz bir sonuca varılmamıştır. Bu nedenle suçu

---

3.Baskı, Ankara 2010 s.,311 vd; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, Ankara 2015,s.267 vd..

<sup>26</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 655-656.

<sup>27</sup> “Koruma tedbirlerinin, yöneldikleri değerler, amaç, uygulandıkları kişiler, açık veya gizli oluşu gibi çeşitli açılardan sınıflandırılması mümkündür. Ancak hangi tür koruma tedbiri olursa olsun hepsinde görülen ortak bazı özellikler bulunmaktadır. Bunlar; **kanunla düzenlenmeleri, geçici mahiyette ve araç niteliğinde olmaları, hüküm verilmeden önce temel bir hak ve özgürlüğü kısıtlamış olmaları, suç şüphesinin temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesini gerektirecek bir yoğunlukta olması ve yetkili merciin emir veya kararının bulunmasıdır**” YCGK, 25.11.2014, 2013/9-841,2014/513, UYAP).

<sup>28</sup> ÖZBEK ,Özer Veli; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 279-281. “Anayasamızın 13. maddesinin amir hükmü uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken koruma tedbirleriyle çoğu zaman henüz gerçekten bir suçun işlenip işlenmediği ya da işleme muhatap olan şüpheli tarafından işlendiği yargı kararı ile sabit olmadığı halde gecikmesinde sakınca bulunmasından dolayı görünüşte haklılıkla yetilinilerek gerek şüphelinin gerekse şüpheli statüsünde olmayan üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmektedir. Bu nedenle koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için şu üç ön şartın birlikte bulunması gerekmektedir: 1-Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması,2-Görünüşte haklılık,3-Ölçülülük” (YCGK, 25.11.2014, 2013/9-841,2014/513 (UYAP).

kanıtlanmamış kişi, masumiyet karinesi gereğince masum kategorisinde değerlendirileceği için bireysel özgürlüklerine sınırlandırma getirilmesi koruma tedbiri gereğince yapılır. Beden bütünlüğü ve dokunulmazlığı, özel hayatla ilgili gizlilik ve bireysel hürriyet, beden muayenesi sırasında sınırlandırılan temel haklardan olacaktır. Beden muayenesinin kalıcı olmaması ise, delilin ortaya çıkarılması ile incelemenin tamamlanacağını gösterir. Elde edilen deliller yargılama sürecinde kullanılmak üzere ilgili mahkemeye iletilmek üzere korunacaktır.

Kanaatimizce, beden muayenesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nunda gözlem altına alma, otopsi ve keşifle birlikte düzenlenmiş olmakla birlikte, yasa yapıcının beden muayenesi kurumu ile amaçladığı hedef dikkate alındığında koruma tedbiri niteliğinin öne çıktığını belirtmek gerekir.

## **2.2. Beden Muayenesi Tedbirinin Bilirkişi İncelemesi Niteliği**

Çözümü uzmanlık, özel ya da teknik bilgiyi gerektiren konularda hakim veya savcı tarafından görevlendirilen kişiye bilirkişi denir. Bu kişilerin tarafsız olması ve özellikle beden muayenesi gibi bir alanda çalışırken kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yüksek hassasiyet göstermesi gerekmektedir. İşlerini icra ederken bağımsız ve objektif davranmaları esastır. Bilirkişi görevlerini yerine getirirken, göreve başlamadan önce, *“Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim”* şeklindeki yeminin kapsamında işini yapmalıdır<sup>29</sup>.

Yasa yapıcı 5271 Sayılı CMK'nın 62. maddesinde ve takip eden maddelerde bilirkişilik müessesini düzenlemiştir. Bir sorunun çözümü ile ilgili ayrıntılı ve teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişi atanabilir. Beden muayenesi kapsamında iç ve dış vücudun muayene edilmesi ile bu muayene sonuçlarının toplanması ve bir sonuca varılması özel bir uzmanlık gerektirir. Burada bilirkişi olarak sağlık konusunda tecrübeli ve yetkin tıp doktorları ile sağlık görevlileri görevlendirilebilir. Beden

---

<sup>29</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAĞSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s. 691.



muayenesinin düzenlendiği CMK'nın 75, 76, 77. maddeleri ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde de muayenenin kimler tarafından yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu işlemlerin yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. İşlemlerin temel hak ve hürriyetleri kısıtlar nitelikte olduğu gözetilerek, kişilerin ruh ve beden sağlıkları ile özel hayatın gizliliği, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı gibi önemli temel hakların da zedelenmemesi için muayenenin ancak alanında uzman kişilerce yapılacağı yasa yapıcı tarafından düzenlenmiştir. Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda beden muayenesinin bilirkişinin tayinini düzenleyen bölümde yer alması, yapılan işlemlerin teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiğini göstermektedir. Her iki kanunda da, yasa yapıcı yapılacak işlemlerin uzmanlık gerektirdiği hususunu dikkate alarak düzenleme yapmıştır.

2659 sayılı Adli Tıp Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'unun 2. maddesinde Adli Tıp Kurumu'nun diğer görevleri yanında, mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklarca talep edilen ve adli tıbbı ilgilendiren konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek sayılmıştır. Aynı yasanın 31. maddesinde ise Yükseköğretim Kurumları ve bu kurumların birimlerinin, adli tıpla ilgili yasal düzenlemeler doğrultusunda adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen resmi bilirkişilerden sayılacağı öngörülmüştür.

İç ve dış beden muayenesinin iki farklı işlem olması ve iç beden muayenesinin mahiyeti gereği muayene edilecek kişi üzerinde yaratacağı etki göz önünde bulundurularak, Beden Muayenesi Yönetmeliği ile kanunu sınırlayıcı düzenleme yapılmıştır. CMK'nın 75/3. maddesi, “ *İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.* ” şeklinde bir düzenleme içermekteyken, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4/2. maddesi ise, “*Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.*” hükmünü getirmiştir. Öğretideki bir görüş, yönetmelikteki bu düzenleme ile kanun hükmünün sınırlandırıldığını ve hekim dışındaki sağlık görevlilerinin tek başlarına iç beden muayenesi gerçekleştirmelerinin

engellendiğini savunmaktadır.<sup>30</sup> Yine CMK'nın 75/3. maddesi hekim haricindeki sağlık mensubu kişilerin de vücuttan örnek almasına izin verirken, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 6/2. maddesinde “*Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.*” şeklindeki düzenleme ile bedenden kan ve kana benzer biyolojik örnekler ile tırnak, saç gibi örneklerin elde edilmesinin hekim tarafından ya da hekim gözetiminde diğer sağlık mensupları tarafından yapılabilecek işlemler olduğu öngörülmüştür. Beden Muayenesi Yönetmeliği, bu hususta da kanun maddesini sınırlandırmıştır. Görüldüğü üzere, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde işlemlerin neredeyse tamamının hekim tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Hekim, tarafından doğrudan yapılamayacak işlemlerde de hekimin denetimi aranmıştır.

CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, tabip veya diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu kılınan beden muayenesi işleminin bilirkişi incelemesi niteliği taşıdığı da açıktır.

### **2.3. Beden Muayenesi Tedbirinin Keşif Niteliği**

Keşif, beş duyu organı kullanılarak, yani görerek, duyarak, koklayarak, tadarak ve dokunarak delillerin incelenmesini esas alan bir etkinliktir<sup>31</sup>. Kunter, muayeneyi insan teftişi olarak tanımlamaktadır. Teftişi suçun aydınlatılması yolundaki araştırmanın bir türü olarak kabul etmekte, beden muayenesinde uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren aşamaların hâkim tarafından keşif hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>32</sup>.

Keşif, ilke olarak hakim, gecikmesinde sakınca olan ve bu nedenle aciliyet gerektiren durumlarda da savcının yargılama sürecinde, soruşturma ya da kovuşturma konusu olayları beş duyusu vasıtasıyla incelemesidir. Türk hukuk

---

<sup>30</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s. 281.

<sup>31</sup> (Erişim) <https://bilginotum.com/2017/03/11/gozlem-altina-alinma-muayene-kesif-otopsi-fiziki-kimligin-tespiti-adli-muayene/>, 05 Eylül 2018.

<sup>32</sup> KUNTER, a.g.e, s. 421,788.

sisteminde nelerin keşfin konusu olacağı tek tek düzenlenmemiştir. Bu doğrultuda her şey keşfin konusu olabilir. Önemli olan keşif konusu edilen objenin ya da hususun somut olayın aydınlatılmasında etkili olmasıdır. Kural olarak keşif işleminin yapılıp yapılmamasına karar verilmesi, yargılama sürecine edeceği etki değerlendirmesi hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hal çerçevesindeyse cumhuriyet savcısının takdir yetkisindedir<sup>33</sup>.

Keşif müessesesi, 5271 sayılı CMK'nın 82. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. CMK'nın 82/1. maddesine göre, "*Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.*" Madde metninden de anlaşılacağı üzere, keşif yargının özneleri tarafından yapılmalıdır. Halbuki beden muayenesi uzmanlık gerektiren bir iş olması sebebi ile kanuni düzenlemeler çerçevesinde yetkin ve yetkili hekim veya hekim denetimindeki sağlık personeli tarafından yapılacaktır. Bu nedenle her ne kadar beden muayenesi yargının unsurları tarafından yapılmıyor olsa da, muayene sonucundaki değerlendirme ve beden üzerinde yapılan delil arama ve bulma işlemlerinin bir keşif süreci olduğu kabul edilmelidir.

### **3. BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİNİN AMAÇLARI**

#### **3.1. Delil Elde Etme**

Bedene müdahalenin bir çeşidini oluşturan beden muayenesi, genellikle bedendeki belirti niteliğindeki delilleri elde etme veya tespit etme amacıyla yapılmaktadır<sup>34</sup>. Bedene müdahalenin diğer şeklini oluşturan bedenden örnek alma ise mahalinden elde edilen veya mağdurun üzerinden temin edilen delillerle karşılaştırma yapmak amacıyla gerçekleştirilir. Karşılaştırma yapılabilmesine imkan sağlayan örnek, olaydan geriye kalan bir belirti olmamakla birlikte, belirti niteliğindeki bir delilin anlamlandırılmasında önemli rol oynayabilmektedir.

---

<sup>33</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s. 706.

<sup>34</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s.510-511; ÜNVER/HAKERİ, s.277; KARAKEHYA, s.412; DOĞAN, Recep, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma, TBB Dergisi 2019 (142), s.96.

Vücuttan alınan örnekler, mevcut delilleri değerlendirme aracıdır. Alınan örneklerle o kişinin biyolojik özellikleri ortaya konulur ve örnek sahibinin olay yerinden veya mağdurun üzerinden elde edilen örneğin sahibi olup olmadığı tespit edilmeye çalışılır. Bu şekildeki bir karşılaştırma işleminin sonuçları, maddi olayın nasıl gerçekleştiğini ortaya koyma ve faili belirleme konusunda önemli rol oynar.<sup>35</sup> CMK'nın beden muayenesini düzenleyen 75. maddesi, “*Bir suça ilişkin delil elde etmek için...*” şeklinde başlar ve yasa yapıcının düzenlemeyi delil elde etmek amacıyla getirdiğini gösterir. Bu düzenleme, Alman Ceza Usul Yasası'ndan esinlenmiştir. Alman Ceza Usul Yasası'nın 81a maddesi şüphelinin beden muayenesini, 81c maddesi ise diğer kişilerin muayenesini düzenlemektedir.<sup>36</sup> Ceza yargılamasının esas amacı, olayla ilgili gerçeğin en ufak şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde aydınlığa kavuşturulmasıdır. Ancak, bilinen kanıtlama yöntemleri (itiraf, tanık beyanları, yazılı belgeler ve diğer deliller) her zaman kesin olarak doğruyu açığa çıkarmak yeterliliğine sahip olmayabilir. Esasen, şüpheli veya sanığın ya da tanığın olayla ilgili doğruları söyleyip söylemediğini, yazılı açıklamaların ve sunulan belgelerin gerçeğe örtüşüp örtüşmediğini ya da elde edilen ses ve/veya görüntü kayıtlarının bozulmuş olup olmadığını saptamak çoğunlukla olanaklı olmayabilir. Bu noktada yargıca, elde edilen bu delilleri değerlendirerek vicdanına uygun bir karar verme görevi yüklenmektedir. Bu tarz bir incelemenin de, mutlaka doğru bir karara ulaşılmasını sağlayamayacağı açıktır.<sup>37</sup> Klasik ispat araçlarının şüpheyi tam olarak ortadan kaldıramaması ve kişilerin yargılama sonucunda mağduriyetler yaşaması bilimsel ispat araçlarının önemini arttırmaktadır.

Ceza yargılaması, elbette ki olayla ilgili maddi gerçeği tamamen ortaya koymayı hedeflemektedir. Söz konusu amaç gerçekleştirilirken, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin, adil yargılanma ve lekelenmeme haklarının korunması gözetilmelidir. Bir hukuk devletinde olması gereken, insan haklarını gözetilen ve koruyan yargılama makamlarının, kişileri yargılarken evrensel değerlere önem

---

<sup>35</sup> ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Beta Yayınları, 3.baskı, İstanbul, 2013, s.186.

<sup>36</sup> GÜLSOY, Tevfik; KÖK, Nezihe, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Sayı 1-2, s.8

<sup>37</sup> İNCİ, Zekiye Özen, “5271 Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2007, Sayı 72-1, s.135.

vermesi, kişilerin insanlık onurunu zedeleyecek her türlü davranışa karşı önlem almasıdır. Faillerin suçluluğunun kesin olarak ispatlandıktan sonra haklarında ceza verilmesi ve elbette suçun mağdurlarının mağduriyetlerinin tam olarak giderilmesi gerekmektedir. Tüm bu hususlar ancak sağlıklı yürütülecek bir soruşturma ve yargılamayla sağlanabilir. Beden muayenesini yapan kişinin alanında uzman olması, yargılama aşamasının sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesini sağlayan en önemli unsurlardan biridir.

Söke Ağır Ceza Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, bir otobüsteki sanığın tedirgin davranışları fark edilerek izlendiği, kişinin indiği noktada kimsenin bulunmadığı, yürümeye başladığında takip edilerek yakalandığı ve gerçekleştirilen beden muayenesi sonucunda rektumda birkaç poşet tesbit edildiği ve doğal yoldan çıkartılan poşetler içinde 48 gram ağırlığında eroin maddesi bulunduğu tespit edilmiştir<sup>38</sup>. Özellikle uyuşturucuyla bağlantılı suçlarda beden muayenesi delillerin toplanması açısından önemlidir. Sanıkların suç maddesini genellikle vücudun mahrem yerlerinde saklamaları söz konusudur. Bu nedenle beden muayenesi, delillerin toplanmasında ve suçun aydınlatılması yönünde önemli olmaktadır.

### 3.2. El Koyma

Hukuk sözlüğünde el koyma, *“ceza hukukunda bir önlem olarak, bir eşya üzerinde zilyedinin tasarruf yetkisini ortadan kaldırılması; ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınması”* olarak tanımlanmıştır.<sup>39</sup> Bir başka görüşe göre ise el koyma, müsadere konusu eşya ya da yargılamada delil niteliği olan eşyanın adliyenin kontrolüne alınması anlamına gelmektedir. Eşyanın malikinin

---

<sup>38</sup> Söke Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2009/430 E., 2010/22 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyar Portal, 28 Haziran 2019.

<sup>39</sup> YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

rızası doğrultusunda alınması halinde bu işlem artık el koyma değil muhafaza altına alma işlemi olarak adlandırılmalıdır<sup>40</sup>.

5271 Sayılı CMK'da elkoyma, dördüncü bölümde 'Arama ve Elkoyma' başlığı ile düzenlenmiştir. CMK'nın 123. maddesi şu şekildedir, "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir*". Yasa yapıcı el koyma müessesini, ispat aracı olan eşyanın muhafaza altına alınabilmesi için düzenlemiştir. Bu durumda beden muayenesinin amacı ile el koyma müessesesinin ortak noktada bulunduğu söylemek yanlış olmayacaktır. Beden muayenesi ile suçun aydınlatılması hedeflendiği için, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenleri üzerinden elde edilen delillere el konulması doğal olacaktır. Beden muayenesi ile elde edilen delillerin yok edilmemesi için de el konulması ve sağlıklı bir yargılama için uygun koşullarda saklanıp yargılama makamına ulaştırılması önemlidir.

Adli Tıp Uygulama Yönetmeliğinin 19. maddesine göre inceleme için ulaştırılacak örneklerin fiziksel özelliklerine göre, yönetmelikte sayılan nitelikteki ambalajlara konulması, örneği içeren torbanın daha sonra bez veya kağıt gibi bir ambalaj içine sarılması ve iç taraftan makineyle dikilmiş ya da dikişsiz torbalarda, tek parça bezlere, sandık ve kutu içine konulması gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre, olay yerinden kıl elde edilmesi durumunda, gönderilecek kıl köklerinin muhafaza edilerek ayrı kağıtlara sarılması, böyle bir olayda şüphelilerden mukayese amacıyla inceleme konusu materyalin aynısının gönderilmesine gerek bulunmadığı, bunun yerine şüphelilerden elde edilecek kan lekesi veya kanın koşullara uyularak gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Olay yerinden elde edilen sperm, kan, salya gibi leke örneklerinin uygun bir ortamda yönetmelikte belirtilen koşullara uygun olarak doğal şekilde hava ile kurutulduktan sonra ayrı ambalajlara yerleştirilerek, ambalajın üzerine açıklayıcı bir etiketin yapıştırılması gerekmektedir. Nemli olan biyolojik materyalin olay yerinde hemen kurutulması olanaklı değilse, iki saatten fazla plastik ve kağıt ambalajda tutulmamalıdır. Vajinal ve anal svaplar

---

<sup>40</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAĞIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s.414.

çubukla alınarak ayrı temiz tüplere konulmalı ve tüplerin ağızları sıkıca kapatılmalıdır. Biyolojik deliller toplanırken bulaşmayı engelleyici önlemler alınmalıdır. Bu nedenle delillere eldiven, maske ve bone takmadan, koruyucu giysi giymeden yaklaşılmamalı, bir delil elde etmede kullanılan eldivenle diğer örneklerin toplanmamasına özen gösterilmelidir.

El koyma, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin<sup>41</sup> 4. maddesinde, *“Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi...”* olarak tanımlanmıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde el koyma müessesesi kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Yakalanan kişilerin üzerlerinde var olan ya da sanığın vermek istemediği suç maddesinin sanığın üzerinden alınması ve uygun koşullarda saklanması suçun aydınlatılması yönünden önemli ve gereklidir.

Kanaatimizce, beden muayenesi işlemi sonucunda elde edilen örneklere usule uygun bir şekilde el konulmasının, soruşturma ve kovuşturmanın hukuka uygun bir biçimde sürdürülmesi ve maddi gerçeğin kanuna uygun şekilde ortaya çıkarılması yönünden gerekliliği açıktır. Usule aykırı elde edilen ve usule uygun bir biçimde elde edilip yasaya aykırı şekilde muhafaza edilen deliller ceza yargılamasında kullanılamayacaktır<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> R.G. 01.06.2005 tarih, 25832 sayılı.

<sup>42</sup> “Somut olayda suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hâkim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve 5271 sayılı CMK'nın 206/2-a maddesinde yer alan “Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur” biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınamayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 2. CD, 10.04.2013, 2012/21976- 2013/7760, UYAP).

## 4. BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİNE HAKİM OLAN İLKELER

### 4.1. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.1986 tarih ve 1985/31 Esas ve 1986 karar sayılı kararında hukuk devleti, *“insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasa uygun, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan, yasaların üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde uzaklaştığından geçersiz kalacağını bilen”* devlet olarak tanımlamıştır<sup>43</sup>.

Beden muayenesi niteliği itibariyle kişi temel hak ve hürriyetlerine müdahaleyi içerdiğinden özenle değerlendirilmesi ve uygulanması gereken bir kurumdur. Anayasa'nın 13. maddesi, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*<sup>44</sup> şeklindedir. Beden muayenesi esasen CMK'da düzenlenmiş olmakla birlikte Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde daha ayrıntılı olarak yer almıştır. Ancak Anayasa'nın ilgili maddesi gereği temel hak ve özgürlükler ancak kanun ile sınırlandırılabilirdiğinden, CMK'nın, Beden Muayenesi Yönetmeliğinden daha dar kapsamlı olması Anayasa hükmü ile çelişmektedir. Yasa yapıcı beden muayenesini iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi şeklinde ikiye ayırarak, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini 75. maddede düzenlemişken, dış beden muayenesine değinmemiştir.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> R.G. 09.05.1986 tarih, 19102 sayılı.

<sup>44</sup> RG 09.11.1982 tarih, 17863 sayılı (Mükerrer), Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

<sup>45</sup> TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1025.



Anayasanın 17. maddesi gereği, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı Anayasa’nın açık hükmü iken, kanun ve yönetmelikteki çelişkinin giderilmesi ve beden muayenesinin yasayla daha kapsamlı şekilde düzenlenmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Beden muayenesi yapılırken işlemi gerçekleştiren sağlık çalışanları, ulusal, uluslararası mevzuat ile meslek kuruluşlarının gözettiği kurallara uymakla yükümlüdürler. Hukuka uygun sayılabilecek bir mazeretleri olmadıkça, standart uygulamalara aykırı davranan sağlık çalışanları yönünden de görevi kötüye kullanma suçu gündeme gelebilecektir. Sağlık çalışanlarının, beden muayenesine tabi tutulacak kişinin istek ve faydası ile kamusal adaletin yerine getirilmesi ve insan haklarına aykırılıkların meydana gelmemesini sağlama sorumlulukları mevcuttur. Ahlak ve yasanın çatıştığı çelişkili durumlar ortaya çıkabilir. Sağlık çalışanlarının etik kurallar ve sorumlulukları gereği belli bir kanuna, hasta hakkında gizli tıbbi bilgi ve belgelerin paylaşılması gibi bir yasal düzenlemeye uygun davranmamalarını gerektiren haller söz konusu olabilir. Ulusal düzeyde ve uluslararası etik ilkelerin yer aldığı belgelerde, yasa ve diğer zorunluluk hallerinde sağlık çalışanlarının tıbbi etik ve vicdanlarına aykırı davranmaya mecbur edilemeyecekleri kabul edilmektedir. Bu çelişkili hallerde sağlık çalışanları, hastalarının faydasını ve temel etik normalarını gözetmelidir<sup>46</sup>.

CMK’da, sadece tanıklıktan çekinme hakkının söz konusu olduğu durum bağlamında, beden muayenesine kişinin rızasının aranacağı şeklinde düzenleme hukuk devleti ilkesi açısından sakıncalıdır. Bu sakıncanın giderilmesinin yolu, ‘kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması’ koşulunun etkin şekilde işletilmesidir. Bu konuda ise beden muayenesini gerçekleştirecek tabibin takdir hakkına saygı duymak gerekir. Aynı şekilde CMK’nın 75. ve devamı maddelerinde

---

<sup>46</sup> FİNCANCI, KORUR, Şebnem; YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, 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. 144-145.

dış beden muayenesinin düzenlenmemiş olması da hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir.

#### 4.2. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

Geniş kapsamlı ve görece olması dolayısıyla, insan onuru kavramının tanımı son derece güçtür.<sup>47</sup> Hem iç hukukta hem uluslararası hukukta insan onurunu koruyan ve güvenceye alan düzenlemeler mevcuttur. Anayasa'nın 17/3. maddesine göre, "... kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." Haysiyet; onur, şeref anlamlarına gelmektedir<sup>48</sup>. Türk hukuk sisteminde bu sözcüklerin hepsi aynı amaçla kullanılmaktadır. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesinde; "*Bütün insanlar haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar*" denilmektedir. Bildirgenin 5. maddesi de, "*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.*" hükmünü getirmiştir. Ayrıca, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Koruması Sözleşmesi'nin<sup>49</sup> birinci maddesinde, sözleşmenin taraflarının tüm insanların onurunu ve kimliğini koruyacağı, biyoloji ve tıbbi uygulamalarda ayırım gözetmeden, herkesin bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterileceği öngörülmüştür<sup>50</sup>. Bir suçun aydınlatılması maksadıyla da olsa hiç kimsenin manevi ve fiziki kişiliğine insanlık onuruna aykırı muamele edilemez.

İnsan, hakları ve yükümlülükleriyle bir hukuk öznesidir. Ruh ve düşünce özgürlüğü insan onuruna saygının zorunlu sonucudur. Bu bağlamda insan haysiyeti özgürlükçü demokrasinin ve hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşuludur. Devletler, sadece edilgen bir davranışla değil, etkin bir şekilde insan onurunu korumalı, buna

---

<sup>47</sup> ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003 s. 942.

<sup>48</sup> YILMAZ, Ejder, a.g.e, s. 296.

<sup>49</sup> R.G. 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı. İlgili sözleşme bundan sonraki kullanımlarda Bio Tıp Sözleşmesi olarak anılacaktır.

<sup>50</sup> SERT, Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, İstanbul, 2008, s.59 vd.

yönelik tehditlerin önlenmesi için gerekli önlemleri almalıdır. İnsan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin sınırı hukuk devletidir. Ceza yargılamasının araçları olan koruma tedbirlerine, hukuka uygun şekilde başvurulduğu sürece insan onurunun ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir<sup>51</sup>.

Beden muayenesi işlemi sırasında; vücut bütünlüğüne zarar verilmemesi, kişinin onur ve saygınlığının korunması, namus ve utanç duygularına saygının ihlal edilmemesi, kişinin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye zorlanmaması ölçütlerine uymak gerekir.<sup>52</sup>

Bir kişinin şüpheli ya da sanık olması, insan onuru ilkesinin bu kişi açısından gözetilmeyeceği anlamına gelmez. Bu bağlamda yetkili merci kararı olmadan kişinin beden muayenesine maruz kılınması ya da yetkili olmayan kişi tarafından muayene edilmesi ve bedeninden örnek alınması, bu delilin yargılamada kullanılması insan onuruna aykırı olacaktır. İnsan onuru kavramının sınırı da hukuk devletidir.

### **4.3. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi**

Öğretide, insan hayatının genel ve özel alanının bulunduğu kabul edilmektedir. Herkes tarafından bilinip girilen en dış ve genel alan, hayatın genel yanını oluşturur. Özel hayat ise en yakın kişiler ile paylaşılabilen, esasen gizli olan ve bazı sırlar içeren alandır. Gizli alan ise, kimse ile paylaşılmayan, sırların, gizli duygular ve düşüncelerin olduğu alandır. Hayatın gizli alanı, bu nedenle devlet müdahalesine karşı dokunulmazdır. Özel yaşam alanı ise, devlet müdahalesine karşı nispi bir koruma içerir<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAĞSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s. 55-57.

<sup>52</sup> TOROSLU, Nevzat, “ Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını, Cilt 2: Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Hukuku, Ankara 2000, s.326.

<sup>53</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAĞSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s.67-68.

AIHS'nin, özel hayatı düzenleyen 8. maddesi "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasa ile öngörülmiş olmak koşulu ile söz konusu olabilir.*" şeklindedir.

Özel hayatın gizliliği, Türk hukuk sisteminde, Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde, özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenlemeye aykırı davranılması yaptırıma bağlanmıştır. Anayasa'nın 20. maddesi "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*" şeklinde olup, hem bireylerin özel hayatı hem de ailenin özel hayatının gizliliği ve dokunulmazlığı güvenceye alınmıştır. Beden muayenesinin niteliği itibariyle, temel haklardan olan kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ile özel hayata müdahaleyi barındırıyor olması ve rızanın yokluğunda zor kullanılarak yapılması hukuki açıdan tartışmalıdır. Eşcinsel bir birey, kendi cinsel kimliğine ilişkin bilgilerin istemediği kişilerce öğrenilmesi, damgalanma ve dışlanma gibi sonuçlar doğurabileceğinden bu bilgiyi gizli tutmak isteyebilir. Bazı konuların başkaları tarafından öğrenilmesinin onları utandırabileceği durumların varlığı da açıktır. O halde özel yaşamın gizliliği, öncelikle, özel hayatın ihlali durumunda oluşabilecek zarar yönünden değerlendirilmelidir"<sup>54</sup>. Beden muayenesi sonucunda ortaya çıkacak zarar, kişinin kişilik haklarına ve şerefine zarar verecekse bunun yapılmaması temel hakların üstünlüğü gereğidir.

Türkiye aleyhine sonuçlanan Juhnke/Türkiye davasında<sup>55</sup>, başvuran rızası olmadan genital muayeneye maruz kıldığını ve tutuklu bulunduğu sırada işkenceye maruz kaldığını belirtmiştir. Güvenlik güçleri tarafından Kuzey Irak'ta

---

<sup>54</sup> KÜZECİ, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 77.

<sup>55</sup> KAZANCI, Behiye Eker, *Türkiyede Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi* (AIHM 13.5.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası), *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, sayı 10, Eylül 2010, s.22-25.

gerçekleştirilen operasyonlar sırasında başvuranın yakalandığı ve kadın şüphelilerin gözaltındayken tecavüze maruz kaldıklarını iddia etmeleri nedeniyle başvuranın genital muayenesinin gerçekleştirildiği savunulmuştur. AİHS'nin 3. ve 8. maddeleri, şüpheli hakkında suç soruşturmasıyla ilgili olarak, rıza dışında kendisinden delil elde etmek için tıbbi işleme başvurulmasını yasaklamamaktadır. Ancak suçun aydınlatılması için delil toplanırken, tıbbi müdahaleye başvurulması, kişinin rızası dışında tıbbi müdahaleye tabi tutulması AİHS'nin 3 ve 8. maddeleri ile AİHM'sinin içtihatında öngörülen asgari ölçülülük sınırını aşmamalıdır. Mahkeme, sunulan bilgi ve belgelerden hareketle başvuranın yerinde bir biçimde muayeneye ilişkin olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin anlaşılamadığını, ayrıca hekimin başvuranı muayenenin zorunlu olduğuna inandırarak yanlış yönlendirmiş olabileceği kanısına varmıştır. Bu nedenlerle AİHM, başvuranın maruz kaldığı genital muayenenin AİHS' nin 8. Maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği kanaatine varmıştır<sup>56</sup>.

Yine AİHM'nin Aydın/Türkiye kararında, Cumhuriyet Savcısı tarafından istenen tıbbi muayenenin olayın ciddiyetinin gerektirdiği biçimde yapılmadığı, muayene işleminin cinsel saldırı olup olmadığını belirlemek amacıyla değil, bekaretin kaybedilip edilmediğini tespiti yönelik olması eleştirilmiştir<sup>57</sup>.

#### 4.4. Dürüst İşlem İlkesi

Delillerin, suçun aydınlatılması amacıyla kullanılabilmesi için hukuka aykırı biçimde ele geçirilmemiş olması gerekmektedir. CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” Ceza yargılamasında yapılan işlemler ve toplanan delillerin yasal olması adil yargılanma hakkının da gereğidir. İddia makamı delileri toplarken, süreci hukuk devleti ilkesine uygun şekilde yürütmelidir. Sanık aleyhine toplanan deliller,

---

<sup>56</sup> Kararın tümü için bkz. ; (Erişim), [www.kararara.com/aihm/turkce/aihm1168.htm](http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm1168.htm), 12 Eylül 2018.

<sup>57</sup> SEVÜK YOKUŞ, Handan, “Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 6-7, Ekim, 2005, s. 86.

dürüst işlem ilkesi gereği; hile, baskı, işkence ve zor kullanmadan elde edilmelidir<sup>58</sup>. Ceza yargılamasının ‘delil serbestliği’ ve ‘maddi gerçeğin araştırılması’ ilkeleri, delile ne şekilde olursa olsun ulaşılabileceği biçiminde yorumlanamaz. Temel haklar ihlal edilerek, hile ile elde edilen delil dürüst yoldan elde edilmiş değildir. Bu tür bir delil savunma hakkını da sınırlamış olacaktır<sup>59</sup>.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS’nin 6. maddesinde de dürüst işlem ilkesi esaslarının neler olduğu belirtilmiştir.

Ceza yargılamasındaki delil serbestliği ve maddi gerçeğin araştırılması ilkelerinin sınırını, dürüst işlem ilkesi oluşturur. Hile yoluyla ya da temel haklar ihlal edilerek elde edilen delil, dürüst işlem ilkesine aykırı olacaktır. Aynı şekilde şüpheli ya da sanığın rızasına aykırı olarak ve sağlığına zarar verme tehlikesi göze alınarak beden muayenesine maruz kılınması bu ilkeye aykırılık oluşturacaktır. Öğretide, kişinin rızasının bulunmadığı hallerde, beden muayenesi tedbirinin uygulanmaması ancak Fransız mevzuatındakine benzer şekilde kişi hakkında hapis veya para cezası gibi cezaların uygulanması gerektiği önerilmiştir<sup>60</sup>.

Kanaatimizce, kişinin olurlarına aykırı şekilde beden muayenesine zorlanması hem temel insan hakları düzenlemelerine aykırı olacak hem de bu şekilde edilen delilin hukukiliği tartışmaya açık hale gelecektir. Bu nedenle Fransız mevzuatındakine benzer bir yasal düzenleme yapılarak, beden muayenesine rıza göstermeyen kişiye idari ya da adli para cezası yaptırımının uygulanması hukuk devleti ve dürüst işlem ilkelerine uygun olacaktır. Nitekim buna benzer bir hüküm, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığını veya alkolün kandaki miktarını belirlemek için, kolluk tarafından ölçüm cihazlarının

---

<sup>58</sup> ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara,1991, s.73 vd.

<sup>59</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s.63.

<sup>60</sup> TEZCAN, “Fransız Hukunda”, s.217.

kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere idari para cezası verilecek ve sürücü belgesi iki yıl süre ile geri alınacaktır<sup>61</sup>.

#### 4.5. Orantılılık İlkesi

Sosyal hukuk devletinin aşırılığa kaçmaması, devlet eylem ve işlemlerinin orantılı olması gerekir, bu anlamda orantılılık aşırılık yasağı ile örtüşür. Bir koruma tedbirinin uygulanması sırasında temel hak ve özgürlüklere aykırı müdahale ancak suça karşı mücadele ile elde edilecek yararın sağlanması için gerekli ise kabul edilebilecektir. Hukuk dünyasında korunan menfaatler için hukuk düzeninin tüm araçları yardımcı olmalı ancak ceza hukuku, barış içinde birlikte yaşamın güvenliği açısından, onun araçlarına başvurulması kaçınılmaz olduğunda kullanılmalıdır. Medeni hukuk ya da diğer kamu hukuku alanları yeterliyse, ceza hukuku geri planda kalmalıdır. Bu nedenle koruma tedbirleri yerine yarar sağlayacak başka bir işleme başvurulması gerekliliği ikincilik ilkesi (ultima ratio) ile açıklanır. İkincilik ilkesi, 'gereklilik' ve 'aşırılık yasağı' ilkeleri ile desteklenir. Sonuç olarak, bir yargılama işlemi yararlı, gerekli ve amaca uygunsu kullanılmalıdır<sup>62</sup>.

Beden muayenesinin karma nitelikte, bir yönüyle de, koruma tedbiri olduğuna yukarıda değinilmişti.<sup>63</sup> Bütün koruma tedbirlerinde gözetildiği şekilde, beden muayenesinin uygulanmasında da, orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Müdahalenin ağırlığı ile faile isnat edilen suçla ilgili şüpheler arasında da makul bir orantı (ölçülülük) olmalıdır. Bu nedenle, tedbire başvurmak zorunlu olmalı ve tedbir kapsamında yapılacak müdahale, soruşturması yürütülen suçun ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Öncelikle basit bir muayene ile yetinilmeye çalışılmalıdır.<sup>64</sup> Beden muayenesinden sağlanacak fayda ile kişiye verilmesi olası zarar arasında bir orantı olup olmadığı gözetilerek, muayene sonucunda faydanın zarardan fazla olması durumunda önleme başvurulmalıdır. Yararlılık iyi olanı gerçekleştirmek anlamında,

---

<sup>61</sup> R.G. 13.10.1983 tarih, 18195 sayılı.

<sup>62</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s. 53-54.

<sup>63</sup> Bkz. "Beden Muayenesinin Hukuksal Niteliği" bölümü.

<sup>64</sup> TURHAN, a.g.m., s. 1030.

zarar vermeme ise, zarar vermekten kaçınmak anlamındadır. Bu iki kavram birlikte ele alındığında ise fayda kavramına ulaşılacaktır<sup>65</sup>.

Yasa yapıcı CMK'nın 75. maddesinin 5. fıkrasında, “Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz” düzenlemesi ile azami sınırı itibarıyla iki yıldan daha az hapis cezası gerektiren eylemlerde yapılacak beden muayenesinin orantısızlığının açıklığı nedeniyle olası keyfi uygulamaların önüne geçme iradesini ortaya koymuştur. Ayrıca hukuka uygun olmayan yöntemlerle gerçekleştirilecek beden muayenesi ve bu şekilde vücuttan örnek elde edilmesi, bu örneğin incelenmesini de hukuka aykırı hale getirecektir. Delil yasaklarının uzak etkisi, hukuka aykırı yolla alınmış delilin ve buna dayanarak ortaya çıkan diğer delillerin de delil yasakları kapsamında ele alınmasını gerektirir. ABD hukukunda buna ‘zehirli ağacın meyvesi’ denilmekte ve delil yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. CMK'nın 217 ve 206/2-a maddeleri ile de bu tür delillerin kullanılmayacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>66</sup>. Ayrıca AHİM, Gafgen-Almanya davasında iddia makamının sanığın iradesine aykırı olarak baskı yoluyla elde edilmiş kanıtlara başvurmadan iddiasını kanıtlaması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>67</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih, 2005/10-15 Esas ve 2005/29 Karar sayılı kararında belirtildiği gibi, “...her koruma tedbiri genel anlamıyla hukuk devletinin sağladığı bu ortam ve yaşam alanına bir müdahale niteliğini taşır. Devletin kamu düzenini koruma ve bu çerçevede suçla mücadele görevi bu müdahaleyi bir ölçüde haklı kılmakta ise de, yetki yerinde kullanılmadığında temel hak ve özgürlüklere yapılmış bir saldırı niteliğine bürünür

---

<sup>65</sup> VEATCH, Robert. M, Biyoetiğin Temelleri, çev. Tolga Güven,And Yayıncılık, 2.baskı, İstanbul, 2010, s.48-49.

<sup>66</sup> ALTAŞ, Ebru, Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, Ceza Hukuk Dergisi, Sayı. 3, 2007, Nisan, s. 77-110.

<sup>67</sup> DOĞRU, NALBANT, a.g.e., s.648.



ve dolayısıyla hukuka aykırı olur...” Bu yönüyle kararda, koruma tedbirleri uygulanırken orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiği ortaya konulmuştur<sup>68</sup>.

## 5. BEDEN MUAYENESİNİN GERÇEKLEŞTİRİLME KOŞULLARI

Muayene hem kişi ve hem de hekim için en uygun koşullarda gerçekleştirilmelidir.<sup>69</sup> Muayene odası yeterli genişlikte ve ısıda, havalandırılmış olmalı, tercihen yüksek nitelikli ışık kullanılmalı, muayene formları ve yeterli yazı malzemesi bulundurulmalı, ayrıca odada tuvalet ve duş ihtiyacını karşılamaya yönelik düzenleme bulunmalıdır<sup>70</sup>. Fiziki koşulların uygun olması, yapılacak işlemin kişinin ruh ve beden sağlığını tehlikeye atmaması yönünden önemlidir. Özellikle genital muayene yönünden fiziki koşulların elverişliliği, muayenesi yapılacak bölgenin mahremiyet kavramı ile doğrudan bağlantılı olması sebebi ile ayrıca önemlidir. Mahremiyet, kişinin sağlık hizmetlerinden yararlandığında bedensel mahremiyetine saygı gösterilmesini içermektedir<sup>71</sup>. Yine beden muayenesi için tek kullanımlık tıbbi malzemelerin bulunması, bedenden elde edilecek delillerin muhafaza edilmesini sağlayacak malzemelerin hazır olması da, delillerin kaybolmaması, tahribata uğramaması açısından gereklidir.

Erkek genital muayenesi için tek kullanımlık malzemeler, kuvvetli ışık kaynağı, bakteriyolojik değerlendirme malzemeleri, gizli kan testi kağıdı ve geliştici bulundurulmalıdır. Muayene eden kişinin uygun muayene tekniklerini öğrenmesi ve uygulamaları tekrarlayarak deneyimlemesi hekimin güven hissini arttıracaktır. Birçok erkek önceki spor etkinlikleri ve büyüme deneyimleri nedeniyle genital organının dokunmaya ve özellikle basınca karşı duyarlı olduğunun farkındadır. Hekim bunu dikkate alarak muayenenin bu bölümünde yavaş ve dikkatli olmalıdır. Bazı erkek hastalar bu muayenenin kadın hekim tarafından gerçekleştirilmesi

<sup>68</sup> (Erişim) <https://www.corpus.com.tr>, 30 Mart 2019.

<sup>69</sup> HANCI, Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku), Toprak Ofset Matbaacılık, İzmir, 1999, s. 633.

<sup>70</sup> AKSOY, Ercüment, (Erişim) <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/5.html>, 10 Eylül 2018. ; WORLD HEALTH ORGANIZATION, et al. Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence. 2003, Chapter 4, s. 38.

<sup>71</sup> SERT, a.g.e, s.82.

konusunda tereddütlü olabilirler. Hastalar genellikle aynı cinsiyetten biri tarafından muayene edilmeyi yeğleyebilir, bu isteğe mümkün oldukça saygı duyulmalıdır. Hastanın muayene sırasında erekte olması normal ve otonom bir tepkidir. Böyle bir durumda bunun normal olduğu hastaya anlatılmalıdır. Hasta kendi isteğine bağlı olarak yatabilir ya da ayakta durabilir<sup>72</sup>.

Kadın genital muayenesi için atılabilir elbise ve perde, ayarlanabilir ışık kaynağı, uygun boyutlarda vajinal spekulum, papanikola çalışmaları için aletler, bakteriyolojik inceleme malzemesi, tek kullanımlık muayene eldivenleri, yağlandırıcı, bezler, el aynası, gazlı bezler, ılık su dolu kap gereklidir. Erkek muayenesinde olduğu gibi kadın genital muayenesinde de hekimin deneyimi önemlidir. Pelvik muayene doğası gereği huzursuzluk verir. Bunun sebepleri kabul edilebilir muayene tekniklerinde bile pelvik visseranın ağrı ile cevap vermesi, ilk muayeneler sırasında ağrılı ve utandırıcı deneyimler yaşanmış olması, ergen hastaların ilk muayene korkusu ve hastalık bulunması kaygısı gibi nedenlerdir. Hastanın hikayesinin dinlenmesi konusunda yeterli zamanın ayrılması hastanın endişesini gidermede yararlı olacaktır. Hastanın muayene sırasında yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmesi, eğer talebi varsa genital anatomisi konusunda kendisine bilgi verilmesi faydalıdır. İlk fiziksel temas konusunda hasta mutlaka bilgilendirilmelidir, istenmeyen hareketlerden kaçınılmalıdır. Muayene hakkındaki sorular cevaplandırılmalıdır. Tıbbi öykünün alınması için en uygun zaman hastanın giyinik olarak oturduğu zamandır. Hasta muayene konumundayken öykü alınmamalıdır. Hastanın muayeneden önce en az yirmi dört saat yıkanmamış olması önemlidir. Zira bu husus sitolojik ve bakteriyolojik çalışmaların değerlendirilmesini etkileyebilecektir. Muayeneden önce hastanın mesanesinin boşaltılmış olması hastayı muayene sırasında daha rahat hissettirecektir. Hekim erkek ise, odada bir kadın hemşire ya da asistan bulunması tercih edilebilir. Bazı hastalar muayeneyi seyretmeyi yeğlerken bazıları utanma duygusu nedeniyle örtünmeyi tercih

---

<sup>72</sup> NOVEY, Donald W., Fizik Muayene Rehberi, Hekimler Yayın Birliği, MedicoGraphics@Matbaası, Ankara, 2001, s. 255 - 256; BICKLEY, Lynn S., Bates' Fizik Muayene Rehberi, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2004, s. 410 – 419.

edebilirler, bu nedenle hastanın tercihinine göre bacaklarına ya da karnı üzerine çarşaf konulabilir<sup>73</sup>.

Beden muayenesinin gerçekleştirileceği koşulların uygunluğunun gözetilmesi, insan onuru, kişinin rencide edilmemesi ve utanma duygusuna saygının gereğidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve kamusal adaletin sağlanması amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesi işlemi, kişilik haklarına ve kamu vicdanına uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir. Kişinin şüpheli ya da sanık olması, uygunsuz koşullarda yapılacak işlemlere katlanmak zorunda olduğu anlamına gelmez.

## **6. SANIK VEYA ŞÜPHELİNİN BEDEN MUAYENESİ**

### **6.1. Muayene Şartları**

Bir koruma tedbiri müessesesi de olan beden muayenesinin uygulanabilmesi için, kanunda düzenlenmiş olması, suç şüphesinin varlığı, gecikmesinde sakınca bulunacak hal olması, orantılılık ilkesi ve yetkili merci kararının bulunması gibi bazı ön şartların mevcut olması gerekmektedir. Beden muayenesi ve örnek alma işlemleri, vücut bütünlüğü ve özel hayata müdahale oluşturduklarından yasada açıkça tarif edilmeleri, koşullarının belirlenmesi gereklidir<sup>74</sup>. Beden muayenesi, CMK'da ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Makul bir suç şüphesinin varlığı ve bu kapsamda bir soruşturmanın olması, delillerin toplanmaya başlanması yönünden yeterlidir. Ceza yargılamasında bir koruma tedbirine başvurulabilmesi için gecikmede tehlike bulunması gerekmektedir<sup>75</sup>. Aksi durum korum tedbirinin amaç ve mahiyetine aykırı olacaktır. Beden muayenesi temel haklara müdahaleyi içerdiği için orantılılık ilkesinin gözetilmesi ve beden muayenesi kararının kanunda yetkili kılınan merci tarafından verilmesi gerekmektedir.

---

<sup>73</sup> NOVEY, a. g. e., s. 295 – 300.

<sup>74</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s.277.

<sup>75</sup> KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, s.757.

## 6.2. Muayenenin Amacı

Sanık veya şüphelinin beden muayenesinin amacı delil elde edilmesidir. Delil, maddi gerçeğe ulaşmak ve suçun faili olarak anılan kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin belirlenmesi amacıyla hukuka uygun yollarla elde edilen ve karar mercii önüne getirilen her türlü araca denir<sup>76</sup>. Yasa yapıcının bu müesseseyi düzenleyiş amacı, doğrudan delillerin toplanması ve suçun işlenmesi ile zedelenecek kamu vicdanının, suçun aydınlatılması ile rahatlatılmasıdır. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda beden muayenesi ve genital muayenenin önemi artmaktadır. Zira bu suçlar genellikle kimsenin göremeyeceği yer ve zamanda işlenmekte ve ilk aşamada yalnızca mağdur yanın beyanını bulunmaktadır. Ancak ceza yargılamasında failin cezalandırılması için suçun somut ve şüpheden uzak, kesin delillerle ispatı zorunludur. Bu bağlamda, beden ve genital muayene işlemi yoluyla vücuttan örnek alınması, suçun aydınlatılması ve failin cezalandırılması için önem arz etmektedir.

Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/412 Esas ve 2013/292 Karar sayılı kararına konu olan olayda, beden muayenesi müessesesi aktif olarak kullanılmış ve akli dengesi yerinde olmayan cinsel istismar mağduru çocuğun başına gelen olayların aydınlatılmasında rol oynamıştır. Olaya kısaca değinmek gerekirse, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmada, 28/10/2005 tarihinde Otogar Polis Merkezi Amirliği'ne, bir otobüs firması yetkililerince, iki kişinin firmalarının üst katında sabahdan akşama kadar beklemiş oldukları ihbar edilmiştir. İhbar doğrultusunda kolluk ekiplerince olay yerine gidilmiş, mağdure A.E. ve sanık A.Ş., Polis Merkezi'ne götürülmüştür. Taraflar hakkında yapılan araştırma neticesinde mağdure A.E.'nin velisi tarafından, mağdurenin 27.10.2005 tarihinde evden ayrıldığı, kendisine ulaşamadığı şeklinde bir başvurusunun olduğu bilgisi elde edilmiştir. Ayrıca mağdure velisi, mağdure A.E.'nin 1992 yılında trafik kazası geçirdiğini ve bu kaza nedeniyle akıl sağlığını yitirdiğini, kızının şüpheli A.Ş. tarafından zorla alıkonulduğunu belirterek, şüphelinin, kızının cinsel dokunulmazlığına zarar vermiş olma ihtimalinin değerlendirilmesini ve bu nedenle

---

<sup>76</sup> KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU, a.g.e, s.591.

genital muayenesinin yapılmasını, kızının cinsel istismara uğrayıp uğramadığının kesin olarak tespit edilmesini talep etmiştir.

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından gerçekleştirilen muayene sonucunda, "*hymen muayenesinde hymen anüler yapıda, alçak kenarlı saat kadranına göre 11'den 1'e kadar yayılan ve genişleyerek devam eden ekimoz, saat kadranına göre 3 hizasında ekimoz fevhasının 3,5 cm olduğu, anatomik bakire olduğu, yırtılmaksızın duhule müsait olduğu, tespit edilen lezyonların vagene organ veya sair cisim sokularak husulünün mümkün olduğu*" hususlarını tespit eden rapor düzenlenmiştir. Mağdure çocuk adli rapor alınması aşamasında adli tıp hekimine, cinsel saldırıya uğradığını beyan etmiştir. Cumhuriyet savcısı tarafından mağdure çocuğun ifadesinin alındığı sırada ifade veremeyecek halde olduğuna ilişkin tutanak düzenlenmiştir. Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesi, Adli Tıp Kurumu raporu ile birlikte bu hususları gözeterek sanığın, akli dengesi yerinde olmayan mağdure çocuk ile cinsel ilişkiye girdiğini ve mağdureyi hürriyetinden yoksun bıraktığını kabul ederek cezalandırılmasına karar vermiştir<sup>77</sup>.

Kanaatimizce özellikle ispatı zor olan bu tür olaylarda beden muayenesi kurumunun önemi daha da artmaktadır. Emsal karar ile de görüldüğü üzere yargılama sürecinde, yaşamış oldukları olayın travması ya da akıl sağlıklarının yerinde olmaması gibi özel durumları sebebiyle Cumhuriyet savcısı huzurunda bile kendisini rahatlıkla ifade edemeyen mağdur kadın ve çocukların yaşadıklarının ispatı yönünden beden muayenesi oldukça önemli olmaktadır. Dava konusu olayda her ne kadar mağdure çocuğun hymenin zarar görmediği belirtilmişse de, adli rapor ve diğer deliller doğrultusunda çocuğun istismara uğradığı kesin olarak tespit edilmiştir. Bu bağlamda, ailenin mağdur çocukla ilgili özel durumu kolluk görevlileri ile paylaşması, Cumhuriyet savcısı tarafından sürecin zaman kaybedilmeksizin yürütülmesi de suçun aydınlatılmasında ve delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmiş olması açısından hayati önem taşımıştır.

---

<sup>77</sup> Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/412 E. ve 2013/292 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyap Portal, 28 Haziran 2019.

## 6.3.Muayenenin Türleri

### 6.3.1. İç Beden Muayenesi

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 'Tanımlar' başlığı altında, iç beden muayenesi, "*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesinde ise iç beden muayenesi ayrıntılı olarak düzenlemiştir. CMK'nın 75/4. maddesinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde "*cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenin de iç beden muayenesi sayılacağı*" düzenlenmiştir. Genital bölgenin muayenesi çok önemli ve belirleyicidir. Genital organlar olan vulva, pupis, karnın yan bölümleri ve apış arasında herhangi bir madde kalıntısı veya toprak parçasının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Deri üzerinde özellikle pubik kıllar ve herhangi bir yabancı madde olup olmadığı araştırılmalıdır. Başka bir kişiye ait doku tespit edilirse uygun koşullarda saklanmalı ve şüphelinin dokusu ile karşılaştırılmalıdır<sup>78</sup>. Bu bölgenin cilt altı dokularının incelemesi yapılmaksızın, sanık veya şüphelinin yüzeysel şekilde, sadece elle veya gözle gerçekleştirilen beden muayenesi de bu kapsamda iç beden muayenesi olarak düzenlenmiştir. Böylelikle, yasa yapıcı utanma duygusunun daha ön plana çıktığı bu bölgelere yapılan müdahale bakımından, kişilere bir güvence sağlamış olmaktadır<sup>79</sup>.

Şüphelinin iç beden muayenesini gerçekleştiren hekim öncelikle muayeneye rıza alır, sonrasında hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgilenir. Bu aşamadan sonra şüphelinin hal ve tavırları, giyim biçimi hekim tarafından gözlenir, sonrasında kıyafetler çıkarılarak incelenir. Daha sonra, tüm vücut tam bir tıbbi muayeneden geçirilir. Vücuttaki eski ve yeni yaralar, konumları, boyutları ve bütün bulgular

---

<sup>78</sup> POLAT, Oğuz, Adli Tıpta Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2013, Ankara, s. 102.

<sup>79</sup> İPEKÇİOĞLU, AKSOY Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs 2012, c. 70, Sayı 1, s. 24.

tanımlanır ve kaydedilir. Genital bölge muayene edilir. Vücutta bulunan kan, idrar, tükürük, kıl, deri ve tırnak kalıntılarında örnekler alınır.<sup>80</sup>

### 6.3.2. Dış Beden Muayenesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 'Tanımlar' başlığı altında "*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi*" olarak tanımlanmıştır. Bu belirlemeyle vücudun fiziki muayenesi dış beden muayenesi olarak ifade edilmiştir<sup>81</sup>. CMK'da şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olmasının gerekçesi, dış beden muayenesi için bir karar alınmasına gerek bulunmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Soruşturma veya kovuşturmayaya yetkili kişilerin bu işlemi kendilerinin yapabilecekleri savunulmuştur<sup>82</sup>.

Kanaatimizce, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde olan dış beden muayenesinin de kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Dış beden muayenesi için hakim ya da savcı kararına gerek bulunmaması, bu muayene türünün yasada düzenlenmemesine gerekçe olmamalıdır. Zira dış beden muayene işlemi de vücut dokunulmazlığına müdahale içerir.

### 6.4. Muayenenin Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasında, "*İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin*

---

<sup>80</sup> PAUL, David M., "The Medical Examination in Sexual Offences", 15 MED. SCI. & L. 154 (1975) s.158.

<sup>81</sup> AKBULUT, a.g.m, s.91; ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2010, s.279.

<sup>82</sup> ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi 2005, s. 239. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunda değilde, Yönetmelikte düzenlenmiş olmasının, dış muayeneden elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirdiğine dair görüş ve eleştiri için bkz. ÜNVER;HAKERİ,s .279; KARAKEHYA, s.408.

*bulunmaması gerekir.*” şeklindeki düzenlemeyle yasa yapıcı sanık veya şüphelinin sağlık hakkını güvenceye almıştır. Bu husus, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında ve 6. maddesinin 3. fıkrasında da düzenlenmiştir<sup>83</sup>.

Sağlığa zarar verme ihtimali, müdahalenin kişinin dış görünümüne, acı duygusuna ve psikolojisine zarar verme ihtimali düşünülerek değerlendirilmelidir. Sağlık hakkı, kişinin maddi bütünlüğü ve tinsel dünyasına dair sağlığını ifade eder. Ancak, acı veya geçici hoşnutsuzluk duygusu tek başına sağlığa zarar verme olarak değerlendirilmez. Müdahalenin doğasından kaynaklanan kaçınılmaz acı ve hoşnutsuzluk duygusuna katlanması gerekir<sup>84</sup>. Uygulamada beden muayenesine karar verecek merciin sanık veya şüphelinin sağlığını olumsuz etkileyecek ihtimalleri öngörememe durumu da söz konusudur.

Gerektiğinde, müdahalenin sağlığa zarar verme ihtimalinin bulunup bulunmadığı bilirkişiye tespit ettirilebilir<sup>85</sup>. Bu tespit ile kişi için daha sağlıklı ve hukuka uygun bir süreç yürütülmüş olacaktır.

## **6.5. Muayenede Ölçülülük İlkesi**

Beden muayenesinin koruma tedbiri niteliği de taşıması sebebi ile ölçülülük ilkesinin gözetilmesi zorunludur. Oranlılık; araç ile amaç, yöntem ile hedef arasında denge gözetilmesini ifade etmektedir. Beden muayenesinin gerçekleştirilmesi ile sağlanacak yarar ile temel hak ve özgürlüklerin uğrayacağı zarar arasında denge bulunması gerekir<sup>86</sup>. Elde edilmiş veya edilecek başka deliller ile olay aydınlatılabilecekse beden muayenesine başvurulmaması gerekir. Şüphelinin görüntüsü, boyu, saç rengi, yaşı gibi belirgin özellikleri doğrultusunda, bu özellikleri taşımayan kişiler için bu tedbire başvurulmamalıdır<sup>87</sup>. Ayrıca yapılacak dış beden

---

<sup>83</sup> Beden Muayenesi Yön. M.4/3 -6/3 “Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.” , “Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.”

<sup>84</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s.283.

<sup>85</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s.283.



muayenesi ile suçun aydınlatılmasını sağlayacak delil elde edilecekse iç beden muayenesinin de yapılmaması gerekir.

Kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilecek beden muayenesinde, kişinin bedeni üzerindeki bireysel hakka kıyasla, korunması gereken daha üstün bir çıkarın bulunması gerekir. Kamu çıkarının korunması doğrultusunda getirilen kısıtlama toplumsal menfaatin korunması için zorunlu değildir. Ayrıca kişinin rızası dışında beden bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilecek müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması zorunludur. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin tüzük veya yönetmelikle değil, yasayla düzenlenmesi gerekir<sup>88</sup>.

## 6.6. Muayene Kararı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin 1. fıkrası gereğince muayeneye, “...Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.” Yasa yapıcı kararın öncelikle hâkim tarafından veya mahkemece alınması gerektiğini düzenlemiştir. Gecikmesinde sakınca olan durumlarda, cumhuriyet savcılığına da soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için bu yetki verilmiştir. Ancak bu şekilde alınan kararların yirmi dört saat içinde yargıç onayına sunulması gerektiği şeklindeki düzenleme, keyfiliğin önüne geçmek açısından yerinde bir düzenlemedir.

Hatay Cezaevinde tutulmakta olan mahkûm hakkında uyuşturucu madde kullandığı şüphesiyle Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla idrar testi yapılmak

---

<sup>86</sup> AKBULUT, a.g.m., s.111.

<sup>87</sup> MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, s.10, (Erişim) fsmahmutoğlu.av.tr., 25 Kasım 2018.

<sup>88</sup> ŞAHİN EKİCİ, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 326.

üzere kişiden idrar örneği alınmıştır. Ancak ilgili savcı kararı yirmi dört saat içinde yargıç veya mahkemenin tasdikine sunulmamıştır. Buna rağmen idrarda tespit edilen uyuşturucu madde sebebi ile kişi aleyhine başlatılan yargılamanın sonucunda, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Mahkemenin mahkumiyet şeklindeki kararının temyize gönderilmesi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi, “...kararın yasal sürede hakim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK’nın 206/2-a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraati yerine...”<sup>89</sup> mahkumiyet kararı verilmiş olmasını yasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi B.P.O başvurusunda yetkili merci kararı olmaksızın yapılan iç beden muayenesinin Anayasanın 17. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme tarafından olay şöyle özetlenmiştir;

“... Kolombiya Cumhuriyeti vatandaşıdır. Başvurucu 8/2/2015 tarihinde Brezilya’nın Sao Paulo şehrinden kalkan uçakla İstanbul Atatürk Havalimanı’na gelmiştir. Burada güvenlik kontrol aşamalarından geçen başvurunun tedirgin davranışlarından şüphelenen kolluk görevlileri başvurucuyu izlemeye almışlardır. Havalimanının çıkışına kadar takip edilen başvurunun, herhangi bir kimseyle buluşmadığının görülmesi üzerine kolluk görevlilerince yakalanmıştır. Polis merkezine götürülen başvurunun bagaj ve eşyaları kontrol amacıyla aranırken polis merkezinde bulunan bir koltuğun arasına elinde bulunan beyaz renkli bir balonu saklamaya çalıştığı polis memurlarınca fark edilmiştir. Başvurucudan alınan bu balonun içinde mavi ve turuncu renkli başka balonların olduğu anlaşılmış, balonların içinde toplam beş paket halinde, daralı ağırlığı 18 g gelen, renk, koku ve görünüm itibarıyla kokain olduğu değerlendirilen madde bulunmuştur. Bu esnada başvuru, kolluk görevlilerine tuvalete gitmek istediğini söylemiş; tuvalete gitmesine müsaade edilen başvurunun vücut boşluğunda başkaca maddeler de olabileceği şüphesi ile bir kadın polis memuru da kendisine eşlik etmiştir. ...eline eldiven takan kolluk görevlisi ayağa kalkmasını pantolonunu çıkarmasını ve ellerini lavaboya koyarak bacıklarını açmasını söylemiştir. Kolluk görevlisi, bu talimata uyan

<sup>89</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2017/10820 E., 2018/9086 K. sayılı kararı. (Erişim) www.adalet.gov.tr., 28 Haziran 2019.

*başvurucunun cinsel organına elini sokmuş burada yaptığı arama sonucunda bir adet daha balon ele geçirmiştir.”*

Anayasa Mahkemesi başvuruçunun cinsel organında yapılan elle arama işleminin iç beden muayenesi olduğunu, bunun yasa gereğince ancak Cumhuriyet savcısı ve/veya yargıç kararıyla yapılabileceğini, bunun dışında muayene işlemini hekim veya diğer sağlık mensubu haricindeki kimsenin yapmaya yetkili olmadığını vurgulayarak, Anayasanın 17/1 maddesi ile güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>90</sup>.

CMK’da dış beden muayenesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Beden Muayenesi Yönetmeliği’nin 5. maddesininin 1. fıkrasında, “*Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, dış beden muayenesinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla için herhangi bir mahkeme veya hakim kararı alınmasına gerek yoktur. İç beden muayenesinin aksine, dış beden muayenesi konusunda karar alma yetkisi kolluğa da verilmiştir.

Doktrinde bu husus tartışılmaktadır. Çünkü temel haklara müdahale içeren bu işlem konusundaki karar alma yetkisinin kolluğa bırakılması keyfiliğe yol açabilecektir. Düzenlemeye göre kollukça yapılacak işlemlerde Cumhuriyet savcısının onayına ya da kolluk amirinin yazılı emrine gerek olmamaktadır. Böylece, dış beden muayenesi üst aramasına ilişkin düzenleme gibi değerlendirilerek, gerektiğinde kolluk amirince karar verilebilmesi ve kolluk mensuplarının bu işlemi gerçekleştirmeleri amaçlanmaktadır. Öte yandan Beden Muayenesi Yönetmeliğinde bu işlemin hekim ya da sağlık mensubu tarafından yapılacağı düzenlenmiştir<sup>91</sup>.

Kanaatimizce, Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde, dış beden muayenesi konusunda sadece karar alma yetkisi kolluğa verilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle,

---

<sup>90</sup> R.G. 01.05.2019 tarih, 30761 sayılı.

<sup>91</sup> TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Ankara, 2006, s.1029.

Yönetmeliğin dış beden muayenesi ile üst aramasına ilişkin hükmü aynı kefeye koyduğunu ve muayenenin kolluk kuvvetleri tarafından yapılabileceği sonucunu çıkarmak olanaklı değildir. Zaten Yönetmelik dış beden muayenesinin sadece hekimce yapılabileceğini açıkça düzenlemiştir.

### **6.7. Muayene/Müdahale İçin Şüpheli veya Sanığa Yüklenen Suçla İlgili Koşullar**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.*” Vücuda müdahale, karma nitelikli bir kurum olduğundan, yani koşulları bakımından koruma tedbirlerine de benzediğinden şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığıyla söz konusu işlem arasında orantı bulunmalıdır. Yasa koyucu bunu, kişiye yüklenen suçun ceza yaptırımının belirli bir sınırın üstünde olmasını öngörerek sağlamaya çalışmıştır<sup>92</sup>. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 5. maddesinde düzenlenen dış beden muayenesinin yapılabilmesi içinse şüpheli veya sanığa yüklenen suçun cezasının belirli bir sınırın üstünde olması koşulu aranmamıştır.

Fikrimizce, üst araması tedbirinden farklı olarak, sadece tabip tarafından gerçekleştirilecek olması dış beden muayenesi işlemi için yeterli güvencedir. Dış beden muayenesi işlemi için, ayrıca şüpheli ya da sanığa yüklenen suçla ilgili olarak belli bir ağırlıkta olması koşulunu getirmek, suç soruşturması veya kovuşturmasını güç hale getirecektir.

### **6.8. Muayeneye Rıza Gösterilmemesi, Susma Hakkı, Savunma Hakkı**

Şüpheli veya sanığın muayene ve örnek alma işlemi kabul etmemesi yani yapılacak işleme rıza göstermemesi durumunda müdahalenin yapılıp yapılmayacağı

---

<sup>92</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s.283.

bağlamında, kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına yönelik ihlal mahiyetinde olan bu işlemler tartışılmakta ve uygulamada sorun yaratmaktadır. Müdahalenin zorla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine yönelik bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır.

Muayene edilecek kişinin rızasının olmaması, buna rağmen hekimin zorla müdahale etmesi ve bu müdahalenin etik olup olmadığı uzun yıllar tartışılmıştır. Tıbbi amaç taşımayan müdahale, şüpheli ve sanık veya mahkum için acı çektirme ve aşağılama riski taşımaktadır. Bu nedenle dünyanın birçok yerinde hekimler bu tip müdahalelerin çok hassas yürütülmesi gerektiğini savunmuştur. Zaman zaman yasalar ve hükümetler ile çatışmak durumunda bile kalmışlardır. Örneğin, 1973’lerde Batı Almanyalı Tabipler Odası, hükümetin mahkûmların zorla muayene edilmesi politikasına çok net bir şekilde karşı çıkmıştır. Britanya Tabipler Odası da Batı Almanyalı hekimlere destek olmuştur. Şüpheliye, sanığa ve mahkûma zorla müdahalede bulunulamayacağını savunmuşlardır<sup>93</sup>. Günümüzde de hekimler arasında devam etmekte olan bir tartışma olmasına rağmen, beden muayenesinin kanundaki yeri ve sınırları net olarak belirlenmiştir. Beden muayenesinin insan onuruna yaraşır, acı çektirmeden ve küçük düşürmeden yapılması gerektiği de yasal düzenlemeler ile güvenceye alınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 147. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen eylemle ilgili olarak açıklamada bulunmayabileceğinin öngörülmüş olması ile sanık veya şüphelinin susma hakkı kabul edilmiştir. Yine Anayasa’nın 38. maddesindeki, “*hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” düzenlemesi ile sanık veya şüphelilerin kendileri aleyhine delil toplamaya mecbur kılınamayacakları hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeler doğrultusunda, şüpheli veya sanığın vücudunun incelenmesine ve örnekler alınmasına katlanmaya mecbur olup olmadığı, rıza

---

<sup>93</sup> Britanya Tabipler Odası, İhanete Uğrayan Tıp - Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Katılımı Üzerine Bir Çalışma Grubu Raporu, Cep Kitapları, İstanbul, 1996, s. 149.

göstermeme halinde bu işlemlerin yapılmasının susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüş, şüphelinin veya sanığın susma hakkının yalnızca kendisine ve yüklenen eyleme ilişkin olduğunu savunur. Kişi, iradesi baskı altına alınarak, kendi beyanıyla kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Böylece, şüpheli veya sanığın susma hakkını kullandığı gerekçesiyle, beden muayenesi işlemini reddetmesi kabul edilmez<sup>94</sup>. Beden muayenesi ve bedenden örnek alma sürecinde, kişiye bir suçlamada bulunulduğundan ve kişiden açıklama beklendiğinden söz edilemez. Bunun yanında, muayene ve örnek alma, işkenceyi önlemek için kullanılan en hayati araçlardır. Basit müdahaleler sonucunda kolaylıkla maddi gerçeğe ulaşılabilir. Tedbiri kabulde zorunluluk bulunmaktadır<sup>95</sup>.

Bir diğer görüşe göreyse, zorla muayenenin amacı ne olursa olsun ve ne fayda sağlarsa sağlasın hekimlik mesleğinin ruhuna aykırı olduğu ve kişinin sağlığının tehlikeye sokulmadan yapılmasının çoğu kez teknik olarak mümkün olmadığı gözetilmelidir. Zorla muayenede sağlığı tehlikeye sokacak durumların ortaya çıkabileceği, ayrıca ilgilinin rızası dışında genital muayenenin yapılmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>96</sup>. Kişinin istemi dışında muayeneye zorlanması veya bedeninden örnek alınmaya çalışılması etik sorunlar ile birlikte teknik birçok güçlüğü de ortaya çıkaracaktır. Kişinin zorla masaya yatırılması, kollarının tutulması, genital muayene yönünden bacaklarının zorla açılarak jinekolojik muayene masasına oturtularak muayene edilmesi mümkün değildir. Kendi rızası ile muayene masasına yatmış bir hastanın kendisini sıkması, bırakmaması durumunda bu kişinin muayenesi bile mümkün değilken, zorla muayene masasına yatırılmış hastanın muayene edilmesi hiç olanaklı olmayacaktır. Bu durumda kişiye zorla anestezi vermek seçeneği gündeme gelmektedir. Normal şartlarda bile ameliyatta verilecek anestezi için sıkı bir muayene işlemi yapılmakta, kişinin anestezi alabileceğine karar verildikten sonra

<sup>94</sup> KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2000; YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, s.160-161.

<sup>95</sup> ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Ruhan Mustafa, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.575,576. Benzer görüş için bkz. KARAKEHYA, s.414.

<sup>96</sup> ÇETİN, Gürsel, Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, s.57- 59.

tıbbi müdahale yapılmaktadır. Anestezinin başlı başına ölüme bile neden olabilecek tehlike taşıdığı da dikkate alındığında, “*kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi*” ilkesinin ihlal edileceği açıktır<sup>97</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin konuya ilişkin olarak kendilerine bilgi verilmesine ve muayene ya da örnek alma konusunda tüm koşulların gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, bu işlemin yapılmasına rıza göstermemeleri halinde, ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca muayene yapılması veya vücuttan örnek alınması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir (Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 18/1)<sup>98</sup>. ‘Gerekli önlemler’ tabiri ile rıza verilmemesine rağmen bu işlemleri mümkün kılacak önlemler kastedilmektedir. Beden Muayenesi Yönetmeliği’ne göre, rıza bulunmasa da muayene yapılabilir ve örnek alınabilir. Kişi, zor kullanılarak muayenenin yapılacağı yere getirilebilir, kıyafetleri çıkartılabilir, muayene masasına yatırılabilir ve elleri tutulabilir. Kişiye zor uygulanmasını gerektiren bu düzenlemenin yönetmelikte yer alması hukuk devleti ilkelerine aykırıdır. Öte yandan, yasada yer almayan bir hususun yönetmelikle düzenlenmesi de yürütmenin yasama organı yerine geçmesi sonucunu doğurucu niteliktedir<sup>99</sup>.

Şüpheli veya sanığın, edilgen bir şekilde işlemlere katlanma yükümlülüğü olmasına karşın, aktif hareketleri ile adli makamlara yardımcı olma yükümlülüğü yoktur. Susma hakkı kapsamında suçla ilgili sorulara cevap vermeme hakkı bulunmaktadır. Hatta şüpheli veya sanığın hekim tarafından yöneltilen soruları yanıtlama yükümlülüğü de yoktur<sup>100</sup>.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 11.03.2013 tarih, 2011/5356 Esas ve 2013/6985 Karar sayılı kararıyla, “...*incelenen dosyada mahkeme yazısında kan örneği alınması*

---

<sup>97</sup> ÇETİN, Gürsel, Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Eleştirisi Hukuk Dergisi, Sayı, 6-7, Ekim, 2005, s.27 - 28.

<sup>98</sup> (Erişim, 12 Eylül 2018), [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/um\\_cmuk\\_bedenmuayenesivegenetik.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/um_cmuk_bedenmuayenesivegenetik.pdf)

<sup>99</sup> CENTEL; ZAFER, a.g.e, s.292.

<sup>100</sup> ZAFER, a.g.m., s.197.

*için davalının rızasının alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmiş ise de yazı gereğini yerine getirmekle yükümlü bulunan C. Başsavcılığınca doku örneğinin zorla alınabilmesi için gereken önlemlerin de alınmamış bulunması karşısında, ilgilinin rızasının bulunmaması nedeniyle sağlığı bakımından tehlike oluşturmadan doku örneği alamayan adli tıp uzmanı sanığın eyleminin ihmali davranışla görevi kullanma suçunun oluşturmayacağı...” gerekçesiyle kişinin rızası olmadığı için doku örneği alma işlemi gerçekleştirilmeyen adli tıp uzmanı sanığın beraatine karar veren yerel mahkeme kararı onanmıştır<sup>101</sup>.*

Rızanın yokluğuna rağmen, suçun aydınlatılması amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesinin hukuka uygun olması için, mahkeme veya hâkim kararına dayanması, hekim tarafından yapılması, sanık veya şüphelinin sağlığının öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürülmemesi gerekmektedir. Sağlığa zarar verme ihtimali bulunan müdahalelerde, hukuki açıdan hak ihlallerinin olmaması için orantılılık ilkesi gözetilerek hareket edilmelidir.

## **6.9. Muayeneyi Yapacak Kişi**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.”* Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 4/2. maddesine göre ise şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi sadece hekim tarafından yapılabilir. CMK'de ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde muayeneyi yapacak tabibin uzman olması şart koşulmamıştır. Diğer sağlık görevlilerinin hekim gözetimi olmaksızın iç beden muayenesi gerçekleştirmeleri yönetmelik ile sınırlandırılmıştır. Cerrahi müdahale ile vücuttan parça alma işlemi hekim tarafından yerine getirilir ve başka yollarla delil elde etme olanağı yoksa bu yola başvurulabilir.<sup>102</sup> Ayrıca aynı Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.”* Dış

<sup>101</sup> HIZAL, Abdullah, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Sağlık Hukuku Dergisi, Sayı 2, Yıl 1, Nisan-Mayıs-Haziran, 2014, s. 20.

<sup>102</sup> ATEŞ, Turan, Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitapevi, 3.Baskı, İstanbul, 2012, s.187.



muayene kapsamında görülen, girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleriyle yapılan değerlendirmeler sadece hekim tarafından ya da hekimin gözetiminde diğer sağlık görevlileri tarafından yapılabilir<sup>103</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.2019 tarihli B.P.O. kararına konu olayda, başvuru, gözaltında tutulduğu sırada, tuvalet ihtiyacı olduğunu kolluk görevlisine iletmış; bu konuda kendisine izin verilen kişinin beden boşluğunda suç konusu başka maddeler de bulunabileceği şüphesi ile bir kadın polis memuru da kişiye refakat etmiştir. Kolluk görevlisi eldiven takarak, kişiden ayağa kalkıp pantolonunu çıkarmasını ve ellerini lavaboya dayayarak bacaklarını açmasını talep etmiştir. Görevli, bu şekilde duran başvuru kişinin cinsel organına elini sokarak içeriğini yoklamıştır. Bu arama işlemi sonucunda kişinin cinsel organında uyuşturucu sakladığı tespit edilmiştir. Vajinada balon içinde saklanan uyuşturucu dosyaya delil olarak sunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, kolluk görevlisi tarafından genital bölgede yapılan bu arama işleminin Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali olduğunu kabul etmiştir. Kişinin cinsel organında yapılan arama işleminin iç beden muayenesi olduğu, CMK'nın 75/3. maddesi gereğince iç beden muayenesinin sadece tabip ya da sağlık mensubu tarafından yapılabileceğini, kolluk görevlisinin suç maddesi elde etmiş olsa da yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır.

Hekimin doğru tespite ulaşabilmesi ve delillerin hukuka uygun bir şekilde toplanabilmesi için muayene işlemi kadar önemli olan bir diğer konu da hekimin mağdur, şüpheli ve sanıkla baş başa kalması, öykülerini dinlemesi, gerekli gördüğü soruları yalnız oldukları bir ortamda sorabilmesidir<sup>104</sup>. Hekim muayene işlemini gerçekleştirirken kolluk mensubu kişilerin işlem sırasında muayene odasında olması kişi üzerinde baskı oluşturabilir ve bu durum hedeflenen neticenin elde edilmesine engel olur.

---

<sup>103</sup> YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları, Bilgisayar Verileri ve Vücutun Muayenesi, Kamu Hukuku Bülteni, Şubat,1990, s.4.

<sup>104</sup> SEVÜK, a.g.m., s.95.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 77. maddesine göre; *“kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.”* Bu düzenlemenin amacı kadının utanma duygusunu rencide etmemektir. Bu tedbire maruz kalan bir kadın ise, bu hassasiyete daha çok dikkat edilmelidir. Ancak CMK'nın 77. maddesi bir zorunluluk hali olarak öngörülmemiştir. Eğer kadın hekim yoksa kadının muayenesi erkek hekim tarafından yapılacaktır.

CMK'nın 77. maddesinin düzenlenmesi sırasında TBBM Adalet Komisyonu'ndaki 15.11.2004 tarihli görüşmelerde milletvekili Canan Arıtman tarafından mevcut düzenlemeye aykırı görüşler dile getirilmiştir. Milletvekili tarafından, kadının muayenesinin özel olarak 77. madde başlığı altında düzenlenmesinin cinsiyet ayrımcılığı olduğu dile getirilmiş ve bu konu madde görüşmeleri sırasında tartışılmıştır. Arıtman tarafından, bu düzenlemenin ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen 'eşitlik' prensibine de ayrıca aykırılık teşkil ettiği savunulmuştur. Ayrıca bu tarz özel bir düzenlemenin hem hekimlik mesleğine karşı hem de şüpheli veya sanık sıfatını taşıyan kişiye karşı çift taraflı cinsiyet ayrımcılığı anlamına geleceğini belirtmiştir. Düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesinde bulunan “eşitlik” prensibine uygun olmadığı, bahsi geçen muayene işleminin tıbbi muayene olduğu, bu sebeple bu işlemin polisin ya da başka bir görevlinin gerçekleştirdiği üst araması olmadığı, tıp eğitimi görmüş ve tıp etiği kurallarına hakim bir kişinin gerçekleştireceği muayene işlemi olduğu belirtilmiştir. Tıp etiği gereklerine uygun davranan birinin, karşısındaki insana cinsiyetine göre değil, hasta bir kişiye yaklaştığı şekilde bakacağı ve bu sebeple bu şekilde özel bir düzenleme yapmanın hekimlik mesleğinin saygınlığına aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Sanık ya da şüpheliye bu şekilde bir hakkın verilmesiyle, ilerleyen süreçlerde normal vatandaşların da bu haktan faydalanmak isteyebilecekleri, bu durumun da uygulamada 'kadına kadın, erkeğe erkek doktor tıbbi müdahalede bulunur' anlayışını doğurabileceği, bu halin de laiklikle bağdaşmayan bir anlayış yaratabileceği ileri sürülmüştür.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, s.306.

Bekir BOZDAĞ ise, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesiyle; kadın erkek eşitliğini eylemli olarak sağlamak için sözleşmeye taraf devletler tarafından alınan geçici ve özel önlemlerin sözleşmede öngörülen türden ayrımcılık şeklinde değerlendirilmeyeceğini ve bunun hiçbir şekilde eşitsizlik anlamına gelmeyeceğini ve daha farklı uygulamaların korunması sonucunu doğurmayacağını vurgulamıştır<sup>106</sup>.

Dönemin Adalet Bakanı Cemil ÇİÇEK aynı görüşmeler sırasında, kadının bedeninin bir kadın hekim tarafından muayene edilmesinin yasal bir mecburiyet olmadığını, bunun sadece kadına seçimlik bir hak olarak tanındığını, talebi durumunda bu şekilde ayrıcalıktan faydalanabileceği ortamın sağlandığını, bu hususun toplumsal yapıya uygun bir tercih hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>107</sup>.

Cemil ÇİÇEK, Alman Usul Yasası'nda kadının muayenesinin utanma duygusunu rencide etmesi durumunda, muayenenin bir kadın ya da hekim tarafından yapılacağını, muayene esnasında kadının talebi doğrultusunda bir kadının veya yakınının muayene odasında bulunmasına izin verileceğini belirtmiştir. Çiçek'e göre, Avusturya Ceza Muhakemesi Yasası'nın 133. maddesinde, kadının bedeninin muayenesinin gerekmesi durumunda bir kadın hekim görevlendirileceği düzenlenmiştir. Çiçek, görüşmeler sırasında, Birleşmiş Milletler'in gözetiminde veya hapisteki kişilerin korunmasına ilişkin ilkelerinden söz etmiş, başta hamile ve bebekli kadınlar olmak üzere kadınların, çocukların, yaşlıların, hasta ya da engellilerin sadece haklarını ve özel durumlarını gözetmek amacıyla hukuka uygun olarak alınan ve uygulanan tedbirlerin ayrımcılık sayılmayacağını belirtmiştir. Çiçek'e göre, CMK'nın 77. maddesindeki bu düzenleme kadını korumak amacıyla hukuka uygun olarak alınmış bir tedbir niteliğindedir.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, a.g.e., s.345.

<sup>107</sup> Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, a.g.e., s.306.

<sup>108</sup> Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, a.g.e., s.320-323.

CMK'da yer alan bu düzenleme bakımından ele alınması gereken konulardan biri, söz konusu maddenin kapsamına ilişkindir. Maddede genel bir ifadeyle ‘kadının muayenesinden’ bahsedilmiş olduğu için sanık, şüpheli, mağdur veya diğer kişi sıfatını haiz her kadın açısından hüküm uygulama alanı bulabilmelidir.<sup>109</sup>

## 7. DİĞER KİŞİLERİN MUAYENESİ

### 7.1. Muayene Şartları

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 76. maddesinde, şüpheli veya sanık dışındaki diğer şahısların beden muayenesi ve vücutlarından örnek elde edilmesi düzenlenmiştir. Maddede, “...bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla mağdurun vücudu üzerinde iç ve dış beden muayenesi yapılabilmesi veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi...” kurala bağlanmıştır. Ayrıca maddenin 3. fıkrası ile, çocuğun soy bağının belirlenmesine ihtiyaç duyulan hallerde de 76/1. maddenin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, CMK’nın 76. maddesi, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınmasına dair hükümden farklı olarak, iç ve dış beden muayenesini bir arada düzenlemiştir.

Mağdurun iç beden muayenesinde öncelikle muayeneye rıza alınır, sonrasında hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgi edinilir. Kadın mağdurla ilgili olarak cinsel tıbbi geçmiş bilgisi de alınır. Mağdurun hal ve tavırları, giyim biçimi, varsa makyajı hekim tarafından gözlenir, sonrasında kıyafetler çıkarılarak incelenir. Daha sonra, tüm vücut tam bir tıbbi muayeneden geçirilir. Vücuttaki eski ve yeni yaralar, konumları, boyutları ve bütün bulgular tanımlanır ve kaydedilir. Genital bölge

---

<sup>109</sup> NUHOĞLU, Ayşe, “Beden Muayenesi, YÜHFD – Özel Sayı: Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 334.

muayene edilir. Vücutta bulunan kan, idrar, tükürük, kıl, deri ve tırnak kalıntılarında örnekler alınır.<sup>110</sup>

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması için, öncelikle isnat edilen suçla ilgili delil toplama amacı olmalıdır. Hakim, mahkeme veya geçikmesinde sakınca bulunun haller kapsamında savcı kararı olmalıdır. Ancak mağdurun rızasının olması halinde bir karar alınmasına gerek yoktur. Geçerli bir rızadan bahsedebilmek edebilmek için rızanın ilgilinin serbest iradesine dayanması ve rıza göstermeme hakkının ilgiliye bildirilmiş olması gerekir. Böylelikle, mağdurun rızası, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınması gereğini ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>111</sup>.

Yasa yapıcı mağdurun beden muayenesine rıza göstermesi veya göstermemesi hallerinde nasıl hareket edileceğini CMK'nın 76. maddesi ile düzenlemiştir. CMK'nın 76/1. maddesi ile mağdurun rızasının olmaması hali düzenlenmiştir. Mağdurun beden muayenesine rızası olmadığına “...Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.” Yetkili mercii kararı doğrultusunda muayene işlemi gerçekleştirilir. CMK'nın 76. maddesinin 2. fıkrası ise mağdurun muayeneye rıza göstermesi durumunda birinci fıkranın uygulanmasına gerek olmadığını hüküm altına almıştır. Bu noktada, CMK'nın 75. maddesinden farklı olan önemli bir hususa dikkat çekmek gerekir. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi işlemini düzenleyen CMK'nın 75. maddesinde muayeneye, “...Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebil(eceği)...” belirtilmişken, CMK'nın 76. maddesinde şüpheli ya da sanığın istemiyle mağdurun beden muayenesinin yapılabilmesi hali düzenlenmemiştir. CMK'nın 75/1.

---

<sup>110</sup> PAUL, a.g.m., s.157.

<sup>111</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet; GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 2.Bası, Ankara 2013,s.49.

maddesinde mağdura, lehine olan delillerin toplanması hakkı açıkça tanındığı halde, CMK'nın 76/1. maddesinde şüpheli ya da sanığa bu hak tanınmamıştır. Kanaatimizce bu durum failin kendisini aklama hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Aynı durum, CMK'nın 147/1-f maddesindeki, şüphelinin kuşkudan kurtulması için delil toplanmasını isteme hakkı ile aleyhine olan şüphe sebeplerini giderme ve lehine olan noktaları ileri sürme hakkını düzenleyen hüküm ile de çelişmektedir.

Uygulamada sorun olan bir diğer tartışmalı durum ise suçun mağdurunun muayene olmak istememesi durumudur. Bu hallerde önemli ve tartışmaya açık olan bir diğer konu ise hekimin ne yapması gerektiğidir. Bir suçun mağduru olan, fiziksel ve ruhsal anlamda zarara uğramış kişinin iradesini dikkate almak mı yoksa salt yetkili merci kararına uygun işlem yapmak mı gerekir? Uygulamada bu çelişkiler halen tartışılmakta olup mağdurun rızası doğrultusunda davranan, yetkili merci kararına aykırı davranan hekimler hakkında görevi kötüye kullanma suçlamasıyla soruşturma/kovuşturma başlatılabilmektedir.

Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/477 E., 2016/569 K<sup>112</sup>. sayılı kararına konu olan olayda, mağdurun ifadesi avukat ve psikolog eşliğinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınmıştır. Mağdurun 19/07/2013 tarihinde alınan ifadesinde olayı anlattığı, anal ve oral yoldan herhangi bir cinsel istismara uğramadığını belirttiği, sanığın kendisinin sırtına boşaldığını, kendisinin bakire olduğunu bildiğini bu nedenlerle iç ve dış beden muayenesinin yapılmasına rızasının olmadığını bildirmiştir. Buna rağmen Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemiyle Babaeski Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.07.2013 tarih ve 2013/288 değişik iş sayılı kararı ile mağdurun bedeni üzerinde dış ve iç beden muayenesi yapılmasına, gerekli tetkiklerin gerçekleştirilmesine, mağdurun sağlığı için tehlike doğurmamak ve cerrahi bir müdahale gerçekleştirmemek şartıyla CMK'nın 76. maddesi çerçevesinde izin verilmesine, CMK'nın 77. maddesi gereğince muayenenin mağdurun istemi halinde ve olanaklar el verdiğince bir kadın hekim tarafından yapılmasına karar

---

<sup>112</sup> Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/477 E., 2016/569 K.. sayılı kararı. (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 28 Haziran 2019.

verilmiştir. Babaeski Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen fezlekedede mağdurun iç beden muayenesinin yapılmasına izin vermediği ifade edilmiştir. Kırklareli Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2013/2364 esas sayılı 18.12.2013 tarihli iddianamesi ile sanık hakkında Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarına Teşebbüs, Cinsel Amaçla Çocuğa Karşı Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma suçlarından kamu davası açılmıştır. İddianamede de, mağdurun iç beden muayenesine izin vermediği belirtilmiştir. Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014/2 esas sayılı dosyası ile başlayan yargılamada Mahkeme, kovuşturma sürecinde mağdurun bakire olup olmadığı hususunun sanığın savunmalarını kanıtlayıcı nitelikte mutlak bir delil olduğuna ve bu hususun tespitinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. Mağdurun, bakire olup olmadığının tespiti için Trakya Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'na kolluk vasıtasıyla sevk edilmesine ve bu konuda rapor düzenlemesinin istenmesine, hazırlık aşamasında mahkeme kararıyla aynı konuda aynı birimden rapor istendiği halde hekimlerin kararın gereğini yapmadıkları, bu kez de rapor düzenlememeleri halinde ilgili birimin tüm görevlileri hakkında derhal suç duyurusunda bulunulacağına müzekkerede belirtilmesine karar vermiştir.

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanlığı Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı tarafından mağdurun muayene olmak istememesi nedeniyle muayene işleminin gerçekleştirilemediğine dair Mahkemeye yazı yazılması üzerine, Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi muayeneyi yapmayan hekimler hakkında suç duyurusunda bulunmuştur

Hekimler hakkında Görevi Kötüye Kullanma suçlamasıyla Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi'ne kamu davası açılmış ve 2016/477 E. numaralı dosya ile yargılama başlamıştır. Yargılanan hekimler, hastanın yapılacak muayene işlemi ile ilgili olarak aydınlatıldığını, iç beden muayenesinin genital muayeneyi de kapsadığını, hastanın anlatılanları anladığını ve muayene olmak istemediğini, hatta kendilerine muayene edilmek istemediğini mahkemede de belirttiğini, buna rağmen neden muayeneye gönderildiğini anlamayamadıklarını söylemişlerdir. Sanık hekimler, hastanın ailesinin de aydınlatıldığını, onların da muayene işlemine rızalarının olmaması üzerine, anlama ve algılama kuvveti yerinde olan hastanın

bedeni ve geleceği hakkında sağlıklı kararlar verebilecek durumda olması, talep edilen muayeneyi reddetmesi nedeniyle muayenenin yapılamadığını ileri sürmüşlerdir. Sanıklar, tıbbi müdahalelerin hekimlik meslek etik kuralları çerçevesinde, tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla, kişinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak yapılacağını, bunun en temel muayene yöntemi olduğunu, hastanın hür ve aydınlatılmış rızası alındıktan sonra tıbbi müdahalede bulunulabileceğini belirterek, muayeneyi kabul etmeyen mağdurun ellerinin ve ayaklarının tutularak, zorla genital muayeneye maruz kılınmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında onur kırıcı davranış olması sebebiyle mağdurun genital muayene işleminin yapılmadığını savunmuşlardır. Sanık hekimler ayrıca tıbbi zorunluluk halleri ve yasada yazılı durumlar haricinde kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını, hastanın aydınlatılmış rızası olmadan hiçbir tıbbi müdahale işleminin yapılamayacağını dile getirmişlerdir.

Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi 2016/477 E., 2016/569 K. sayılı kararıyla, hekimlerin savunmalarında belirttikleri hususları dikkate alarak suçun yasal unsurunun oluşmadığı gerekçesi ile sanık hekimler hakkında beraat kararı vermiştir.

Kanaatimizce, dava konusu olayda hekimler, meslek etik kuralları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'ya uygun hareket etmişlerdir. Zira yaşanan olayda mağdur, sanığın kendisinin yalnızca sırtına boşaldığını açıkça beyan ve kabul etmiştir. Anal ve oral yoldan herhangi bir cinsel istismara uğramadığını yargılamanın her aşamasında dile getirmiştir. Buna rağmen suçun mağduru çocuğun ısrarla genital muayene edilmeye çalışılması kabul edilir değildir. Sanığın anal ve oral yollardan cinsel saldırı eylemi ile yargılandığı başkaca delilin bulunmadığı hallerde genital muayene işleminin kesinlikle yapılması gerektiği hususu anlaşılabilirse de, -ki bizce eğer mağdur muayene olmak istemiyorsa 'şüpheden sanık yararlanır' ilkesi çerçevesinde hareket edilmeli ve mağdur genital muayeneye zorlanmamalı- böyle bir olayda mağdurun beyanının aksine hareket anlaşılır değildir.

CMK'nın 76. maddesinde, muayenenin yapılabilmesi için kişinin sağlığını tehlikeye sokmamak ve cerrahî bir müdahale gerçekleştirmemek koşulu aranmıştır.



Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan orantılılık ilkesinin gereğidir. İşlemlerin, sanık veya şüphelinin beden muayenesinin gerçekleştirilmesinde olduğu gibi, tabip tarafından yapılması gerekmektedir. Ayrıca yüklenen suçun cezasının belli bir sınırın üstünde olması koşulu da, mağdur ve diğer kişiler yönünden aranmamıştır. Diğer kişilerin muayenesi tüm suçlar yönünden mümkündür.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan şahıslar, muayeneye ya da vücuttan örnek alınmasına izin vermeyebilirler. Bu hak müdahaleden önce kişiye hatırlatılmalıdır. Çocuk veya zeka engelli kişinin tanıklığın hukuksal anlam ve neticelerini algılayabilecek durumda olması halinde, onun da fikri alınarak, çekinme konusunda yasal temsilcisi karar verir<sup>113</sup>.

## **7.2. Delil Elde Etme Amacı**

Koruma tedbirlerinden biri olan beden muayenesi, suçun aydınlatılması ve maddi gerçeğe ulaşma amacıyla yapılır. Sanık ya da şüphelinin yakalanmadan tüm delilleri yok ettiği durumlarda, mağdur ve diğer kişiler üzerinde kalmış delillerin toplanması soruşturmanın sonuçlandırılması için önemlidir. Yukarıda ‘Beden Muayenesi Tedbirinin Amaçları’ başlığı altında delil elde etme amacına ayrıntılı şekilde değinildiği gözetilerek ve diğer kişilerin beden muayenesinde de bu amaçın güdüldüğü dikkate alınarak, burada o bölüme atıfla yetinilmiş, tekrara girilmemiştir.

## **7.3. Çocuğun Soy Bağının Araştırılması**

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 76/3. maddesine göre, “*Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.*” Beden Muayenesi Yönetmeliği’nin ‘Soy Bağının Araştırılması’ başlıklı 9. maddesinde, soy bağının araştırılmasına ihtiyaç duyulması halinde, bu incelemenin yapılabilmesi için aynı Yönetmeliğin, ‘diğer kişilerin beden muayenesi’ ve ‘diğer kişilerin vücudundan örnek alınması’

---

<sup>113</sup> ZAFER, a.g.m., s.196.

hususlarını düzenleyen 7. ve 8. maddelerine göre karar alınması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, soy bağına ilişkin muayene de, ‘diğer kişilerin muayenesiyle’ aynı hukuksal statüye tabi kılınmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, yalnızca mevcut bir ceza yargılaması sırasında söz konusu tespiti ihtiyaç olması halinde soy bağına araştırılması tedbirine başvurulabilir. Bir suç konusu olmayan uyuşmazlıklarda bu koruma tedbirine başvurulamaz. Örneğin, bir suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak alt soy – üst soy ilişkisinin aranmakta olduğu durumlarda söz konusu ilişkinin ortaya konulması gereken hallerde veya çocuğun bir cinsel saldırı suçu sonucunda doğduğu şüphesinin mevcut olduğu hallerde soy bağına araştırılmasına gidilebilir.

Suç soruşturma ya da kovuşturmasının söz konusu olmadığı durumlarda, hukuk mahkemelerinin görev ve yetki alanlarına giren uyuşmazlıklar hukuk yargılamaları kurallarına göre çözümlenmelidir.<sup>114</sup>

TMK’nın 284. maddesinde, soy bağına ilişkin davalarda hakimin maddi olguları kendiliğinden araştıracağı ve delilleri serbestçe taktir edeceği öngörülmüştür. Aynı maddede, taraflar ve üçüncü kişilerin, soy bağına belirlenmesi için zorunluluk taşıyan ve sağlıkları açısından tehlike oluşturmayan araştırma ve incelemelere onay vermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Davalının, yargıcın karar verdiği araştırma ve incelemeye onay vermemesi durumunda, hakim, durum ve koşullara göre bu araştırma ve incelemeden beklenen sonucu davalı aleyhine doğmuş sayabilecektir.

Böylece, hukuk davalarını ilgilendiren soy bağına araştırmalarında da, etik ilkelere uygun olarak ‘sağlık yönünden tehlike yaratmama’ koşulu gözetilmiş olmaktadır. Ceza soruşturma ya da kovuşturmasından farklı olarak, hukuk mahkemesinde soy bağına araştırılması kapsamında hakim tarafından öngörülen araştırma ve incelemeye rıza göstermeyen davalının aleyhine sonuç çıkarılabileceği

---

<sup>114</sup> DONAY, Sühely, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, s. 134; TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku”, s. 1034.

düzenlenmiştir. Soruşturma ya da kovuşturma tedbirleri kapsamında gerçekleştirilmesi gereken soy bağı araştırmasına rıza göstermeyen kişi hakkında ise aleyhe sonuç çıkarılamayacak, eldeki diğer kanıtlar dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

#### 7.4. Orantılılık İlkesi

Delil toplanması amacıyla diğer kişilerin beden muayenesine karar verilirken de orantılılık ilkesi gözetilmelidir. Sanık ve şüphelide olduğu gibi mağdur yönünden de, beden muayenesi ile kişinin sağlığına zarar verme ihtimali varsa muayene uygulanmasından vazgeçilmelidir. Doktrinde bir görüşe göre, ‘kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi’ hukuksal bir terim olmadığından, bu terim hukuksal olarak değerlendirilmemelidir. Bu görüş, bu hallerde yargıç veya savcının, bir hekim ya da sağlık personelinin konu ile ilgili görüşüne başvurması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>115</sup>.

Bizce de, ‘kişinin sağlığı açısından tehlike olasılığı’ tıbbi yönden değerlendirilmelidir. Kişiyi muayeneye gönderecek hakim veya savcı, muayene işleminin sağlığa zarar verme ihtimali konusunda bir uzman görüşü almalıdır. Uzman görüşü doğrultusunda muayene kararı alınıp alınmayacağına karar verilmelidir. Özellikle suç mağduru yönünden bu sürecin hassasiyetle yürütülmesi gerekmektedir. Zira eylemin travmasını yaşayan kişinin doğrudan muayene gönderilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Yine sanık ya da şüphelinin yaşı, psikolojik özel durumu gibi hususların da değerlendirilmesi yönünden bir uzman görüşüne başvurulması kişilerin sağlığına zarar vermeme ilkesi gereğidir.

Orantılılık ve ölçülülük ilkelerini yukarıda ayrıntılı olarak inceledik. Kriminalistiğin (iz bilim) gelişmesi ile birlikte maddi gerçeğe ulaşırken delil elde etme maksadıyla şüpheli, sanık ve hatta mağdur üzerinde yapılan inceleme ve işlemlerin bu kişilerin temel hak ve özgürlüklerine en az müdahaleyle yapıldığını

---

<sup>115</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s. 513.

söylemek mümkündür. Bu nedenle de suçun aydınlatılmasında beden muayenesi tedbirine uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır<sup>116</sup>. Sanık ve şüpheli yönünden beden muayenesine karar verilirken nasıl orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekiyorsa aynı özen ve dikkatin mağdur veya üçüncü kişiler yönünden de gözetilmesi gerekmektedir.

---

<sup>116</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ;TEPE, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, s.513.

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENİTAL MUAYENE SUÇU

#### 1. GİRİŞ

##### 1.1. Genel Olarak

Bekaret kavramı tarih sahnesine Orta Çağ'da çıkmış ve toplumsal düzen tarafından değer atfedilmiştir. Ayrıca bu dönemde Batı Avrupa'da bekaretin sınanması ve ortaya çıkarılması çabaları da yoğunlaşmıştır, çünkü feodal çağda kadının bekareti, namus unsuru olarak toplumun işleyişinde esaslı bir yer edinmiştir<sup>117</sup>. Bekaret kavramı daha sonraki tarihsel süreçte de önemli olmuştur. Birçok farklı toplum bu kavram ile birtakım sonuçlara ulaşmayı hedeflemiştir.

Bekaret, 1970'lerin sonlarına doğru Britanya'da idari bir işlemde oldukça ilginç bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Britanya vatandaşı olan ve Britanya'da nişanlı olduğu gerekçesiyle bu ülkeye havaalanına gelen genç kadınların ifadelerinin doğruluğunu ortaya çıkarmak için bu kadınların bakire olup olmadıkları denetlenmiştir. Kontrol sonucunda bakire olmadığı tespit edilen kadınların, nişanlı olmadığı kabul edilmiş ve bu kadınlar Britanya'ya alınmamıştır. Bu kadınların Birleşik Krallığa girmek için sahte bir gerekçe ileri sürdükleri varsayımı ile hareket edilmiştir. Daha sonra basına yansıyan bu olayın tepki çekmesi sebebi ile uygulama hükümet talimatı ile durdurulmuştur<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> KELLY, Coyne Kathleen, *Performing Virginty And Testing Chastity In Middle Ages*, London: Routledge, 2000, s.2-7-8.

<sup>118</sup> Britanya Tabipler Odası, *İhanete Uğrayan Tıp*, İstanbul, 1996, Cep Kitapları, s. 152.

Bekaret, dünyada hala, özellikle ataerkil yapıya sahip birçok toplum için oldukça önemli bir kavramdır. Türk toplumu için de hala değerini korumakta ve kadının namus unsuru olarak görülmektedir<sup>119</sup>.

Türk toplumunun geleneksel aile yapısı, klasik ataerkil aile yapısıyla benzerlik göstermekte ve bu yapı, aile içinde kadına yönelik egemenlik ve kontrol şeklinde görünüm kazanmaktadır<sup>120</sup>. Bu egemenlik ile birlikte kadınlar üzerinde cinsel baskılar kurulmaktadır<sup>121</sup>. Bekaret kavramına biçilen değer ve atfedilen anlam sebebi ile genç kadınlara ebeveynleri, kocaları, nişanlıları, okul, yurt yöneticileri ve öğretmenleri tarafından bekaret kontrolü yaptırılmıştır. Birçok genç kadın, hatta kız çocukları zaman zaman bu uygulamalara katlanmak zorunda kalmışlardır. Bu kontroller de, çoğu zaman bu tür muamelelere maruz kalan kişilerin onurunu kırıcı bir uygulama olarak toplumda yer edinmiştir<sup>122</sup>. Bu uygulamanın genç kadınlar üzerinde olumsuz etki yaratması ve eleştirilmesi sebebi ile mevcut Türk Ceza Kanunu'nda<sup>123</sup> belirlenen koşullar haricinde yaptırılan genital muayene işlemleri suç olarak kabul edilmiştir.

Bilindiği üzere mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda genital muayene suçu veya benzeri bir suç tipi bulunmamakta idi. Bu eylem suç olarak 5237 sayılı TCK'nın 287. maddesiyle mevzuatımızda düzenlenmiştir olmaktadır<sup>124</sup>. 5237 sayılı TCK'da bu konuda düzenleme yapılmasının sebebi, 765 sayılı TCK<sup>125</sup> zamanında sıkça karşılaşılan ve genç kadınların yatılı okul ya da yurt müdürleri veya aileleri tarafından "bekâret kontrolü" veya "kızlık zarı kontrolü"<sup>126</sup> adı altında, insan

---

<sup>119</sup> YILMAZ, Selin, Sosyokültürel, Hukuki Ve Tıbbi Bağlamda "Bekâret" Kavramı, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2013, s.172.

<sup>120</sup> DEDEOĞLU, Saniye, Sindrella'nın Pazara Yolculuğu Toplumsal Cinsiyet Rollerini, Aile ve Kadının İşgücüne Katılımı üzerine Deneme, Neoliberalizmin Tahribatı, İstanbul, 2004, Metis Yay. s.259.

<sup>121</sup> BENAZUS, Hanri, Geçmişten Günümüze Kadınlar ve Kadınlarımız İstanbul, 2008, s.43.

<sup>122</sup> ÇAKMUT, YENERER, Özlem, Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul, s. 49.

<sup>123</sup> R.G. 12.10.2004 tarih, 5237 sayılı.

<sup>124</sup> NUHOĞLU, Ayşe, Genital Muayene Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21 (2019), s. 2988.

<sup>125</sup> R.G. 13.03.1926 tarih, 765 sayılı.

<sup>126</sup> Kızlık Zarı (Hymen): Cinsel ilişkide bulunmamış kızların döl yolunu kısmen kapayan zar, himen. (Erişim) [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), 22 Aralık 2018.

onurunu zedeleyici ve kişilik haklarını ihlal eden böyle bir kontrole maruz kalmalarıydı<sup>127</sup>. Bu uygulama aynı zamanda kişiliği özgürce oluşturma ve geliştirme hakkına ağır müdahale anlamına gelmekteydi<sup>128</sup>.

Genital muayene suçu 5237 sayılı TCK'da düzenlenmeden önce, zorla bekaret muayeneleriyle bağlantılı olaylarda intiharlar ve cinayetler yaşanmıştır<sup>129</sup>. Belirtelim ki mülga TCK döneminde, zikrettiğimiz bu olumsuzlukların yanı sıra mevzuatta sırf bekaret tespiti amacıyla hymen muayenesine izin veren hükümler bulunmaktaydı<sup>130</sup>. Bu dönemde cinsel suçlarla ilgili yargılamalarda bekaret muayenesi neredeyse zorunluydu. Diğer taraftan 1412 sayılı CMUK'da genital muayeneye ya da beden muayenesine dair açık bir hüküm bulunmamaktaydı<sup>131</sup>.

Vücudun muayenesi ve genital muayene, 5271 sayılı CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde açıkça düzenlendiğinden, yasal olmayan genital muayeneleri engellemek amacıyla 287. maddede düzenlenen suçla ilgili hüküm getirilmiştir<sup>132</sup>. Bu noktada yasa yapıcı 5237 sayılı TCK ile, genital muayene suçunu düzenlenmekle kadını kendi bedeninin tek hakimi olarak kabul etmeyi amaçlamıştır<sup>133</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki TCK'nin 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunun kapsamı, yalnızca bekâret kontrolleri ile ilgili olmayıp daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Genital muayene en geniş tanımıyla tıbbi olarak tüm üreme

---

<sup>127</sup> BEYAZIT, Özgür, Genital Muayene Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, s. 151; Nuhoğlu, s.1298

<sup>128</sup> TEZCAN, Durmuş; ERDEM, M. Ruhan; ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Özel Ceza Hukuku, 12. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.1112.

<sup>129</sup> ALKAN, Nevzat, "5737 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adliye Tıp Yönünden Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005, s. 161.

<sup>130</sup> 13.07.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin Örgün Eğitim Dışına Çıkarma başlıklı 41. maddesinin d bendinde, disiplin suçları arasında "Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" fiili düzenlenmişti. Böyle bir eylem yüklenen öğrencinin cinsel ilişkiye girip girmediğinin belirlenmesi amacıyla, müdürün talebiyle hymen muayenesi yapılmakta idi ( Nuhoğlu, Genital, s. 2988).

<sup>131</sup> NUHOĞLU, Genital, s. 2988.

<sup>132</sup> NUHOĞLU, Genital, s. 2988.

<sup>133</sup> DEDEOĞLU, Saniye; ELVEREN, Yavuz Adem, Introduction: Gender, Society and the Welfare State In Turkey, Gender and Society In Turkey, London ve New York, I.B Tauris, 2012, s.6.

organlarının muayenesidir<sup>134</sup>. Bu suçun mağduru, yalnızca kadınlar değil erkekler de olabilmektedir. Yasa yapıcı her çeşit genital muayene işlemini dikkate almıştır.

Muayene olanın rızası dışında ebeveynler, okul yöneticileri ve daha birçok kişinin talebi ile yapılan genital muayeneler, vücut dokunulmazlığını ihlalinin yanı sıra zorla muayene edilen kişilerde aşağılanma duygusuna veya olumsuz psikolojik etkilere neden olmalarına rağmen 765 Sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmediği için kanunilik ilkesi gereği cezalandırılmamaktaydı<sup>135</sup>.

Türk Ceza Hukuku tarihi açısından genital muayene kavramının uluslararası hukuk boyutu da bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda yapılan başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil edip etmediği yönüyle incelemiş ve Türkiye'ye aleyhine bazı kararlar vermiştir. Özetle değinmek gerekirse, Y.F/TÜRKİYE davasında,<sup>136</sup> terör örgütü PKK'ya 'yardım ve yataklık' suçunu işledikleri şüphesiyle 15 Ekim 1993 tarihinde eşiyile birlikte gözaltına alınan başvurucunun eşi, rızası olmadığı halde polis memurları tarafından genital muayeneye zorlanmış ve muayene esnasında polis memurları ile başvurucunun eşi arasında sadece bir perde bulunmuştur. Davalı Türkiye Devleti'nin savunması ise, başvurucunun ve eşinin muayeneye rıza gösterdiği yönündedir. Ayrıca davalı, gözaltındaki veya tutuklu kadınların genital muayenesinin, güvenlik güçleri aleyhine ileri sürülebilecek cinsel şiddet ve saldırı savlarını engellemek için gerekli olduğunu iddia etmiştir. Ancak AİHM, muayenenin tıbbi olarak zorunluluğunu ve kanunda belirlenen koşulların varlığını kanıtlamadığından ve talebin savcı tarafından yapılmamış olmasından dolayı, davalı Devlet'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu davada 3. maddede düzenlenen "işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya muamele" yasağı açısından inceleme yapmamıştır. Çünkü başvurucunun bu yönde bir iddia ve talebi

---

<sup>134</sup> (Erişim) <https://www.jinekolognet.com/hera-kadin-sagligi-merkezi.asp>, 15 Eylül 2018.

<sup>135</sup> DÜLGER, İbrahim, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 1260.

<sup>136</sup> 22.07.2003 –Başvuru No: 24209/94, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (Erişim) <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11801.htm>, 16 Eylül 2018.



olmamıştır. Görüldüğü üzere TCK'da düzenlenmeyen ve keyfi şekilde uygulanan genital muayene işlemi temel hakların ihlaline sebebiyet vermiş ve Türkiye'nin mahkum olmasına neden olmuştur.

## 1.2. Suçun Tanımı

Genital muayene suçu, 5237 sayılı TCK'da yeni bir suç şekli olarak yer almıştır. Bu düzenleme ile birlikte, hukuka aykırı olarak cinsel organlara yapılan tıbbi müdahaleler yasaklanmıştır. Genital muayene suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabında "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmın, "Adliye Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde "Genital Muayene" başlığı ile 287. maddede;

*"Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz."*

şeklinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Yasa yapıcı "genital muayeneye gönderme" ve "genital muayene yapma" biçiminde birbirinden ayrı iki eylemi suç olarak düzenlemiştir.

Bu aşamada kısaca değinmek gerekirse, suçun "Adliye Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında düzenlenmesi öğretide bir kısmı yazarlar<sup>137</sup> tarafından eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, bu suçun kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

---

<sup>137</sup> DÜLGER, s. 47 vd., ÜNVER, s. 361, HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 501, TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat, Ceza Özel Hukuku, 4. baskı, Ankara,2006, s. 895, YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu , Cilt 6, Ankara, 2010, s. 8104, BEYAZIT, a.g.e., s. 154 ve 164.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bağımsız bir suç tipi olarak TCK'da düzenlenmediği dönemde konu ile ilgili Türk Tabipleri Birliği (TBB) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>138</sup> “*Cinsel ilişki Muayeneleri*” başlıklı 39. maddesindeki;

*“Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz”.*

hükmü çerçevesinde sorun çözümlenmeye çalışılmaktaydı. İlgili madde de tabiplerin, savcılıklar ve mahkemeler dışındaki şahıs ya da kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene talepleri doğrultusunda işlem yapmayacaklarını, ilgilinin veya ilgili reşit değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış rızası alınmadıkça cinsel ilişkinin belirlenmesine yönelik muayene yapmayacaklarını öngörmekteydi<sup>139</sup>. Bu kurala uygun işlem yapmayan doktorlar hakkında kanunilik ilkesi gereği ceza soruşturması yapılamamakta ancak haklarında Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği gereğince işlem yapılmaktaydı<sup>140</sup>.

### 1.3. Suçla Korunan Hukuki Yarar

Ceza hukukunun amacı, insanların toplumsal olarak barış ve huzur içinde yaşamalarına olanak sağlayan değerleri korumaktır<sup>141</sup>. Hukuksal değerler, toplumsal düzeninin sürdürülebilmesi için bulunması zorunlu olan ve bu sebeple de muhafaza

<sup>138</sup> TTB 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiş, 01.02.1999'da yayımlanmıştır. (Erişim) [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31) , 18 Eylül 2018.

<sup>139</sup> KANBUR, Nihat Mehmet, Genital Muayene Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2011, Yıl 6, Sayı 16, s.8.

<sup>140</sup> Fakat Beyazıt, fiili gerçekleştiren kişinin hekim olmaması ve bu fiilinin suç oluşturması halinde bundan sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazara göre, hekimlerin bu tür eylemleri eski TCK döneminde suç oluşturmamakta, sadece disiplin yaptırımını gerektirmektedir, BEYAZIT, a.g.e., s. 151.

<sup>141</sup> ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.436 vd; KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.28; ÖZTÜRK, Bahri;ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16.Bası, Ankara 2016, s. 29; ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2013 , s. 46 vd; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2016, s. 49 vd.

edilmeleri gereken soyut değerleri anlatır<sup>142</sup>. Yasa yapıcının bir eylemi suç olarak tanımlayıp cezalandırabilmesi için o hareketin neticesinde bir hukuksal değerin zarar görmesi gerekmektedir. Bu nedenle, yasa yapıcıyı bazı eylemleri suç olarak belirlemeye iten sebebin, soyut hukuksal değerleri koruma gayreti olduğu söylenebilir<sup>143</sup>. Suçla korunan hukuksal değerler, şahsi, toplumsal veya kamusal olabilirler<sup>144</sup>. Bu değerler, yer ve zamana bağlı olarak da değişkenlik gösterebilirler<sup>145</sup>.

Yasa yapıcının bu suçu “Adliye Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde düzenlemiş olmasından hareketle ve kanun sistematığı yönünden bakıldığında yasa yapıcının korunan hukuki yararı “adliyenin işleyişi” olarak gördüğünü kabul edebiliriz. Bu durum öğretilerde tartışma ve farklı görüşlere sebep olmuştur. Bir görüşe göre, kanunun sistematığından yola çıkarak yorum yapmak her zaman doğru sonuçlara götürmeyebilir. Çünkü kanun sistematığının çelişkiler içermesi, özensiz yahut eskimiş olması, kanun hükmünü sistematik yorumlamayı imkânsız hale getirebilir<sup>146</sup>. Genital muayene suçunu düzenleyen maddenin kanun sistematığındeki yeri ile koruduğu hukuki değer örtüşmemektedir. Bir kısım yazarlara göre, bu suçla korunmak istenen hukuki değerlerden ilk akla gelenler, kişinin onuru, vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığıdır<sup>147</sup>. Madde ile korunan hukuksal değer, kişi özgürlüğü ve bireyin cinsel bütünlüğüdür<sup>148</sup>. Öte yandan suçun birden fazla hukuki değeri koruduğunu kabul eden görüş de vardır. Bu suçla hem adliyenin düzgün işleyişi, adli işlemlerin usulünce yerine getirilmeleri ve hem de genital muayeneye

---

<sup>142</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2016, s.159; ÜNVER, s.474.

<sup>143</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Ankara, 2013, s. 26; ÜNVER, s.149,474; ÖZBEK ve diğerleri, s.218.

<sup>144</sup> ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, İstanbul 2015, s.145.

<sup>145</sup> ‘Hukuksal değerler’ kavramı, zaman ve yerle bağlantılı olup yaşamın değişkenliğine koşut olarak başkalaşır. Hukukun kendisi de sonsuza kadar sabit olmayıp şekil ve içerik olarak değişir. Bir ülkenin siyasal sisteminde ve toplumsal yaşamındaki değişiklikler, o ülkedeki hukuksal değerler üzerinde doğrudan bir değişiklik oluşturduğundan, genelde hukuk, özelde ceza hukuku kaçınılmaz olarak değişir (ÜNVER, s.490-491).

<sup>146</sup> ARTUK, Emin Mehmet; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.bs, Ankara, 2011, s. 135-153.

<sup>147</sup> DÜLGER a.g.e., s. 47 vd., ÜNVER, s. 361, HAKERİ, a.g.e. s. 501, TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 895, YAŞAR; GÖKCAN; ARTUÇ, s. 8104, BEYAZIT, a.g.e.,s. 154 ve 164.

<sup>148</sup> HAKERİ, a.g.e, s.826-827.

maruz kalan bireyin kişilik hakları korunmaktadır<sup>149</sup>. Ayrıca TCK'nın 102 - 105. maddeleri arasında “*Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan düzenlemelerle kişinin cinsel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü korunma altına alınmıştır. Genital muayene düzenlemesinin amacı ise, genital muayenenin adli gerekçelerle ve adliye eliyle yapılmasını sağlamak, kanunda belirtilen koşullara aykırı muayene yapma ve muayeneye gönderme fiillerini cezalandırmaktır. Bu gerekçelerle, TCK'nın 287. maddesi ile adliye ve adliyenin işleyişinin korunduğu da ileri sürülmektedir<sup>150</sup>.

Diğer görüşe göre ise, adliyeye karşı işlenen suçlarda korunan hukuki menfaat devlet adına adalet dağıtan, uyuşmazlıkları çözen kurum olan adliye hizmetleri yerine getirilirken, hukuki, adil ve sağlıklı bir şekilde karar alınmasını engelleyebilecek mahiyetteki eylemlerin meydana gelmesini engellemektir. Adliyeye karşı işlenen suçlarla korunan yarar, yalnızca adaleti dağıtmaya veya yargılamaya ilişkin olmayıp, aynı zamanda adil kararların ve tedbirlerin alınması ve yerine getirilmesine ilişkindir<sup>151</sup>. Ceza yargılamasında adliyenin iradesine karşı gelinmemesini sağlamaktır.<sup>152</sup> Genital muayeneye kararının yetkisiz kişilerce alınması veya kişinin yetkisiz biri tarafından muayeneye gönderilmesi ya da işlemin yapılmasının önüne geçilmesi ile adliyenin işleyiş ve düzeninin korunduğu belirtilmektedir.<sup>153</sup> Nitekim öğretilde Nuhoğlu'na göre, TCK'nun 287. maddesinin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği yere bakıldığında yasa yapıcının nesnel iradesinin kişiyi korumak değil, yargı düzeninin doğru işleyişini korumak olduğu anlaşılmaktadır<sup>154</sup>.

Bizce de genital muayene suçu ile korunan hukuksal yarar kişilerin beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığıdır. Bu nedenle suçun ‘kişilere karşı suçlar’ arasında ‘cinsel dokunulmazlık’ bölümünde yer alması gerekir.

---

<sup>149</sup> KANBUR, a.g.m, s.9.

<sup>150</sup> KANBUR, a.g.m, s.10.

<sup>151</sup> SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.537.

<sup>152</sup> MERAN, Necati, Kamu Görevlisi ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

<sup>153</sup> PARLAR, Ali; HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II, Ankara, 2007.

<sup>154</sup> NUHOĞLU, Genital, s. 2991.

## 2. SUÇUN UNSURLARI

### 2.1. Maddi Unsur

#### 2.1.1. Fail

Her suçun elbette bir işleyeni, yani o suçu meydana getiren eylemi gerçekleştiren bir kişi vardır. İstenciyle hareket edebilmek insana has bir özellik olduğu için, suçun faili de sadece bir insan olabilir<sup>155</sup>. TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında suçun faili, suçun yasal tanımında yer alan eylemi gerçekleştiren kişi olarak tarif edilmiştir.

TCK'nın 287. maddesinde tanımlanan genital muayene suçu iki seçimlik eylemi barındırmaktadır. Yargıç ve savcı kararı olmaksızın kişiyi “*genital muayeneye göndermek*” ya da kişinin “*genital muayenesini yapmak*” bu suçun seçimlik hareketleridir. Bu nedenle suçun faili, muayeneye gönderme ve muayene yapmak şeklindeki seçimlik hareketlere göre değerlendirilmelidir.

#### 2. 1. 1. 1. Genital Muayeneye Gönderme Eylemi Bakımından

Herkes bu suçun faili olabilir. Bu seçimlik hareket açısından genital muayene suçu özgü suç niteliği taşımamaktadır<sup>156</sup>. Ebeveynin bu suçun faili olup olmayacağı konusunda farklı görüşler vardır. Doktrinde azınlık görüş, rıza gösterme ehliyetine sahip olmayan çocuk yerine genital muayeneye rıza gösterme hakkına sahip olan ebeveynlerin bu suçun faili olamayacağını savunmaktadır.<sup>157</sup> Anne babanın bu suçun faili olamayacağı çünkü anne babanın koruma güdüsü ile çocuğu genital muayeneye gönderdiği, suç işleme kastının olmadığı, bu nedenle tipikliğin gerçekleşmediği savunulmaktadır.<sup>158</sup> Kanaatimizce ebeveynin çocuğun sağlığı ile ilgili kararlar alması, muayeneye, tedaviye götürme, yine muayene ve tedavi ettirme hak ve yetkisi mevcuttur. Ancak bu yetkinin sınırlarının aşılmaması önem taşımaktadır. Örneğin bir

---

<sup>155</sup> KOCA; ÜZÜLMEZ, s. 131; ZAFER, s. 148.

<sup>156</sup> KANBUR, a.g.m, s.13; NUHOĞLU, Genital, s. 2993.

<sup>157</sup> HAKERİ, a.g.e, s.827, Beyazıt, a.g.e, s.156.

<sup>158</sup> BEYAZIT, a.g.e, s.156.

annenine, kız çocuğunun isteği dışında, cinsel ilişki yaşayıp yaşamadığını öğrenmek amacıyla genital muayeneye götürmesi durumunda bu suç oluşacaktır<sup>159</sup>. Yasa yapıcının TCK'nın 287. maddesi ile ulaşmayı hedeflediği sonuçlardan biri de, çocukların rızası dışında, ebeveynlerin talepleri ile yapılan bekaret kontrollerinin önüne geçmektir<sup>160</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre anne ve baba bu suçun faili olabileceklerdir. Özellikle anlama ve kavrama yeteneği gelişmiş çocukları iradelerine aykırı olarak bu işleme zorlayan anne babaların suçun faili olmaları açıktır. Ancak yapılacak işlemin hukuki anlam ve sonuçlarını anlamayan çocuklar yönünden çocuğun korunması, bedensel ve zihinsel sağlığını gözetme hak ve yükümlülükleri çerçevesinde dikkate alındığında genital muayene işlemine rıza gösteren ebeveynin eylemi hukuka uygun olacaktır. Örneğin 13 yaşındaki kız çocuğunun adet görmeye başlamasıyla birlikte meydana gelen hastalıkların teşhis ve tedavisi için jinekoloji uzmanına muayene amaçlı götürülmesinde ebeveyn hukuka uygun bir şekilde hakkı kullandığından eylemin faili olması mümkün olmayacaktır.<sup>161</sup>

Bir diğer konu ise, hâkim veya savcının CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde belirtilen şartlara aykırı olarak kişiyi muayeneye göndermesi halinde TCK'nın 287. maddesindeki suçun oluşup oluşmayacağı tartışmasıdır. Bir görüşe göre, hâkim veya savcının örneğin üst sınırı iki yılı geçmeyen bir suçun şüpheli veya sanığını genital muayeneye için göndermesi durumunda eylem, TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunu oluşturmayıp, TCK'nın 257. maddesinde tanımlanmış görevi kötüye kullanma suçunu oluşacaktır<sup>162</sup>. Burada hâkim veya savcının bu tür bir yetkiye özel olarak sahip olup olmadığını belirlemek gerekir. Yetkili bir hâkim veya savcının kanun hükmüne aykırı olarak vermiş olduğu karar bakımından TCK'nın 257. maddesine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır. Diğer bir görüşe göre ise hakim veya savcı tarafından verilen beden muayenesi kararının hukuka aykırı olması halinde, kasten hukuka aykırı karar vermediği sürece, genital muayene suçu oluşmaz. Çünkü bu durumda, kararı veren hakim veya savcı,

---

<sup>159</sup> DÜLGER, a.g.e, s.50.

<sup>160</sup> KANBUR, a.g.m, s.14.

<sup>161</sup> KANBUR, a.g.m, s.14.

<sup>162</sup> BEYAZIT, a.g.e, s.155, TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.968.

CMK'nun 75 veya 76. maddelerinde düzenlenen iç beden muayenesi kararı verilmesinin koşullarının gerçekleştiğini düşünmekte, ancak somut olayda bu koşullar bulunmamaktadır. Bu halde TCK'nun 30. maddesindeki yanılmaya ilişkin hükümler uygulanarak, 287. maddede taksirli eylem cezalandırılmadığından, genital muayene bakımından sorumluluğu bulunmayacaktır.<sup>163</sup>

Bir görüşe göre, böyle bir yetkiye sahip olmayan hâkim veya savcının verdiği genital muayeneye gönderme kararı, uygulanmaya başlanmış ama henüz muayene gerçekleşmemişse mağdurun özelliğine göre fiil Türk Ceza Kanunu'nun 102. ve 103. maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarına teşebbüs nedeniyle sorumluluk doğurabilecektir. Ancak muayene gerçekleşmiş ise bu durumda TCK'nın 102 veya 103. maddelerinin tamamlanmış şekliyle sorumluluk gerçekleşecektir. Çünkü burada yetkisi olmayan hakim ve savcı azmettirme suretinde işlenen fiillerden sorumlu olacaklardır<sup>164</sup>.

Kanaatimizce, yetkili olmayan hakim veya savcının göndermesi üzerine gerçekleştirilen genital muayene işleminde TCK'nın 102 ya da 103. maddelerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira burada cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarının 'cinsel dürtüleri tatmin' şeklindeki manevi unsuru gerçekleşmeyecektir. Biz de bu durumda TCK'nın 257. maddesine göre bir sorumluluk doğabileceği kanaatindeyiz.

CMK'nın 75. maddesinde şüphelinin ancak yetkili hakim veya savcı kararıyla iç beden muayenesine gönderilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin aksine yetkili yargıç veya savcı kararı alınmaksızın bir şüpheliyi genital muayene işlemi için sevk eden kolluk görevlisi de suçun faili olacaktır.

---

<sup>163</sup> NUHOĞLU, s. 2993.

<sup>164</sup> KANBUR, ,a.g.m, s.13.

## 2. 1. 1. 2. Genital Muayene Yapma Eylemi Bakımından

Suçun ikinci seçimlik hareketi olan muayene yapma fiili bakımından failin kim olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, yasa maddesinde, genital muayeneyi yapacak kişi yönünden herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen, suçun faili sadece sağlık personeli olabilir. Bu yönüyle eylemin özgü suç olduğunu kabul etmek gerekir. Zira genital muayene ancak sağlık personeli tarafından yapılabilir<sup>165</sup>. Bu görüşe göre yapılan muayenenin genital muayene suçuna konu olabilmesi için ancak hekim veya sağlık personeli tarafından yapılması gerekmektedir<sup>166</sup>. Diğer kişiler tarafından yapılan işlemlerin ‘muayene’ olarak kabul edilmeyeceği savunulmaktadır. Hatta burada her sağlık mesleği görevlisi değil sadece genital muayene işlemini gerçekleştirmek konusunda yetkili olan sağlık mesleği görevlisi bu suçun faili olabilir. Kadın doğum hastalıkları/ jinekoloji uzmanı, üroloji/bevliye uzmanı, adli tıp uzmanı veya sağlık bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş diğer hekimler ve sağlık mesleği mensupları suçun faili olabilecektir<sup>167</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu görüşe göre sağlık personeli olmayan bir kimsenin yaptığı işlem ‘muayene’ olamayacağına göre, bu kimselerin eylemi başka suçları oluşturabilir. Genital muayeneyi yapanın sağlık personeli olmaması durumunda yaralama suçunun oluşacağı konusunda tereddüt olmamakla beraber, ayrıca cinsel saldırı suçu da gerçekleşebilir<sup>168</sup>.

Öğretideki bir diğer görüşse, bu seçimlik hareketin herkes tarafından gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Bu nedenle genital muayeneyi gerçekleştiren herkes bu eylemin şüphelisi olacaktır<sup>169</sup>. Ayrıca çoğunluk olan bu görüş taraftarları, suçun bu hareketinin özgü suç olarak değerlendirilmesinin, sağlık

---

<sup>165</sup> HAKERİ, a.g.e, s.827-828; NUHOĞLU, Genital, s.2994.

<sup>166</sup> KANBUR, a.g.m, s.15-16.

<sup>167</sup> KANBUR, a.g.m, s.16.

<sup>168</sup> HAKERİ, a.g.e, s.827-828.

<sup>169</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara, s.1059, BEYAZIT, a.g.e, s. 156, TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, a.g.e, s.968; DÜLGER, a.g.e., 51; ÇAKMUT, s.51.



personeli kavramının kapsamının geniş olması dolayısıyla içeriğinin belirlenmesinin yeni sıkıntılar doğurma ihtimali taşıyabileceğini ileri sürmektedirler<sup>170</sup>.

Bizim de kanaatimize göre, muayene etme fiili yönünden suçun özgü suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yetkili yargıç veya savcı kararı bulunmaksızın genital muayeneyi gerçekleştiren herkes söz konusu suçun faili olabilecektir.

### 2.1.2. Mağdur

Genital muayene suçunda herkes mağdur olabilecektir. Mağdur yönünden herhangi bir özel koşul aranmamaktadır. Yetkili hakim ya da savcı kararı bulunmadan genital muayeneye gönderilen veya muayene tabi tutulan her yaşta kadın veya erkek, uyuşuğu ne olursa olsun suçun mağduru olabilir<sup>171</sup>.

Doktrinadaki bir görüşe göre, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ilgili yürütülen soruşturma ya da kovuşturma kapsamında, şüpheli veya sanık konumundaki kişi bu suçun mağduru olabilir. Aynı şekilde herhangi bir adli soruşturma ya da kovuşturma olmaksızın, suç tipindeki seçimlik hareketlere maruz kalan bir kimse de suçun mağduru olabilir<sup>172</sup>. Ancak aksi görüşe göre bu eylem, sadece bir suç soruşturma veya kovuşturmasına konusu olan olaylar bakımından, yetkili yargıç veya savcı kararı alınmaması biçimindeki usulü aykırılığın kasten gerçekleştirilmiş olması halinde ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, bu suçun mağduru ancak böyle bir soruşturma ya da kovuşturma nedeniyle usule aykırı olarak üzerinde muayene gerçekleştirilen kişi olacaktır<sup>173</sup>.

Kanaatimizce, herhangi bir soruşturma ya da kovuşturmadan bağımsız olarak, genital muayeneye maruz kılınan her kişi bu suçun mağduru olabilecektir. Suçla

---

<sup>170</sup> BEYAZIT, a.g.e., s. 156-157.

<sup>171</sup> TEZCAN; ERDEM;ÖNOK, Ceza Özel Hukuku,s.1019; DÜLGER, a.g.e., 1267; KANBUR, a.g.e., s. 18; SIRMA, s.160; MERAN, Sulh Ceza,799; NUHOĞLU, Genital, s.2994.

<sup>172</sup> DÜLGER, a.g.e, s.1268; NUHOĞLU, Genital, s.2994.

<sup>173</sup> KANBUR, a.g.m, s.18.

korunan hukuki yarar adli işlemlerin güvenli şekilde yürütülmesinin yanında, kişinin beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığıdır. Bu sebeple suçun mağdurunun bir tahkikat veya kovuşturma kapsamında gerçekleştirilen işlemle sınırlandırılması, soruşturma veya kovuşturma olmaksızın genital muayene tabi kılınan kişilerin hukuksal korumadan yoksun kalması gibi sonuca yol açacaktır. Soruşturma/Kovuşturmadan bağımsız gerçekleştirilen genital muayene işlemlerinin yerine göre cinsel saldırı ya da sarkıntılık suçlarını oluşturulabileceği öğretide bazı yazarlar tarafından dile getirilmişse de, genital muayeneyi gerçekleştiren kişinin cinsel duyguları tatmin etme kastı ile hareket etmediği düşünüldüğünde, bu suçların manevi unsurunun gerçekleştiğini söylemek olanaklı olmayacaktır. Bu nedenle, suçun mağdurunun herkes olabileceğini kabul etmek yasanın sözüne ve özüne daha uygundur.

### 2.1.3. Hareket

Yasada suç tanımlanırken, unsur niteliğindeki bir eyleme bağlı kılınır. Bu hareket sıradan bir eylem değil, haksızlık oluşturan davranış biçiminde ortaya çıkar. Bu bağlamda suç ve öncelikle haksızlık oluşturan bu eylem bir insan hareketidir<sup>174</sup>. Suçun maddi öğelerinden olan hareket, suçun tanımında yer alan zarar ya da tehlike biçimindeki sonucu oluşturmaya elverişli, insandan kaynaklanan ve iradeye dayalı olarak ortaya konulan bir davranış şeklidir<sup>175</sup>.

TCK'nın 287. maddesinde suçun maddi unsuru, "*yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme ve bu muayeneyi yapma*" şeklindeki seçimlik hareket olarak belirlenmiştir. Burada eyleme niteliğini kazandıran husus bir kişiyi genital muayeneye göndermek veya muayeneyi yapmanın tipe uygun eylem unsurunu oluşturabilmesi için, hâkim veya savcı kararının bulunmaması gerekliliğidir<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> ÖZGENÇ, s.162 vd; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.110.

<sup>175</sup> ZAFER, s.181; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s.234.

<sup>176</sup> ÜNVER, Adliyye, s. 364.

TCK'nun 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunun seçimlik seçimlik hareketlerden ilki “muayeneye göndermek”, diğeri ise “muayeneyi yapmak”tır.

### 2. 1. 3. 1. Muayeneye Gönderme Fiili Bakımından

Suçla ilişkin seçimlik hareketler açıklanmadan önce genital muayene kavramını incelemek gerekir. Muayene aslında tıbbi bir terim olup, tıbbi değerlendirme anlamına gelmektedir. Nitekim Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesinde, “Bedenin tıbbî muayenesi, tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler” şeklinde tanımlanmıştır. Genital ise, üremeye, döllemeye ait anlamına gelip, genital organ da tenasül uzuvları, döl üretim organları olarak tanımlanmaktadır. Genital muayene kadın veya erkeğin üreme organlarında yapılacak tıbbi inceleme anlamına gelmektedir<sup>177</sup>.

Anüs bölgesinde yapılacak tıbbi incelemenin genital muayene sayılıp sayılmayacağı konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 4. maddesinde cinsel organlarda ya da anüste gerçekleştirilen muayenenin de iç beden muayenesi sayılacağı şeklindeki düzenlemeyle, genital organlar ile anüs bölgesi aynı çerçevede değerlendirilmiştir. Genital muayenenin özellikle cinsel suçlarda delil toplama aracı olacağı düşünüldüğünde, TCK'nın 287. maddesi kıyasa yol açmadan geniş bir şekilde yorumlanarak, genital organlar ile anüs bölgesini de kapsadığı kabul edilmelidir<sup>178</sup>.

Gönderme eylemi, bir şeyin belirli bir yere ulaşması veya varması demektir<sup>179</sup>. Doktrinde, göndermek eyleminin, şahsı genital muayeneye götürmek eylemini de içerip içermediği hususu tartışmalıdır. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre, birini genital muayeneye göndermek bizzat götürmeyi de kapsamaktadır<sup>180</sup>. Bu görüşte

---

<sup>177</sup> NUHOĞLU, genital, s.2995.

<sup>178</sup> NUHOĞLU, genital, s.2995.

<sup>179</sup> NUHOĞLU, genital, s.2995.

<sup>180</sup> NUHOĞLU, genital, s.2995.

olan bazı yazarlar, götürme fiilinin bağımsız bir eylem değil de, gönderme eyleminin devamı olduğunu kabul etmektedir.<sup>181</sup> Ayrıca Kanbur'a göre göndermenin götürmeyi kapsamadığını kabul etmek hem maddenin adaletli bir şekilde uygulanması hem de işlevselliği açısından daha isabetlidir. İkinci görüş kabul edilirse aynı kişinin muayeneye tabi kılınan kişiyi muayeneye kendisi götürdüğünde bu suçtan sorumlu tutulmaması, gönderdiğinde ise sorumlu tutulması şeklinde adaletsiz bir durum belirlemektedir. Bu nedenle Kanbur, gönderme fiilinin götürme fiilini de kapsadığını kabul edip, kanunun bu eksik düzenlemesinin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek gerektiği düşüncesindedir.

Diğer görüşe göre ise, kanunilik ilkesi gereği götürme eyleminin de madde metninde açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu görüşü savunanlar götürmenin kıyas yoluyla madde metni içindeymiş gibi uygulanmasını ve buna gerekçe olarak da maddenin düzenlenme amacının gösterilmesini eleştirmektedir<sup>182</sup>.

Kişiyi genital muayeneye gönderen kişi ile götürenin aynı kişi olması durumunda, herhangi bir tartışma olmaksızın, kişinin sorumlu tutulacağı açıktır. Genital muayeneye götüren kişinin, gönderen kişiden farklı biri olması durumunda, muayeneye götüren kişinin kastı belirlenerek sorun çözümlenmelidir. Muayeneye götüren kişi, yetkili yargıç ya da savcı kararı olduğunu zannederek şahsı genital muayeneye götürüyorsa, bu konudaki hatasından yararlanacak ve sorumlu tutulmayacaktır.

### **2. 1. 3. 2. Genital Muayene Yapma Fiili Bakımından**

Genital muayene yapma eylemi yönünden suçun maddi unsuru, üreme organı ve anüs bölgesinin elle, gözle ya da sair bir cihaz kullanılmak suretiyle kontrol edilmesidir<sup>183</sup>. Bu hareketler üreme organları yüzeyinde gerçekleşebileceği gibi organ içlerinde de çıplak elle veya alet yardımıyla duhul şeklinde de ortaya

---

<sup>181</sup> DÜLGER, s.1268-1269; BEYAZIT, s.157.

<sup>182</sup> ÜNVER, a.g.e, s.364.

<sup>183</sup> TOPÇU, N. Kemal, Tıp Hukuku Dergisi, Nisan 2014, Yıl 3, Sayı 5, s.131.

çıkabilecektir<sup>184</sup>. Ayrıca genital muayene, genital organların yalnızca izlenmesi suretiyle gözlenerek, dokunmadan da yapılabilmektedir<sup>185</sup>. Bazı yazarlar ise, sadece gözlem ve fotoğraf çekilmesi şeklinde yapılan işlemlerin muayene olarak kabul edilemeyeceği görüşündedirler<sup>186</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, muayene işlemi, hekim tarafından tıbbi ilişkin yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen değerlendirme biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanım dikkate alındığında, muayenin elle, gözle ya da alet kullanarak yapılabileceği açıktır. Bu nedenle, sadece gözlem ve fotoğraf çekilmesi şeklindeki işlemlerin muayene olarak kabul edilemeyeceği fikrine katılmak mümkün değildir.

Genital muayene yapma eyleminin meydana gelmesi için yetkili merci kararı bulunmadan genital muayeneye gönderme fiilinin şart olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre seçimlik hareketli suç olması sebebi ile genital muayene amacıyla gönderme koşulunun gerçekleşmesi aranmamalıdır. Bu görüşe göre doktora gidiş amacının dışında genital muayeneye tabi tutulan kişi yönünden de bu suç meydana gelmiş olacaktır.<sup>187</sup> Örneğin, karın ağrısı sebebi ile doktora gitmiş bir kişinin zorunluluk olmaksızın ve rızasına başvurulmaksızın genital muayenesinin yapılması TCK'nın 287. maddesindeki suçu oluşturacaktır.

Diğer görüşe göre ise, genital muayene yapma suçundan bahsedebilmek için bir gönderme eyleminin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gerçekten de eylem için yargıç ya da savcı dışındaki bir kimsenin gönderdiği bir kişinin varlığı gereklidir. Örneğin, kendi isteğiyle muayeneye giden kimseyi muayene eden hekim bu suçu işlemiş olmaz<sup>188</sup>. Bir kişinin gerek kendiliğinden başka bir hastalığın teşhisi, tedavisi veya muayenesi amaçlı hekime başvurması halinde, gerekse de adli bir tahkikat ya da kovuşturma kapsamında bulunmadan ve yetkili yargıç veya savcının

---

<sup>184</sup> KIZILARSLAN, s.123-127 ve 170-172.

<sup>185</sup> KANBUR, a.g.m, s.21.

<sup>186</sup> DÜLGER, a.g.e, s.54-55.

<sup>187</sup> DÜLGER, a.g.e, s..55.

<sup>188</sup> HAKERİ, a.g.e, s.829-830.

kararıyla gönderilmeden, başkasının zorlaması ile hekime başvurması halinde yapılan genital muayene TCK'nın 287. maddesindeki genital muayene suçunu değil, duruma göre TCK'nın 102. maddesindeki cinsel saldırı veya TCK'nın 103. maddesindeki çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır<sup>189</sup>.

Kişinin, yetkisiz biri tarafından genital muayeneye tabi tutulması şeklindeki eylemin, cinsel saldırı ya da çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturabileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Cinsel saldırı ya da istismar suçlarının manevi unsuru cinsel güdülerin tatminidir. Yetkili yargıç ya da savcı kararı bulunmadan genital muayeneyi gerçekleştiren kişinin cinsel dürtüleri tatmin kastı bulunmadığı için suçun manevi unsurunun oluşmayacağı görüşünderiz. Bu nedenle eylem, genital muayene suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Tartışmalı olan diğer bir nokta ise madde içinde geçen 've' bağlacıdır. '*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın*' genital muayenenin gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağı şeklindeki kısımda bulunan 've' bağlacı sanki yargıç ve savcının beraberce karar alması gerektiği şeklinde bir anlam taşımakta olup tartışma yaratmıştır. Her ne kadar dilbilgisel olarak hakim ve savcının birlikte karar alması gerektiği anlamı çıkmakta ise de, bunun yanlış bir kullanım olduğu açıktır. Ayrıca CMK'nın 75. maddesi ve ilgili diğer hükümler değerlendirildiğinde hakim ve savcının birlikte karar almasının mümkün olmadığı da görülecektir. Çünkü söz konusu düzenleme gecikmesinde sakınca bulunan hal çerçevesinde karar alma yetkisini savcıya tanımaktadır. Cumhuriyet savcının vermiş olduğu bu karar 24 saat içinde hakimin onayından geçmek durumunda olup, onaylanmayan işlem geçersiz olacaktır. Bu kapsamda 've' bağlacı tekrar değerlendirildiğinde karar vermeye genel yetkilinin, hakim ya da kovuşturma aşamasında mahkeme olduğu açıktır. Cumhuriyet savcısının sadece zorunluluk hallerinde karar alma yetkisi vardır. Bu sebeplerle, her ne kadar yasa yapıcı, 'yetkili hakim ve savcı' ifadesini kullanmışsa

---

<sup>189</sup> KANBUR, a.g.m, s.22.

da, ‘ve’ bağlacının aslında ‘veya’ anlamında olduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>190</sup>.

Bizce de, maddedeki ‘ve’ bağlacını ‘veya’ şeklinde anlamak gerekir. Zira, genital muayene işlemi bağlamında da, hakim ve savcının birlikte karar alması şeklinde yasal bir düzenleme söz konusu değildir. CMK sistemi göz önüne alındığında, cumhuriyet savcısının genital muayene gönderme yetkisinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde söz konusu olduğu da açıktır. Bu konuda yetki kural olarak, soruşturma aşamasında hakimde, kovuşturma aşamasında ise mahkemededir.

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer konu ise, kişinin genital muayeneye rıza göstermesi durumunda TCK’nın 287. maddesindeki suçun oluşup oluşmayacağı hususudur. Öğretideki bir görüş, kendi isteğiyle hekime başvuran hastanın, rızası bulunmadan ve tıbbi zorunluluk da bulunmamasına rağmen hekim tarafından genital muayeneye maruz kılınması halinde de bu suçun oluşacağını savunmaktadır<sup>191</sup>. Ancak aksi bir görüşe göre, suçun getiriliş gayesinin kişileri rencide edici bekâret kontrollerinin önüne geçmek olduğu düşünüldüğünde, her ne kadar maddenin lafzı buna müsait ise de daraltıcı bir yorum yaparak, başka suçların işlenmiş olabileceği her durumu, bu kapsamda değerlendirmemek gerekir<sup>192</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, söz konusu muayenenin bir suç soruşturması ve kovuşturması kapsamında, yani adli bir olay sebebi ile gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Gerçekten de, şüpheli veya sanığın rızası olsa bile, yetkili hâkim ya da savcı kararı olmaksızın böyle bir muayene yapmak TCK’nın 287. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Ancak mağdur bakımından CMK’nın 76. maddesinde öngörülen istisna kapsamında usulü işlemlerin hızlanması için, mağdurun genital muayeneye bizzat rıza göstermesi halinde, rıza üzerine yapılan muayene hukuka aykırı olmayacaktır. Hemen belirtelim ki bir suç soruşturması ve kovuşturması, yani adli

---

<sup>190</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.970.

<sup>191</sup> DÜLGER, a.g.e, s.55.

<sup>192</sup> HAKERİ, a.g.e, s.830.

bir vakıa ile bağlantılı olmaksızın, kişinin bizzat kendi rızası ile genital muayenesini yaptırması (*hatta cinsel ilişkinin tespiti veya cinsel organların zedelenmesinin tespiti için bile olsa*) hiçbir şekilde TCK'nın 287. maddesine aykırı olmayacaktır<sup>193</sup>.

Kanaatimizce, bir soruşturma ya da kovuşturma olsun ya da olmasın, tıbbi bir zorunluluk da olmadığı halde, kişinin rızasına aykırı olarak genital muayeneyi gerçekleştiren kişi genital muayene suçunu işlemiş olacaktır. Bu suçla korunan hukuki yararın kişinin beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığı olduğu da gözetildiğinde, bir soruşturma veya kovuşturmadan bağımsız olarak gerçekleştirilen genital muayene eylemlerinin de madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

#### 2.1.4. Netice

Suçun yasal tarifinde bulunan maddi öğelerden biri de “netice”dir. Suçun gerçekleştirilmesi, suçun konusuna zarar verir veya tehlikeye oluşturur. Böylece netice, suçun maddi konusunun, zarar görmesi ya da zarar görme olasılığıdır<sup>194</sup>. Bu nedenle netice, zarar ya da tehlike şeklinde belirir. Bu itibarla suçlar, ‘zarar suçu’ ve ‘tehlike suçu’ şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Zarar suçlarında, suçun yasal tanımındaki hareketin gerçekleştirilmesiyle konunun üzerinde bir zararın oluşması ve hareket ile sonuç arasında nedensellik bağı olması gerekir. Tehlike suçlarında ise, hareketin üzerinde gerçekleştiği konunun nesnel olarak zarar görme tehlikesiyle karşılaşması yeterli olup ayrıca zararın oluşması gerekmez<sup>195</sup>.

Bu kapsamda Genital Muayene Suçu değerlendirildiğinde, suçun yasal tanımında bir zararın oluşması aranmamıştır. Bu nedenle suç, bir tehlike suçudur<sup>196</sup>. Ayrıca madde metninde somut bir tehlikenin gerçekleşmesini de gözetilen herhangi

---

<sup>193</sup> KANBUR, a.g.m. s.22-23.

<sup>194</sup> ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA; Özel, s.26; ÖZGENÇ, s.199; ZAFER, s.190.

<sup>195</sup> Zarar suçu ve tehlike suçu tasnifi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.470 vd; 549 vd; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Özel, 26 vd; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s.260 vd; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.135 vd; ZAFER, s.190 vd; ÖZGENÇ, s.200; ÖZBEK ve diğerleri, s.231 vd; ÖZTÜRK; ERDEM, s. 196 vd; DEMİRBAŞ, s.244.

<sup>196</sup> Aynı yönde ÖZEN, s.173.



bir ibare de bulunmamaktadır; bu nedenle de inceleme konusu olan eylem, soyut bir tehlike suçu olarak tanımlanmaktadır.

Genital muayene suçu, ‘genital muayeneye göndermek’ veya kişinin ‘genital muayenesini yapmak’ şeklindeki alternatif hareketlerden birinin yapılması ile meydana gelir. Bu seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanmış olur. Muayene edilen kişinin maddi veya manevî bir zarara uğramasının suçun tamamlanması açısından bir önemi yoktur. Genital muayene suçu, sırf hareket (neticesiz) suçudur. Bu özelliği ile suçun soyut tehlike suçu olduğunu kabul etmek gerekir. Seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla, suçun mağdurunun onuru, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı ve özel hayatının gizliliği tehlikeye girmiştir. Soyut tehlike suçlarında, sadece hareketin, gözetilen hukuksal menfaat için tehlike yaratmaya uygun bulunup bulunmadığı soyut ve nesnel olarak denetlenir; nedensellik bağının ayrıca araştırılması gerekmez<sup>197</sup>.

### 2.1.5. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağından söz edebilmek için, dış dünyadaki bir sonucun bir insanın davranışından kaynaklanması gerekir. Bir kişinin davranışı ile ilişkili olmayan bir dış değişiklikten dolayı o kişi sorumlu tutulamaz<sup>198</sup>.

Nedensellik bağına açıklayan çeşitli kuramlar bulunmaktadır. Bunlardan biri şart kuramıdır. Bu kuram, öğretilerde ve uygulamada kabul gören bütün isnadiyet kuramlarına temel oluşturur. Buna göre, sonucun meydana gelmesinde katkıda bulunan her koşul nedenseldir ancak nedenselliğin nasıl belirleneceği konusunda koşulların eşitliği formülü ve yasaya uygun şart formülü kullanılmaktadır. Nedensellik bağı ile ilgili diğer kuramsa, istatistiki ve ihmalciler nedensellik kuramıdır. Bu teori, şart teorisinin açmazı girdiği noktalarda, olasılık belirlemeleriyle bu güçlükleri aşmayı hedeflemektedir. İliyet bağı ile ilgili bir diğer kuram ise uygun

---

<sup>197</sup> ZAFER, a.g.e, s.202.

<sup>198</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2013, s. 138 – 139.

nedensellik bağı teorisi<sup>199</sup>. Türkiye, İsviçre ve Almanya hukukunda çoğunlukla uygun nedensellik bağı kuramı kabul edilmektedir. Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, bir olay toplumsal genel davranışlara ve olayların doğal seyrine göre diğer bir olayı ortaya çıkarmaya elverişli ise, ilk olay uygun neden ve sonuç ölçütüne göre ikinci olayın nedeni sayılacaktır<sup>200</sup>.

Şüphelinin, suçun yasal tanımında belirtilen sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için o sonucun şüphelinin hareketinden meydana gelmesi ya da ihmali eylemi ile sonucun ortaya çıkmasını önlememesi gerekir. Nedensellik bağının kurulamadığı durumlarda fail meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Tıp ceza hukukunda ayrı bir nedensellik bağı kavramı yoktur. Bununla beraber ceza kanununun genel hükümleri arasında nedensellik bağı ile ilgili bir tanımlama bulunmamaktadır. Ülkemizde olduğu gibi birçok ülke mevzuatında da nedensellik bağı açıkça tanımlanmamıştır<sup>201</sup>.

Nedensellik bağı, neticeli suçlar açısından önemlidir. Sırf hareket suçlarında, suç tanımında somut bir sonuç tarif edilmediği için hareketin oluşmasıyla suç da tamamlanmış olacaktır. Bu tarz suçlar açısından nedensellik bağı gibi bir sorun yaşanmaz<sup>202</sup>. İnceleme konusu olan Genital Muayene Suçu da konu bakımından soyut tehlike, sonuç bakımından da sırf hareket suçu olmaktadır. Dolayısıyla hareketin gerçekleştirilmesi ile suç gerçekleştiğinden, nedensellik bağının belirlenmesi önem taşımamaktadır<sup>203</sup>.

Genital muayene suçu seçimlik hareketli bir suç olduğundan bu hareketlerden sadece birinin icrası ile eylem tamamlanmış olacaktır. Ayrıca kişide bir zararın oluşması aranmayacaktır. Genital muayene suçu aynı zamanda sırf hareket suçudur.

---

<sup>199</sup> AKBULUT, Berrin, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu”, Ankara, 2008, s. 222-236.; TOROSLU, a. g. e. , s. 139 – 147.

<sup>200</sup> REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 12-13 Mart, 1982, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 9.

<sup>201</sup> AKBULUT, Berrin, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, s. 212-216.

<sup>202</sup> ZAFER, s.198.

<sup>203</sup> Aynı yönde ÖZEN, s. 179.

Hareket ile birlikte mağdurun onuru, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı, hürriyeti ve özel hayatının gizliliği tehlikeye atılmıştır. Bu yönüyle suç soyut tehlike suçudur. Soyut tehlike suçları için hareketin, korunan hukuki yarara yönelik bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı soyut ve nesnel olarak denetlenecek ayrıca nedensellik bağı araştırılmayacaktır<sup>204</sup>.

## 2.2. Manevi Unsur

Suçun meydana gelmesi için, yasada belirtilen ve hukuka aykırı olarak ortaya çıkan hareketin varlığı yetmez. Bu nesnel öğelere ek olarak öznel nitelikte bir ögenin varlığı da aranır. Doktrinde ve uygulamada bu ögeye suçun “*manevi unsuru*” denilir. Böylece kişinin gerçekleştirdiği eylemden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hareketin iradi olmasının yanında sonucun da istenmiş ya da en azından öngörülmüş olması gerekir. Kast veya taksir şeklinde bir hareket olmadıkça, suçtan söz etmek de olanaklı değildir<sup>205</sup>. Şüpheli/sanık, tanıma uyan hukuka aykırı eylemi, bilerek ve isteyerek veya gereken özeni göstermeyerek işlemelidir<sup>206</sup>.

5237 sayılı TCK sisteminde, ‘kast’ ve ‘taksir’ manevi unsurun biçimleri olarak tanımlanmıştır<sup>207</sup>. TCK’nın 21. maddesinin 1. fıkrasında; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” ibaresinden sonra ‘kast’, “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Taksirin düzenlendiği 22. maddenin 2. fıkrasında ‘taksir’, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi*” olarak tarif edilmiş ve 1. fıkrada ise kişinin taksirden dolayı cezalandırılabilmesi için yasada açık bir düzenleme bulunması gerektiği şart koşulmuştur. Böylece suçlar kural olarak kasten işlenebilecek, taksirden kaynaklı

<sup>204</sup> ZAFER, a.g.e., s.202-203.

<sup>205</sup> 5237 Sayılı TCK bağlamında manevi unsur, kusur, kusurluluk kavramları için bkz. ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.549 vd; ZAFER, s.220 vd; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Özel, 30 vd; ÖZGENÇ, s.221, 370 vd; ÖZTÜRK; ERDEM, s. 267 vd; ÖZBEK ve diğerleri, s. 255 ve 355 vd; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s. 350 vd; DEMİRBAŞ, s.341, 364 vd.

<sup>206</sup> ZAFER, s.220 -221.

<sup>207</sup> KOCA; ÜZÜLMEZ, s. 157-158; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s. 390; DEMİRBAŞ s.366.

sorumluluk ise istisna olacak ve ancak yasadaki açıkça düzenlenmiş olması halinde cezalandırılacaktır<sup>208</sup>.

Genital muayene suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur<sup>209</sup>. Suçun meydana gelmesi için özel kastın varlığı aranmaz. Madde metnindeki seçimlik hareketlerden birinin bilerek ve istenerek yapılması ile suç meydana gelir ve neticesiz suç olması dolayısıyla tamamlanmış olur. Failin hareketlerden birini gerçekleştirirken hangi güdüyle hareket ettiğinin hiçbir önemi yoktur. Ayrıca eylemin olası kastla işlenebilmesi de mümkündür<sup>210</sup>. Ancak eylemin taksirle işlenebileceğini söylemek olanaklı değildir. Çünkü TCK'nın 22. maddesine göre "*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*" Genital muayene suçunun taksirle işlenebileceği yasa yapıcı tarafından düzenlenmemiştir. Yasadaki tanım irdelendiğinde suçun taksirle işlenemeyeceği açıktır.

Somut olayda hukuka uygunluk nedeni olmadığı halde, içinde bulunduğu durumdan kaynaklı olarak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda, yanılığa düşen hekim, bu düşünceye kapılmasında kendisine atfedilecek bir kusur bulunmadığında, hatasından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır<sup>211</sup>. Bu bağlamda, yetkili hakim veya savcının kararının varlığı konusunda yanılarak genital muayeneyi yapan hekim bakımından TCK'nın 30/1. maddesi uygulanacaktır. Hekim bu konudaki hatasından yararlanacak ve hakkında TCK'nın 287. maddesi bakımından sorumluluk söz konusu olmayacaktır<sup>212</sup>.

### 2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçtan söz edebilmek için varlığı zorunlu bir diğer öge de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık, gerçekleştirilen ve yasadaki tanıma uygun olan eyleme

<sup>208</sup> KOCA; ÜZÜLMEZ , s.158; ZAFER, s.228-229.

<sup>209</sup> KANBUR, a.g.m, s.26; ÜNVER, Adliyeye Karşı Suçlar, s.460; DÜLGER, Genital Muayene, s.1274; ÇAKMUT, Genital Muayene, s.58.; HAKERİ, a.g.e., s.831; NUHOĞLU, Genital, s. 2996.

<sup>210</sup> HAKERİ, a.g.e., s.821; KANBUR, a.g.m, s.26; TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.1021; NUHOĞLU, Genital, s. 2996.

<sup>211</sup> MAHMUTOĞLU, a.g.m, s. 59.

<sup>212</sup> HAKERİ, a.g.e., s.831.; BEYAZIT, a.g.e., s.159.; DÜLGER, a.g.e., s.59.

hukuk düzeni tarafından izin verilmemesi, bu eylemin sadece ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile ihtilaf halinde bulunması demektir<sup>213</sup>. Bu şekilde suçun olumsuz ögesi olan hukuka aykırılık, yasal tanıma uyan bir eylemi haklı çıkaran başka bir hukuk kuralının bulunmamasını belirtmektedir<sup>214</sup>.

İlke olarak, yasal tanımda belirtilen hareketin gerçekleştirilmesi ile hukuka aykırılık da ortaya çıkar. Zira bir eylemin yasal tanıma uygunluğu, karine olarak o eylemin hukuka aykırı olduğunu ortaya koyar. Bu eylemin hukuka aykırılığı konusunda yasada bir açıklamanın yer almasına gerek yoktur<sup>215</sup>. Bunun yanında ceza yasasının suç saydığı bir eylemin gerçekleştirilmesine diğer bir kural olarak tanıyorsa, o eylemin hukuk sistemi tarafından yasaklanmadığı, yani suç oluşturmadığı sonucuna ulaşılır. Böylece bir ceza kuralının yasakladığı eyleme olarak tanıyarak onun hukuka aykırı olmasının önüne geçen ve başından beri eylemi hukukun haklı bulduğu bir hareket haline sokan kurallara ‘hukuka uygunluk nedenleri’ denilmektedir<sup>216</sup>.

Bir eylemin suç olarak nitelendirilebilmesi için tipik olması, ayrıca hukuka aykırılık unsurunu taşıması gerekir. Eylemin hukuka aykırı olmaması durumunda suçtan da söz edilemez. Hukuka aykırılık unsuru, en genel tanımı ile hakkın ihlali anlamına gelir. Hukuka aykırılıktan söz edebilmek için, tipe uygun olan eylemin hukuk düzenince yasaklanmış olması gerekir. Hukuka aykırılık, maddi ve şekli olarak iki anlamda kullanılır. Şekli anlamda hukuka aykırılık, eylemin bir hukuk kuralı ile çelişmesi iken, maddi anlamda hukuka aykırılık ise korunan hukuksal yararın ihlal edilip edilmediği üzerinden gerçekleştirilecek değerlendirme ile

---

<sup>213</sup> ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.479; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Özel, s.49; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.232; ÖZBEK ve diğerleri, s.278; ÖZTÜRK; ERDEM, s.209.

<sup>214</sup> ZAFER, s.278.

<sup>215</sup> ÖZBEK ve diğerleri, s.279; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.233; ÖZTÜRK; ERDEM, s.209.

<sup>216</sup> ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Özel, s.51, ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.479; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.233.

belirlenir. Hukuka uygunluk nedenleri, eylem gerçekleştirilirken var olan ve eylemin hukuka uygun olarak doğmasına neden olan durumlardır<sup>217</sup>.

TCK'nın 287. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.*” Bu düzenleme ile yasa yapıcı kamu sağlığını korumak amacıyla mevzuat sınırları dahilinde yapılan muayene işlemlerini suç olmaktan çıkarmıştır. Bazı kanun ve yönetmelikleri<sup>218</sup> bu hüküm çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Aşağıda değineceğimiz bu istisnai hallerde savcı veya hakim kararı olmaksızın muayene gerçekleştirilmektedir, ancak muayeneye gönderen ve muayeneyi yapanın eylemleri kanun hükmünün yerine getirilmesi niteliğinde olduğundan hukuka uygundur<sup>219</sup>.

Genel Kadınların ve Genel Evlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün<sup>220</sup> 25. maddesine göre, “*Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlar da, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.*” Bu yönetmelik kapsamında iş icra eden kadınların bir kısım bulaşıcı ve kamu sağlığı yönünden riskli olan hastalıklarının tespit ve önlenmesi için ilgili düzenleme getirilmiştir. Bu tüzüğün uygulanması da TCK'nın 287/2. maddesi kapsamındaki istisnalardan biridir.<sup>221</sup>

TCK'nın 287/2. maddesi kapsamında değerlendirilecek bir diğer düzenleme ise, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 106. maddesi çerçevesinde yapılacak işlemlerdir. Bu maddede, zührevi bir hastalık taşıdığından kuşku duyulan ve bu hastalığı çevreye yayması muhtemel olan kişiler hakkında yetkililerin muayeneye gönderme işlemi yapabileceği ve kişinin yetkili hekim tarafından muayene edileceği,

---

<sup>217</sup> MAHMUTOĞLU, S. Fatih, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı 5, Nisan, 2005, s.42-44,

<sup>218</sup> 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 156 ncı maddesiyle, TCK 287/2 de yer alan “tüzüklerde” ibaresi de “yönetmelikler” şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>219</sup> NUHOĞLU, Genital, s.2997.

<sup>220</sup> R.G. 19.04.1961 tarih, 10786 sayılı.

<sup>221</sup> KANBUR, a.g.m., s. 24.; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ,a.g.e., s.8109.

bu kişiler hakkında sağlık durumlarına ilişkin sağlık raporu düzenleneceği belirtilmiştir. Zührevi hastalıkların tespitine ilişkin bu muayenenin, genital muayeneyi de kapsadığı doktrinde kabul edilmektedir<sup>222</sup>.

TCK'nın 287/2. maddesindeki düzenleme ile kamu sağlığını korumayı amaçlayan yasa yapıcı, bu kapsamda gerçekleştirilen fiilleri suç olarak kabul etmemiştir. Belirtmek gerekir ki, genital muayene işlemi vücut dokunulmazlığına müdahaleyi barındıran bir eylem olduğu için, kişilerin muayeneye gönderilebilmesi için ciddi bir şüphenin olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde kişinin cinsel dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ve insanlık onuruna karşı yapılabilecek ihlaller engellenmiş olacaktır.

Bireyleri tedaviye zorlayan bu tür tıbbi müdahaleler tıp etiği açısından tartışmalıdır. Bu tür girişimler; daha hafif yöntemlerin söz konusu olmaması, kamu sağlığı veya diğer kişilerin sağlığı yönünden zorunluluk bulunması halinde etik olarak kabul edilebilir. Tıp uygulamalarının teknolojik olarak geldiği nokta dikkate alınarak, yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekir. Hastalıkla mücadeleden beklenen yarar ile kişiyi tıbbi müdahaleye zorlamanın neden olduğu kişilik hakları ihlallerinin karşılaştırılması ve tedaviye zorlama yerine farklı tıbbi yöntemlerle hastalıkla mücadele yollarının araştırılması uygun olur<sup>223</sup>.

Aynı şekilde Evlenme Muayenesi Hakkındaki Nizamname<sup>224</sup> kapsamında düzenlenen muayene işlemleri de TCK'nın 287/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Evlenme Muayenesi Hakkındaki Nizamname'nin 2. maddesi uyarınca, evlenmek isteyen kişilerin resmi hekimlerce yapılan muayeneleri sonucunda Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun<sup>225</sup> 123 ve 124. maddelerine konu olan ve evlenmeye engel oluşturan hastalıkları taşımadıklarının rapor edilmesi zorunludur. Evlenmek isteyen kişilerin rızaları ile yapılan bu genital muayene, yargıç ve savcı

---

<sup>222</sup> DÜLGER, a.g.e., s.60; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.898.

<sup>223</sup> SERT, a.g.m., s.202.

<sup>224</sup> R.G. 17.08.1931 tarih, 11682 sayılı.

<sup>225</sup> R.G. 06.05.1930 tarih, 1489 sayılı.

kararı olmadan gerçekleştirilecek, muayeneye gönderen kişi ile muayeneyi gerçekleştiren tabip, TCK'nın 287/2. maddesi gereğince sorumlu olmayacaktır.

Ancak bu yasal düzenleme ölçülülük ve orantılılık ilkeleri yönünden tartışmalıdır. Yasanın hedeflediği amaç, hastalığın yayılmasını engellemek ve müstakbel eşlerin sağlıklarının korunması ise, kişilerin evlilik öncesinde de bir beraberlik yaşamaları ve cinsel birliktelikte bulunmuş olmaları durumunda güdülen amaca ne şekilde ulaşılabileceği belirsizdir. Bulaşıcı bir hastalık taşıyor da olsalar, kişilerin evlenmelerine engel olmak hukuksal ve etik yönleri ile tartışılacak bir konudur. Bu şekilde evlilik engellense bile bireylerin birlikte yaşamalarını engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Hal böyle olunca, yasanın amacı yönünden uygun bir yöntem olduğundan söz etmek mümkün değildir<sup>226</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesinin 8. fıkrasında, fuhuş suçunun mağduru olan kişinin tedavi edileceği öngörülmektedir. Böyle bir uygulama ile fuhuş mağduru kişinin esenlendirilmesi amaçlanmıştır. Fuhuş mağduru olarak bedensel ve psikolojik şiddete uğrayan kişiyi tedaviye zorlamak, bu kişide telafisi imkansız başka sorunlara yol açabilecektir. Diğer yandan, sağlık çalışanları da tıp etiğiyle bağdaşmayan uygulamaları gerçekleştirmek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle, kişinin talebi ve rızası olmaksızın böyle bir tedaviye girişilmemelidir<sup>227</sup>.

Askeri öğrenci adaylarında aranacak sağlık yeteneklerini düzenleyen Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin 25. maddesi 06.01.2004 tarihinde değiştirilmiştir. Yönetmeliğin değişik 38/2. maddesine göre "*Türk Silahlı Kuvvetlerinin askeri okullarına alınacak öğrenci adayları, tam sağlam olmalı ve bunlarda diskromatopsi bulunmamalıdır. Kız öğrencilerde genital muayene, anemez ve inspeksiyonla yapılır. Tabip lüzum gördüğünde pelvik ultrasonografi ve diğer*

---

<sup>226</sup> SERT, a.g.e., s.204-205.

<sup>227</sup> SERT, a.g.m., s.203-204.



*muayeneler ile laboratuvar muayenelerini yapabilir (Hymen muayenesi yapılamaz.)”<sup>228</sup>.*

Ayrıca tekrar değinmek gerekir ki; 5271 sayılı CMK m.75 ve 76. maddeleri ile Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin ilgili düzenlemeleri kapsamında alınan karar doğrultusunda hukuka uygun bir şekilde suçun aydınlatılması amacıyla yapılan genital muayene de hukuka uygun olacaktır. Dolayısıyla bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle şüpheli, sanık ve mağduru genital muayene işlemine gönderen veya muayeneyi gerçekleştiren hekim TCK 287/1 kapsamında sorumlu tutulmayacaktır.

Tedavi ya da estetik amaçla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygun hale gelebilecektir. Hakkı kullanmanın eylemi hukuka uygun bir hale sokmasının nedeni, kişiye hukuk düzeni tarafından tanınan yetkinin kişinin çıkarına uygun olması ve kişinin çıkarının diğer menfaatlere göre üstün kılınmış olmasıdır<sup>229</sup>. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, kişinin ya da hak sahibinin rızasının bulunması, müdahalenin tıp mesleğinin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Tıbbi müdahalelerde hakkın kullanılmasının yasal dayanağını, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>230</sup> ile Türk Tabipler Birliği Kanunu<sup>231</sup> oluşturur<sup>232</sup>.

Hukuka uygunluk kapsamında irdelenmesi gereken diğer bir konu ise ilgilinin rızasıdır. TCK'nın 26/2. maddesine göre, *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* Bu düzenleme ile haklarını kullanan kişilerin cezalandırılmayacağı güvenceye alınmıştır. Kişinin beden sağlığı için rızaen yaptırmış olduğu genital muayeneler TCK'nın 287. maddesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Hukuka uygunluk halleri olan, hakkın kullanılması ve

---

<sup>228</sup> (Erişim) [www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.2015.8136.pdf](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.2015.8136.pdf), 17 Mart 2019.

<sup>229</sup> TOROSLU, a. g. e. , s. 170.

<sup>230</sup> R.G. 14.4.1928 tarihli ve 863 sayılı.

<sup>231</sup> R.G. 31.1.1953 tarihli ve 8323 sayılı.

<sup>232</sup> MAHMUTOĞLU, a.g.m, s.54.

ilgilinin rızası doğrultusunda ve hasta-hekim ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde bu maddede tanımlanan suç oluşmaz<sup>233</sup>. Suç mağduru olan bir kişinin, mağduru olduğu suça ilişkin olarak delil elde edilmesi amacıyla, özgür iradesiyle genital muayene olması halinde eylem hukuka uygundur. Ancak rızası ile genital muayene olmak isteyen kişi, bir suçun mağduru değil de faili ise, bu halde rıza hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır. Zira CMK'nun 75. maddesi mutlaka karar aramakta, rıza ile muayenenin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir<sup>234</sup>.

Ebeveyn olmaktan kaynaklı yükümlülükler kapsamında tıbbi zorunluluk sebebiyle çocuğunu muayeneye götüren ebeveyn ile bu çerçevede çocuğu muayene eden hekim cezalandırılmayacaktır.<sup>235</sup>

Bizce de, kişi sağlığı ile ilgili olarak hekime muayene olmak istediğinde genital muayene suçu oluşmayacaktır. Anne babanın da tıbbi zorunluluk kapsamında çocuklarını muayene ettirmeleri hukuka uygunluk çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Kamu sağlığını korumak amacıyla, kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen muayene işlemlerinin kanunilik ve kişi güvenliği ilkeleri açısından tüzükle değil kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Tıp tekniğindeki gelişmeler gözetilerek, kişinin iradesine aykırı şekilde zorunlu müdahaleye tabi tutulması yerine başka yöntemlerin geliştirilmesi insan haklarına ve etik ilkelere daha uygun olacaktır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri de tıbbi etik ilkelerine uygun olmasıdır. Bu ilkeler, Özerkliğe Saygı, Zarar Vermeme, Faydalı Olma ve Adalettir.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> KANBUR, a.g.m., s. 24-25.

<sup>234</sup> NUHOĞLU, Genital, s.2996.

<sup>235</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.899.

<sup>236</sup> GILLON, Raanan. Medical ethics: four principles plus attention to scope. *Bmj*, 1994, 309.6948: 184, s.184-186.

### 3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

#### 3.1. Teşebbüs

Teşebbüs, kasıtlı işlenebilen bir suçun işlenmesine uygun araç ile başlanması ama icra hareketlerinin ya da sonucun şüphelinin elinde olmayan bir sebeple gerçekleşmemesidir. Teşebbüs tanımının yer aldığı 5237 sayılı TCK'nin 35. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”. Aynı maddenin 2. fıkrası doğrultusunda, teşebbüs düzeyinde kalmış suça tamamlanmış suça kıyasla daha az ceza verilmektedir<sup>237</sup>.

Suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. İki seçimlik hareketten oluşan genital muayene suçu, bir görüşe göre, her iki hareket yönünden de teşebbüse elverişlidir<sup>238</sup>.

Gönderme fiilinde gönderme dışında ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden, ancak icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür. Gönderme fiili bakımından suçun tamamlandığından söz edilebilmesi için, ilgilinin muayeneyi yapacak sağlık personelinin yanına kadar gönderilmiş olması gerekmektedir. Örneğin kolluk görevlisi genital muayeneye gönderme kararını kendisi yazıp, kişiyi götürmesi için bir başka memuru görevlendirse ve bu memur götürmezse veya kolluk kişiyi genital muayeneye götürürken kişi kaçarsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir<sup>239</sup>.

“Gönderen” bakımından, kişinin gönderilmek istenilen yere varması ile suçun tamamlanacağı, bu yüzden genital muayeneye göndermek/götürülmek üzere

---

<sup>237</sup> CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s.455; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Özel, s.59; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.347 vd.

<sup>238</sup> BEYAZIT, s. 162; KANBUR, s. 26; NUHOĞLU, Genital, s.2997.

<sup>239</sup> NUHOĞLU, Genital, s. 2997; HAKERİ, s. 832.

başlamış olunan icra hareketlerinin muayene yerine varmadan kesilmesi ile suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir<sup>240</sup>.

“Muayene yapma” yönünden, muayenenin en azından icrai hareketinin başlamış olması gerekmektedir. Muayene için, hasta odasına aldığı kişiyi hasta koltuğuna oturtan hekimin muayeneyi gerçekleştirememesi (örneğin kişinin kaçması) durumunda, eylem teşebbüs aşamasında kalmış olur<sup>241</sup>.

Bizce de, genital muayene suçu, iki seçimlik hareket yönünden de teşebbüse uygundur.

### 3.2. İştirak

Ceza yasalarında suçlar, çoğunlukla tek kişi tarafından gerçekleştirilecek eylemler olarak tarif edilirler. Ancak, yasal olarak ve nitelikleri itibarıyla tek kişi tarafından işlenebilen suçların doğrudan ya da dolaylı şekilde birden fazla kişinin değişik biçimlerde katılımıyla işlenmeleri olanaklıdır. İşte yasa gereği ve niteliği itibarıyla bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden çok kişinin anlaşmasıyla işlenmesi durumunda, iştiraktan bahsedilir ve bu suretle işlenen suçlar iştirak halinde işlenen suçlar olarak adlandırılır. 5237 sayılı TCK'nın 37 - 41. maddelerinde iştirak biçimleri; 'faillik', 'azmettirme' ve 'yardım etme' şeklinde düzenlenmiştir.

Genital muayene suçu iştirak yönünden herhangi bir özellik arz etmeyip, iştirak konusundaki genel hükümler bu suç yönünden de geçerlidir. İştiraktan bahsedebilmek için, suçun birden çok kişinin katılımıyla işlenmiş olması gerekir. Katılma maddi veya manevi şekilde gerçekleşebilir. Faillerin hareketleri farklı nitelik taşıyabilir; suçun işlenmesine aynı oranda katılmaları gerekli değildir<sup>242</sup>. Gönderen ve götüren şüphelinin eylemiyle, muayeneyi gerçekleştiren failin eylemi birbirinden

---

<sup>240</sup> HAKERİ, s. 832.

<sup>241</sup> HAKERİ, s. 832.; NUHOĞLU, Genital, s. 2997

<sup>242</sup> ÖZBEK, Veli, Özer; KANBUR, M.Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2013, s.544.

ayrı olarak suç oluşturmaktadır<sup>243</sup>. TCK'nın 287. maddesinde iki farklı suç düzenlendiğini kabul eden görüşe göre ise, kişiyi muayeneye gönderen veya götüren şüpheli ile muayeneyi yapan failin aralarında müşterek suç işleme iradesi bulunsa da, suç TCK'nın 37. maddesindeki iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu fikre göre, TCK'nın 287. maddesinde birbirinden bağımsız iki hareket ve farklı iki fail olduğundan her fail kendi işlediği fiilin kapsamında sorumlu olacaktır<sup>244</sup>.

Hakeri'ye göre, yurt müdürünün muayeneye gönderdiği öğrenciyi, durumu bilerek hastaneye götüren kişi de suça iştirak etmiş olur. Hakeri, bu kişinin eyleminin müşterek faillikten ziyade, yardım niteliğinde olduğu kanaatinde dir.<sup>245</sup> Bu suç için TCK'nın 37. maddesi ve devamındaki iştirak hükümleri uygulanabilecektir.

Biz de genital muayene suçunun seçimlik hareketli suç olduğunu kabul etmekteyiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, seçimlik hareketlerden olan genital muayeneye gönderme eylemini gerçekleştiren kişi asli fail olarak sorumlu tutulacak, genital muayeneye götüren kişi de yetkili merci kararı olmadan kişiyi genital muayeneye götürüyorsa suça iştirak etmiş olacaktır.

### 3.3. İçtima

TCK'da "*kaç tane eylem varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*" ilkesi benimsenmiştir<sup>246</sup>. Bu ilkeye göre, ceza hukukunda cezaların içtimaı geçerli olup; işlenen her bir suçtan ayrı ceza verilir ve her bir ceza bağımsız olarak varlığını korur<sup>247</sup>. Gerçek içtima denilen ve işlenen her suçtan ayrı bir ceza

---

<sup>243</sup> KANBUR, a.g.m., s.28.

<sup>244</sup> ÜNVER, a.g.e., s.372., TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.982.

<sup>245</sup> HAKERİ, a.g.e., s.832.

<sup>246</sup> ÖZGENÇ, s.563.

<sup>247</sup> GÖKTÜRK, Neslihan, Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, Yıl:2014, Sy:1-2, s.31. "5237 sayılı TCK'nun hazırlanmasında "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi esas alınmış, dolayısıyla da gerçek içtima kuralı benimsenmiştir.765 sayılı TCK'nda, aynı nev'iden fikri içtima ile farklı nev'iden fikri içtima tek madde halinde 79. maddede düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK'nda bu iki hal birbirinden ayrılarak, aynı nev'iden fikri içtima,

verilmesini öngören kuralın istisnası ‘suçların içtimaı’ şeklinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de bir eylemle birden çok yasa maddesine aykırı davranılmış olabileceği gibi, farklı eylemler aynı yasa maddesini ihlal etmiş olabilir. İçtima durumlarında, yasa yapıcı, çeşitli nedenlerle şüphelinin işlediği birden fazla suçu tek suç olarak nitelemekte ve faile tek bir ceza verilmesini esas almaktadır<sup>248</sup>.

5237 sayılı TCK’da suçların içtiması başlığıyla, ‘bileşik suç’ (m.42), ‘zincirleme suç’ (m.43) ve ‘fikri içtima’ (m.44) kuralları düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Genital Muayene Suçu bakımından suçların içtimaı kurallarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

İçtima doktrini aslolarak, eylemin tek olması ve çokluğu ayırımına dayanır. Bu ayırımın esasını oluşturan ‘eylem’ kavramının ne olduğu ve eylem tekliği- eylem çokluğu ayırımının hangi ölçütlere göre değerlendirileceği, suçların içtiması kurumunun odak noktasıdır. Bunun yanıtına göre de çözüm farklı şekilde ortaya çıkacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, eylemin tek olup olmadığı belirlenirken ‘hareket’ göz önünde bulundurulmalıdır<sup>249</sup>. Doktrine göre eylem sayısı tespit edilirken, failin gerçekleştirdiği hareketler hukuksal olarak değerlendirilecektir. Failin hareketleri, çoğunlukla tek bir hareketten ibaret değildir. Fail, birden çok iradi davranışta bulunur. Birden fazla hareket, ilgili kural karşısında hukuksal bakış

---

zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı nev’iden fikri içtima ise kanunun 44. maddesinde düzenlenmiştir.” (Y.1.CD, 08/05/2017, 2017/115-2017/1481, UYAP).

<sup>248</sup> ZAFER, s.441 vd; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.818; KOCA; ÜZÜLMEZ, s.399 vd; ÖZTÜRK; ERDEM, s.366.

<sup>249</sup> Hareketi esas alan yazarlar ile neticeyi esas alan yazarlar ve tartışmalar için bkz. GÖKTÜRK, s. 32 vd; KOCA; ÜZÜLMEZ, s. 401 vd; ZAFER, s. 442 vd; ARTUK; GÖKCEN; YENİDÜNYA, Genel, s.821 vd; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s. 489 vd.

765 sayılı TCK döneminde klasik suç teorisi etkili olduğundan, öğretilerde ağırlık olarak “fiil” denilince bundan hareket, netice ve bunları birbirine bağlayan nedensellik bağı anlaşılmıştır. Klasik suç teorisine göre, suça haksızlık içeriğini kazandıran unsur netice olduğundan ve her suçta mutlaka bir netice bulunması gerektiğinden, fiilin tekliği ve çokluğunun belirlenmesinde neticenin esas alınması gerekir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK ise; bazı maddelerin metin ve gerekçelerinden de (Örneğin bkz. 44. maddenin gerekçesi; 8.madde metni) anlaşılacağı üzere “hareketi” esas almıştır. Öğretilerdeki bu yönlü görüşte her geçen gün güçlenmektedir. Yargıtayın bazı kararlarında da fiilden maksadın hareket olduğu ifade edilmektedir (bkz. DÜLGER, Murat Volkan, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar Ve Yaptırımlar, Ankara 2011, s. 610; GÖKTÜRK, s. 34 vd).

açısıyla gerçekleştirilen değerlendirmede bir bütün oluşturuyorsa, hukuksal anlamda eylem teklifinden söz edilecektir<sup>250</sup>.

Genital Muayene suçunun seçimlik hareketli suç olduğu belirtilmişti. Seçimlik hareketli suçlar, söz konusu hareketlerden yalnızca birinin yerine getirilmesiyle oluşur. Birden çok seçimlik hareket ortaya konulsa bile tek suç oluşur<sup>251</sup>.

Başka bir ifadeyle, belli bir hukuksal çıkarı korumakla birlikte, işlenen suçta tek eylemle birden çok hukuksal yararın ya da birden çok eylemle aynı hukuksal yarara aykırı davranılmış olması suçların içtimaı (ya da suçlarda içtima) olarak tanımlanır<sup>252</sup>. Genital muayene suçu ile de korunan hukuki menfaat, kişilerin vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişilik hakkı ve insan onurudur. Suçların içtimaı hallerinden olan TCK'nin 43/1. maddesindeki zincirleme suç<sup>253</sup> hükümleri genital muayene suçu yönünden uygulanabilecektir.

---

<sup>250</sup> GÖKTÜRK, s.40-41. “Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir eylemi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek fiil olarak kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin tek fiil olarak olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu halde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilmiş olması hareketin hukuken tek olmasını etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin teklifi, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki “tek bir fiili” oluşturmaktadır.” (Y.1.CD, 08/05/2017, 2017/115-2017/1481, UYAP).

<sup>251</sup> CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s.258; ÖZGENÇ, s.169; İÇEL, Kayıhan, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s.44. “Seçimlik hareketlerden birisinin tamamlanmış, diğerinin teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda, tamamlanmış olan hareket esas alınarak suçun tamamlanmış olduğu kabul edilecektir (KOCA; ÜZÜLMEZ, s.140). “Bazı suç tiplerinde ise, kanundaki tanımda belirtilen birbirinin alternatifi olan birden fazla hareketin gerçekleştirilmesiyle suç işlenebilmektedir. Öğretide seçimlik hareketli olarak isimlendirilen bu suç tiplerinde, sayılan seçimlik hareketlerin herhangi birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Belirtilen seçimlik hareketlerden birkaçının ya da tamamının yapılması halinde de birden fazla suç değil, tek suç oluşacaktır” (YCGK, 11.06.2013, 2013/13-303, 2013/296, UYAP).

<sup>252</sup> ÖZBEK; KANBUR; DOĞAN; BACAKSIZ; TEPE, a.g.e., s.561.

<sup>253</sup> TCK m. 43 “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli

Bu noktada, genital muayene suçunun seçimlik iki hareketini zincirleme suçun uygulanışı bakımından ayırmak ve incelemek gerekir. Gönderme fiili, bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda, aynı kişiye yönelik olarak birden fazla kez işlenirse TCK'nın 43/1. maddesi hükmü uygulanacaktır. Aynı şekilde tek bir fiille birden fazla kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde de TCK'nın 43/2. madde hükmüne göre zincirleme suç söz konusu olabilecektir<sup>254</sup>. Yurttan kalan kız öğrenciyi farklı zamanlarda birden çok kez genital muayeneye gönderen yurt müdürü, TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu tutulacaktır. Yurttan barınan bir grup kız öğrenciyi tek bir yazıyla genital muayeneye gönderen görevliyse TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası kapsamında zincirleme suç hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Öte yandan muayene yapma fiili yönünden bir kişinin farklı zamanlarda, aynı fail tarafından birden çok kere genital muayene edilmesi durumunda, faille ilgili olarak TCK'nın 43/1. maddesi hükmü uygulanacaktır. Ancak tek bir fiille birden fazla kişinin muayene edilmesi teknik olarak mümkün olmadığı için, yani tek bir hekimin aynı anda beş kişinin genital muayenesini yapması mümkün olmadığından, bu eylem yönünden TCK'nın 43/2. maddesi hükmünün uygulanması mümkün değildir<sup>255</sup>. Bu durumda, gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Genital muayeneye gönderen ile muayene edenin aynı kişi olması halinde, madde hükmü seçimlik hareket şeklinde öngörüldüğünden, fail sadece bir eylemden dolayı bir kez cezalandırılacaktır. Mağduru kendi kliniğine yönlendiren failin, ardından kliniğe geçerek muayeneyi gerçekleştirmesi durumunda, tek eylemden dolayı bir kez cezalandırılacaktır<sup>256</sup>. Zira iki seçimlik hareketten herhangi birinin

---

şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.”

<sup>254</sup> KANBUR, a. g. M., s.27.

<sup>255</sup> DÜLGER, s. 64-65., KANBUR, s. 27., TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, s.900., YAŞAR; GÖKCAN; ARTUÇ, s. 8110.

<sup>256</sup> BEYAZIT, Özgür, Genital Muayene Suçu, CHD, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, s. 151-165.



yapılmasından sonra yapılan hareket, cezalandırılmayan sonraki hareketler kuramı gereğince aynı suç tipinin içinde eriyecektir<sup>257</sup>.

Bizce de failin tek bir fiilden cezalandırılması gerekmektedir. Maddedeki seçimlik eylemleri tek bir kişinin gerçekleştirmesi durumunda, eylemler aynı suç tipinin içinde birleşecektir.

Ayrıca tartışılması gereken bir diğer konu ise, genital muayeneyi yapan failin TCK'nın 102. maddesindeki cinsel saldırı veya 103. maddesindeki çocukların cinsel istismarı suçlarından da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorunudur. Doktrinde bu alanda farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşlerden biri, genital muayene sırasında, zorunlu olmadığı halde kişinin vücuduna organ ya da sair cisim sokularak genital muayene yapılmışsa, failin genital muayene suçunun haricinde cinsel saldırı suçundan da cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır<sup>258</sup>.

Diğer görüşe göreyse, kastın hangi suça yönelik olduğunun saptanması önemlidir. Failin kastının, genital muayene eylemine mi yoksa cinsel duyguların tatminine mi yönelik olduğu belirlenmelidir. Şüpheli veya sanığın kastına göre, ya genital muayene ya da koşulların varlığına göre cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçu meydana gelecektir. Genital muayene suçu ile cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarının fikri içtima ilkeleri doğrultusunda tek bir hareketle işlenmeleri mümkün olmayacaktır<sup>259</sup>.

Bizce de, bir genital muayene işlemi sırasında, cinsel saldırının ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının tipikliği meydana geliyorsa, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin cezalandırılması gerekmektedir.

---

<sup>257</sup> KANBUR, a.g.m., s.27.

<sup>258</sup> KANBUR, a.g.m., s.28., BEYAZIT, a.g.e.,s.163., DÜLGER, Tıp Hukuku Sempozyumu, s.1280;NUHOĞLU, Genital, s.2998.

<sup>259</sup> TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s.1023-1024.

İçtima hükümleri kapsamında tartışma konusu olan bir diğer suç ise, TCK'nın 109. maddesinde tanımlanan 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma' suçudur. TCK'nın 109. maddesine göre "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*" Bu çerçevede genital muayene suçunun seçimlik hareketlerinden olan genital muayeneye gönderen veya götüren failin eylemi, aynı şekilde TCK'nın 109. maddesinde tanımlanan 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma' eylemini de zorunlu olarak içermektedir. Bu nedenlerle faile ayrıca TCK'nın 109. maddesi çerçevesinde ceza verilmez. Çünkü bu fiili kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan işlemek mümkün değildir<sup>260</sup>. Ancak genital muayene amacını aşan şekilde kişinin hürriyeti kısıtlanmışsa, genital muayene suçu dışında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da oluşabilecektir. Kişinin genital muayeneden kaçmasını önlemek amacıyla günlerce bir yerde kapalı tutulması veya muayeneden sonra bir yere kapatılması durumunda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi de gerçekleşmiş olacaktır<sup>261</sup>.

Kanaatimizce de, makul görülebilecek özgürlükten yoksun bırakma süresi, muayene edilecek yere varmak için gerekli olan ve bu sırada geçen süredir. Kişinin uzun süre zorla alıkonulması, failin TCK'nın 109. maddesi çerçevesinde cezalandırılmasını gerektirecektir.

Genital muayene eylemi sırasında, bireyin bedenine acı verilmesi, sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına yol açılması durumunda şüpheli ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılacaktır. Genital muayene işlemi sırasında hymenin bozulması da kasten yaralama eylemi niteliğindedir.

---

<sup>260</sup> DÜLGER, a.g.e., s.1281., KANBUR, a.g.m., s.28.

<sup>261</sup> KANBUR, a.g.m., s.28.

## 4. SUÇUN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI

### 4.1. Yaptırım

Genital muayene suçunun düzenlendiği TCK'nın 287. maddesinde, genital muayene suçunu işleyen faille ilgili olarak, 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasının uygulanacağı öngörülmüştür. Eylem için belirlenen hapis cezası, TCK'nın 49. maddesinde düzenlenen süreli hapis cezasıdır.

Bu nedenle faille verilen cezanın, TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımlara çevrilmesi, TCK'nın 51. maddesi kapsamında ertelenmesi veya sanığın da kabulü üzerine CMK'nın 231/5. maddesi<sup>262</sup> çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür.

### 4.2. Zamanaşımı

Dava zamanaşımının düzenlendiği TCK'nın 66. maddesinde genel dava zamanaşımı 8 yıl olarak öngörülmüştür. Bu süre genital muayene suçu için de geçerlidir. Ancak TCK'nın 66/2. maddesinde eylem tarihinde oniki yaşını doldurmuş ancak onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar için bu sürelerin yarısının, onbeş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar içinse, sürenin üçte ikisinin geçmesiyle kamu davasının düşeceği düzenlenmiştir. TCK'nın 67. maddesinin 4. fıkrasına göre dava zamanaşımının kesilmesi durumunda, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak yasada belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacaktır. Genital muayene suçu için geçerli olan 8 yıllık zamanaşımının kesilmesi halinde uygulanacak olağanüstü zamanaşımı süresi hüküm gereğince 12 yıldır.

---

<sup>262</sup> CMK 231/5; “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.”

## **5.YARGILAMA YÖNTEMİ**

### **5.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Genital Muayene Suçunda, suçun işlendiği yer Sulh Ceza Mahkemesi görevli ve yetkili mahkeme iken, 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı kanununun 46. maddesi ile yapılan değişiklikle, mahkemelerin görevini düzenleyen 5235 sayılı yasanın 8/1. maddesinde yer alan ‘Sulh Ceza’ ibaresi metinden çıkarılmıştır. Böylece görevli ve yetkili mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi olmuştur.

### **5.2. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi**

Yasa koyucu, işlenen suçun koruduğu hukuksal değer ile mağdurun kimliği gibi durumları dikkate alarak suçun re'sen kovuşturulup kovuşturulmayacağını belirler. Ceza yargılaması hukukunda genellikle suçlar re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Bunun yanında, bazı suçlar bakımından ise soruşturma ve kovuşturma, suçtan zarar görenin şikâyette bulunması koşuluna bağlanmıştır. İlgili yasada suçun, mağdurun veya diğer bir kişinin şikayeti doğrultusunda kovuşturulacağı şeklinde özel bir düzenleme bulunmuyorsa, o suç re'sen kovuşturulacaktır.

Genital Muayene Suçunun takibi şikayet koşuluna bağlanmamıştır. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturulması, genel hükümlere bağlı olarak, re'sen yapılacaktır. Yetkili birimler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesi ihbar ve şikayet şeklinde veya re'sen olabilir. Suçun soruşturulması şikayete bağlı kılınmadığından, şikayet de dahil olmak üzere herhangi bir şekilde suç şüphesinden haberdar olunmasıyla birlikte yetkili birimlerce soruşturmaya başlanır.

Fail kamu görevlisi ise ve suçu görevi sebebi ile gerçekleştirmiş ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun maddeleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekmekte ve bu yasa gereği soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için kanunda sayılan mercilerden izin alınması

gerekmektedir<sup>263</sup>. Fakat kamu görevlisi olan adli kolluğun TCK'nın 287. maddesindeki suçu işlemesi halinde, 4483 sayılı kanunda belirtilen izin şartı aranmaksızın, CMK'nın 161/5. maddesi gereğince cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma başlatılacaktır<sup>264</sup>. Zira adliyeye karşı işlenen bir suç olarak kabul edildiğinden kolluk görevlilerinin bu suçu işlemesi veya kamu görevlisi sağlık personelinin muayeneyi yapması halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun maddeleri doğrultusunda soruşturma izni almaya gerek yoktur<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> DÜLGER, Tıp Hukuku Sempozyumu, s.1282-1283.

<sup>264</sup> KANBUR, a.g.m., s. 29. ; DÜLGER, Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 1283.

<sup>265</sup> NUHOĞLU, Genital, s.2998.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENİTAL MUAYENEDE HEKİMİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU

#### 1.TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI

##### 1.1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, tıp bilimini ilgilendirdiği kadar hukuku da yakından ilgilendirmektedir<sup>266</sup>. Tıbbi müdahalenin unsurlarının ve hukuki niteliğinin anlaşılması için tanımlanması gereklidir. Mevzuatımızda “tıbbi müdahale” kanun düzeyinde tanımlanmış değildir. Ülkemizin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi’nde<sup>267</sup> tıbbi müdahale kavramına yer verilmekle birlikte tanımlama yoluna gidilmemiştir. Ancak Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporunun 29. paragrafında, “*Müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır*” hükmüyle tıbbi müdahale kavramından ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>268</sup>.

İkincil mevzuatta tıbbi müdahaleye ilişkin tanımlamalara rastlanmaktadır. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre, “tıbbi müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimdir.”<sup>269</sup> Beden Muayenesi Yönetmeliği’nin 3. maddesinde, “tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı,

---

<sup>266</sup> KAYAER, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir 2012, s. 4.

<sup>267</sup> 20.04.2004 Tarihli 25439 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>268</sup> ÇAVUŞOĞLU, Dilek, Hekimin Cezai Sorumluluğu Ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s.9.

<sup>269</sup> R.G. 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı.

tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri” müdahale olarak tanımlanmıştır.<sup>270</sup>

Öğretide ise tıbbi müdahalenin tanımı konusunda, doktrinde fikir birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir görüşe göre tıbbî müdahale; “ *tıbben yetkili kişiler tarafından, kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve teknik gereklerine uygun bir şekilde gerçekleştirilen girişimdir.*”<sup>271</sup> Benzer içerikli bir diğer görüşe göreyse, tıbbi müdahale hekimlik mesleğini yürütmeye yetkili kişi eliyle, tedavi ve iyileştirme amaçlı olarak doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyettir<sup>272</sup>. Ancak günümüzde birçok kişi tedavi maksadı dışında doktora başvurmaktadır. Özellikle estetik amaçla veya sterilizasyon istemi ile doktora başvuranlar bu kapsamda sayılabilir<sup>273</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği’ne göre hasta “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi” ifade etse de, öğretilerde estetik amaçlı müdahale talebinde bulunan bu kişilerin aslında hasta olmadıkları ancak talep ettikleri işlemlerin tıbbi müdahale olarak kabul edildiği savunulmuştur. Doktrinde tıbbi müdahalenin sadece tedavi amaçlı olmadığını savunan yazarlara göre, değişen ve talep edilen ihtiyaçlar doğrultusunda yapılan işlemler de tıbbi müdahale olmaktadır<sup>274</sup>.

Bizce de tıbbi müdahaleyi, gelişen bilim, teknoloji ve değişen talepler nedeniyle yalnızca hasta kişiye yönelen ve tedavi etmek amaçlı uygulanan faaliyet olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu doğrultuda en kapsamlı tanımlama ile tıbbi müdahale; “ *kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal hastalıklarını, eksikliklerini teşhis ve tedavi etmek ya da tedavi mümkün değilse hastalığını hafifletmek, acılarını dindirmek ya da kişileri böyle bir rahatsızlıktan korumak veya nüfus planlaması*

---

<sup>270</sup> R.G. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı.

<sup>271</sup> ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s. 15.

<sup>272</sup> AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991, s. 5.

<sup>273</sup> ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s.16.

<sup>274</sup> ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1.Baskı, Ankara, 2003, s.76.

*gayesiyle tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili hekimler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslar doğrultusunda ve uygun bir biçimde gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her türlü faaliyet ” olarak tanımlanabilir<sup>275</sup>.*

Tıbbi müdahale; tıp alanında yaygın bir uygulama alanına sahip olup olmamasına, uygulanma şekline ve uygulandığı yere göre sınıflandırılmıştır. Tıbbi müdahalenin uygulama alanı geleneksel tıbbi müdahale veya yeni bir tıbbi müdahale şeklinde ortaya çıkabilir. Geleneksel müdahaleler tıp biliminde yerleşmiş uygulamalardır. Yeni tıbbi müdahaleler ise yeterince denenmemiş, araştırma nitelikli yöntemlerle uygulanan müdahalelerdir. Bu tarz müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı geniş tutulacak, hekimden beklenen özenin düzeyi de daha ağır olacaktır. Tıbbi müdahale vucüt bütünlüğüne yönelik müdahale ile vucüt bütünlüğüne dokunmamasına karşın bedensel ve ruhsal müdahaleler olarak da sınıflandırılır. Tıbbi müdahale icra edildiği yere göre, serbest çalışan bir tabip ya da kurumda çalışan doktor tarafından icra edilmesi yönüyle de sınıflandırılmıştır<sup>276</sup>.

Tıbbi işlemlerin yasa yapıcı tarafından tanınıp yasal temele kavuşturulmuş olması dolayısıyla bir hakkın icrası söz konusu olmaktadır. Tıp mesleğini icraya yetkili olmak için bu konuda diploma almak, tabip odasına kaydolmak koşuluyla hekime bir yetki tanınmış olacaktır. Hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesinin kaynağı bu yetkidir<sup>277</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde, “ *kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi* ” iç beden muayenesi olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 4. maddesine göre “ *cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.*” Böylece, bir ceza

---

<sup>275</sup> ÇAKMUT, Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 24.

<sup>276</sup> PETEK, Hasan, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, Ocak, 2013, s. 84-85.

<sup>277</sup> KEYMAN, S, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, AÜHFD, C.XXXV, 1978, s.68



yargılaması işlemi olan genital muayene de tıbbi müdahale tanımı içinde kalmaktadır.

## 1.2. Müdahalenin Sağlık Personeli Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahalenin bireyler üzerinde doğurabileceği olası olumsuzluklar sebebiyle, tıbbi müdahalede bulunma yetkisi yalnızca sağlık personeline verilmiştir<sup>278</sup>. Tıbbi müdahalede bulunabilecek yetkili kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da<sup>279</sup> sayılmıştır<sup>280</sup>. Aynı kanunda yetkili sağlık personeli olmanın koşulları da belirtilmiştir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, müdahaleyi icra eden kişinin kanunen yetkili olması, diğer bir deyişle hekimin tıbbi müdahale konusunda hakka sahip olması gerekir. Tıbbi müdahalelerde hakkın yerine getirilmesi, tıp mesleğinin kullanımına dayanmaktadır<sup>281</sup>.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesine göre; *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır”*. Tıp fakültesinden mezun olup, tıp diplomasına sahip kişiye hekim denir. Bu kişi tıp mesleğini icraya yetkili kişidir. Ülkemizde hekimlik mesleğinin icrası için, tıp fakültesinden mezun olmak gereklidir. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 1219 sayılı Kanunda 2011 yılında yapılan değişiklikle, 4. maddesinin birinci cümlesinde yer alan ‘Türk hekimlerinin’ ibaresi ‘hekimlerin’<sup>282</sup> olarak değiştirilmiştir. Bir diğer deyişle bu düzenleme ile Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Serbest hekimlik yapanlar tabipler odasına kayıt olmak zorundadırlar<sup>283</sup>. Hekimlik mesleğinin yerine getirilmesi konusunda geçici ya da kalıcı engel hali olmamalıdır. Hekimin diplomasını başkasına kiraya vermesi,

<sup>278</sup> HAKERİ, a.g.e., s. 256.

<sup>279</sup> R.G 14.04.1928 tarih ve 1219 sayılı.

<sup>280</sup> 1219 sayılı Kanun gereği tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları ve hasta bakıcı hemşirelerdir.

<sup>281</sup> BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.111.

<sup>282</sup> R.G. 02.10.2011, KHK/663 sayılı.

<sup>283</sup> R.G 31.01.1953, 6023 sayılı TBB Kanunu.

devretmesi mümkün değildir. Hekimin çalışmadığı bir yerde çalışıyor gözükmesi hem hekimlik sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerle aykırı olacak hem de ceza hukuku sorumluluğunu doğurabilecektir<sup>284</sup>.

Hekimlik mesleği, uzmanlık düzeylerine göre, pratisyen hekimlik ve uzman hekimlik şeklinde iki gruptan oluşmaktadır. Bazı yazarlara göre, tıp fakültesinden mezun olarak, hekim sıfatını taşıyan kişiler ilke olarak bütün tıbbi alanlarda tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahiplerdir.<sup>285</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunu'nun 8. maddesi ile hekimlik mesleğini icra etmeye yetkili kişilerin, genel surette hastalıkları tedavi etme hak ve yetkisine sahip oldukları düzenlenmiştir. Doktrinde, zorunlu haller haricinde, uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin pratisyen hekimler veya başka alandaki uzman hekimlerce yapılmasının hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağı kabul edilmiştir. 1219 sayılı Kanunu'nun 3. maddesinde cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için ihtisas diplomasının gerekliliği kabul edilmiştir. Zorunluluk durumu dışında, bu tarz müdahalelerin pratisyen hekimler tarafından gerçekleştirilmesi, müdahalenin tıbbi niteliğini değiştirmezse de, hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilir<sup>286</sup>.

Kanaatimizce de, yasa yapıcı burada uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin işin uzmanı tarafından yapılmadığında ortaya çıkabilecek zararların önlenmesini hedeflemiştir. Tıp biliminin hızlı gelişimi doğrultusunda bir hekimin tıbbın bütün alanlarında bilgi sahibi olması beklenemeyeceğinden, tıbbi müdahale konusundaki yetki belirlenirken, uzmanlık alanlarının dikkate alınması gereklidir<sup>287</sup>.

Ebeler, tıbbi müdahalede bulunabilecekler arasında sayılmış kişilerdendir. 1219 sayılı yasaya göre, *“Türkiye’de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil*

---

<sup>284</sup> HAKERİ, a.g.e., s.258.

<sup>285</sup> HAKERİ, a.g.e., s.258.

<sup>286</sup> AYAN, a. g. e., s. 6.

<sup>287</sup> BAYRAKTAR, a. g. e., s. 117., HAKERİ, a. g. e., s. 260-261.

*edilenlere ebe unvanı verilir.” Ebeler, hamilelerin muayenesiyle, doğum için gerekli basit müdahalelerde bulunmaya, çocuk için gerekli ilk tedbirleri almaya yetkilidirler. 1219 sayılı Kanunda ebelerin çiçek aşısı yapabilecekleri ve yaptıkları işle ilgili reçete yazabilecekleri de yer almıştır.*

Hekimlik eğitimi alan ancak henüz diploma sahibi olmayan kişilerin yapmış olduğu tıbbi müdahalelerden kaynaklanan hukuki sorumluluk uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardandır<sup>288</sup>. Bu kişilerin tıbbi müdahalede bulunmaları için kanunda aranan tıp fakültesinden ya da diğer okullardan mezun olma şartı gerçekleşmediği için hukuki sorumlulukları olmayacaktır. Ancak öğrencilerin mesleki eğitimleri sürecinde, meslek pratiğini öğrenmeleri için tıbbi müdahale faaliyetlerinde bulunmaları gereklidir. Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık Ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmeliğin<sup>289</sup> 3/3-ç maddesinde tabiplik koşullarından biri, *“yetkililerin gözetiminde hastanelerde gerçekleştirilecek yeterli klinik deneyimine sahip olmak”* şeklinde belirtilmiştir. Bu düzenleme ile öğrencilerin yetkili kişilerin denetiminde pratiğe ilişkin işlemler yapabilecekleri öngörülmüştür. Ancak gözetim sorumluluğu olan kişilerin, öğrencilerin eğitim seviyesini, yeteneklerini, müdahaleyi yaptırdıkları aşamada gözetmeleri gerekmektedir. Ayrıca öğrencilerin, gerekli özeni göstermeleri konusunda uyarılmaları gerekir. Aksi durumda üstlenme kusuru söz olacaktır<sup>290</sup>. Tıp fakültesi öğrencilerinin, katıldıkları tıbbi müdahaleler bakımından Türk Borçlar Kanunu anlamında ifa yardımcısı sayılmaları ve sorumluluklarının da bu esaslar çerçevesinde çözümlenmesi uygundur<sup>291</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde tıbbi müdahalenin, hekim ya da diğer sağlık personeline gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Aynı Yönetmeliğin 4 ve 7. maddelerinde şüpheli, sanık, mağdur ve diğerlerinin beden muayenelerinin ancak hekim tarafından gerçekleştirileceği şart koşulmuştur. İç beden

---

<sup>288</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 263.

<sup>289</sup> R.G. 02.02.2008, 26775 sayılı.

<sup>290</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 264.

<sup>291</sup> AYAN, a. g. e., s. 6.

muayenesi olan genital muayene işlemi de, bu düzenleme doğrultusunda sadece tabip tarafından yapılabilecektir.

### 1.3. Aydınlatma

Hastanın tıbbi müdahaleye rızası, bireysel özerklik hakkının bir yansımasıdır. Muayeneye ortaya çıkacak fiziksel ve psikolojik risklerin azaltılması ve mahremiyetin ihlalini önlemek de rıza alınmasının temel gerekçeleri arasındadır<sup>292</sup>. Kişinin anayasa tarafından güvence altına alınan vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına müdahalenin hukuka uygun olması için kişinin kesinlikle aydınlatılmış olması gerekmektedir. Bireyin özgürce karar verebilmesi için hiçbir zorlama altında olmaması gerekmektedir. Bireye, müdahale ile ilgili tüm ayrıntılar anlatılmalıdır. Hekimin eksik bilgilendirme/aydınlatma yapmış olması, rıza alınmaksızın gerçekleştirilen bir tıbbi müdahalede işleminde olduğu gibi, kişinin bireysel özerkliğini ihlal edecektir<sup>293</sup>.

Hastanın özerkliği ve kendi kaderini tayin etme hakkının sonuçları olarak hastaya tedavi ve bunun riskleri konusunda bilgilendirme yapılmalıdır. Bali Bildirgesi<sup>294</sup> gereğince de; “*hasta, kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir.*” Hekim, uygulayacağı tedavi ile ilgili kararların sonuçları hakkında da hastayı bilgilendirmekle yükümlüdür.

Bu şekilde hastaya farklı tedavi yöntemleri arasında seçim yapma olanağı da sunulmuş olacaktır. Tıbbi müdahale, sonuçta, hastanın ruh ve beden bütünlüğüne

---

<sup>292</sup> DHAI, Amaboo; PAYNE-JAMES, Jason, “Problems of capacity, consent and confidentiality”, Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology, 2013, 27.1; s. 62.

<sup>293</sup> SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu Ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, çev. Gülsün Ayhan Aygörmez, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s. 31.

<sup>294</sup> (Erişim) <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/bali.htm>, 31 Mart 2019.

yönelik bir müdahale içerdiğinden hastanın rızasına uygun olarak gerçekleştirilmelidir<sup>295</sup>.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının koşullarından biri de hastanın müdahaleye rıza göstermesidir. Rızanın hukuksal olarak geçerliliğinden söz edebilmek için hastanın etraflı şekilde aydınlatılmış/bilgilendirilmiş bulunması gerekmektedir<sup>296</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin<sup>297</sup> üçüncü bölümünde “*Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı*”nın yer aldığı kısmın, bilgilendirmenin kapsamını düzenleyen 15. maddesinde hastanın aydınlatılma hakkı yasa yapıcı tarafından güvenceye alınmıştır. Rızayı geçerli kabul etmek için, hastanın hekim tarafından aydınlatılmış olması, müdahalenin tehlikesi ve sonuçlarıyla ilgili kapsamlı şekilde bilgi sahibi olması gereklidir<sup>298</sup>. Hukuka uygun rızanın varlığından söz edebilmek için aydınlatmanın yapılmış olması gerekmektedir. Aydınlatma, rızanın geçerliliği için ön şart olduğundan aydınlatma yapılmaksızın alınan rızanın geçerliliği yoktur<sup>299</sup>. Hastanın kendisine bilgilendirme yapılmadığı iddiası söz konusu olduğunda ispat sorunu ortaya çıkmaktadır. Aydınlatmanın ispatı önemli yere sahiptir. Hasta aydınlatılmadığını iddia ederse, hastaya düşen ispat yükü yer değiştirir ve hekim hastayı aydınlattığını ispatla yükümlü olur<sup>300</sup>.

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/19631 E. ve 2013/26901 K. sayılı kararında “...sırttan alınacak parça sonucunda oluşacak olası komplikasyonları anlattığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına dair bir delil sunulmamıştır. Öyle olunca, mahkemece, aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve davacının tazminat talepleri de değerlendirilerek

---

<sup>295</sup> SAVAŞ, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 265-266.

<sup>296</sup> ÇETİN, Gürsel, Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.176.

<sup>297</sup> RG, 01.08.1998, 23420 sayılı.

<sup>298</sup> ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.70.

<sup>299</sup> SAVAŞ Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s.39.

<sup>300</sup> SAVAŞ, a. g. e., s. 39.

*hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi...*” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını yöntem ve yasaya aykırı bularak bozmuştur<sup>301</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesinde, yasal düzenlemelerle öngörülmesi halinde ve uyuşmazlık olasılığının bulunduğu tıbbi müdahaleler için sağlık birimlerince iki nüsha rıza formunun hazırlanacağı, bu formdaki bilgilerin sözel şekilde hastaya aktarılacağı, formun hastaya ya da yasal temsilcisine imzalatılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddede, acil durumlar için tıbbi müdahalede bulunulmasının hasta tarafından kabul görmemesi halinde, beyanın imzalı şekilde alınacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre rıza formu, bilgilendiren ve tıbbi müdahalede bulunacak sağlık mesleği mensubunca imzalanacaktır.

Uygulamada sağlık kuruluşları “*aydınlatılmış onam formu*” başlıklı ve yapılacak müdahale hakkındaki bilgileri içeren matbu belgeleri, hastalara ve yakınlarına imzalatarak, aydınlatmanın yapıldığını kayıt altına almaya çalışmaktadırlar. Ancak bu yöntem bir çözüm olmakla birlikte hekimi her zaman hukuki sorumluluktan tamamen kurtaran bir işlem değildir. Nihayetinde hastanın bu aydınlatılmış onam formunun kendisine açıklanmadığını sadece imzalatıldığını iddia etmesi dahi hekim yönünden ispat yükümlülüğünü yeniden ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle kanaatimizce, aydınlatmaya esas, aydınlatılmış onam belgelerinde en azından hastanın el yazısı ile yazması gereken kısımlar bulunmalıdır. Hastanın, aydınlatmanın yapıldığını ve anladığını el yazısı ile yazabileceği bir bölüm olmalıdır.

Aydınlatma kavramı ile ilgili bir diğer husus ise, aydınlatma ile ‘bilgilendirme’ kavramının aynı anlama gelip gelmediğidir. Bu iki kavramın farklı anlamlara geldiğini ileri süren görüşe göre, konunun hastaya açıklanması bilgilendirme,

---

<sup>301</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/19631 E. ve 2013/26901 K. tarihli kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyp Portal, 28 Haziran 2019.

hastanın açıklanan konuyu anlaması ise aydınlatmadır. Buna göre bilgilendirme halinde hasta karar verme yetisine sahip olamamıştır<sup>302</sup>.

Hakeri'ye göre iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>303</sup>. Çünkü bilgilendirme kavramını, yapılan açıklamaları anlamamak ve karar verme yetisinden yoksunluk halleri ile bir tutmak kabul edilebilir değildir. İki kavram anlam ve amaç yönünden aynı işlevi yerine getirmektedir.

Aydınlatma, işlevleri doğrultusunda farklı çeşitlere ayrılır. Aydınlatma yükümlülüğünün temelinde iki işlevinden söz edilebilir. Birinci işlev, teşhis ve tedavi süreci ile ilgili hastayı bilgilendirmektir. Aydınlatmanın ikinci görevi ise, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktır ve buna otonomi /karar aydınlatması denir<sup>304</sup>.

### 1.3.1. Genel Olarak

Tedavi aydınlatması, hastanın rızasını elde etmeye yönelik bir aydınlatmadır<sup>305</sup>. Aydınlatmanın ayrıntılı bir şekilde yapılmış olması gerekir. Kişinin vücut bütünlüğüyle ilgili olarak görüşünü belirtebilmesi için, görüş belirteceği konuda bilgi sahibi olması gereklidir. Tıbbi müdahale konusunda kişi, uygulanacak tıbbi müdahalenin bütün sonuçları, diğer seçenekleri, uygulanması ya da uygulanmaması durumunda gelişmesi beklenen durumlar ve müdahalenin kapsamına göre gereken diğer hususlarla ilgili, tıbbi müdahalede bulunacak kişi tarafından bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirmenin gerçekleştirildiğinin kanıtlanması durumunda kişinin rızası hukuksal olarak değer kazanır. Aydınlatma yapılmaksızın verilen rızanın hukuki açıdan bir değeri yoktur<sup>306</sup>. Bu durum doktrinde kabul edildiği

---

<sup>302</sup> DOĞAN, Cahid, Hastanın Aydınlatma ve Rızasının Alınması, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2010, s.126.

<sup>303</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 269.

<sup>304</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 274.

<sup>305</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 284.

<sup>306</sup> SAVAŞ, Halide, "Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım, 2007, s, 192-193.

gibi, yerleşik Yargıtay içtihatında da geçerli bir rızanın varlığından söz edilebilmesi için hastanın detaylı bir şekilde aydınlatılması gerektiği kabul edilmiştir.

Emsal nitelikli olan, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1976/6297 E., 1977/2541 K. ve 07.03.1977 tarihli kararında “...*Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, (...) muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. (...) bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun, yani riskin meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi.*” gerekçesiyle, rektal tuşe şeklinde gerçekleştirilen muayene sonucunda kızlık zarına zarar veren ama bu tehlike konusunda hastasını aydınlatmamış olması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur<sup>307</sup>.

Aydınlatmanın hukuka uygun biçimde yapıldığının ispatı hekimin sorumluluğundadır.

Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahalenin ayrıntılarını öğrenmek istemesi durumunda, hekim bu konuda da hastayı aydınlatmalıdır.<sup>308</sup> Öte yandan eğer hasta, hekimin yeterli aydınlatmasına rağmen uygulanacak tıbbi müdahale hakkında daha fazla bilgi almak istiyor ve konu ile ilgili özel sorular soruyorsa hekimin hastaya bunlarla ilgili bilgi de vermesi ve hastayı rahatlatması gerekmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/27946 E., 2013/31316 K. sayılı kararında, davacının, davalı hastaneye ilaç yazdırmak için muayene amacıyla geldiğini ve gerekmediği halde anjiyo uygulandığını, anjiyo sonrasında ise, çeşitli tedavi ve müdahalelere rağmen, sağ bacağına kaybettiğini, davalı hastanenin kusurlu bulunduğunu bildirmiş olmasına rağmen, yerel mahkemece bu hususta bir değerlendirme yapılmadığı belirtilmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin, hastaya uygulanan tedavi konusunda hastanın aydınlatılmış onam verip vermediğini tartışmadan ve bu konuda bir değerlendirilmeye varmadan karar vermesini eksik

---

<sup>307</sup> Yargıtay 4.H.D, 07.03.1977 Tarih ve 1976/6297 E., 1977/2541K. sayılı kararı. (Erişim) [https://www.sinerjimevzuat.com.tr/mobile/yuksekmahkeme\\_kunye.jsf?dswid=6161](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/mobile/yuksekmahkeme_kunye.jsf?dswid=6161), 11 Ekim 2018.

<sup>308</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 284.



inceleme olarak kabul etmiş ve yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir<sup>309</sup>.

Karar (otonomi) aydınlatması, hastanın kendi kaderini özgürce belirlemesini sağlamak amacıyla yapılan aydınlatmadır. Hasta, hekim tarafından, tanı ve tedavi süreci, başka tedavi yöntemleri ile tedaviyi kabul etmemesi halinde karşılaşacağı durumlar hakkında aydınlatmalıdır. Bu aydınlatmayla, yapılacak müdahale ve müdahalenin kapsamına dair bilgisi olmayan ve bu yüzden karar verme iradesi de mevcut olmayan hastanın karar verme konusunda iradesini oluşturması amaçlanır. Bu iradenin her zaman tedaviyi kabul şeklinde olması şart değildir. Hasta bu aydınlatmadan sonra özgür iradesi ile bir karara varmak zorundadır.

*“Almanya’da gerçekleşen bir olayda bir Türk kadın, doğumun hemen öncesinde çok iyi olmayan Almancası ile kısırlaştırma talebinde bulunmuş, hekim ile bu konuda bir aydınlatma konuşması yapılmamış, hekim sadece ‘artık bebek yok’ demiş ve ameliyatın nasıl yapılacağını anlatmıştır ... Bir yabancı bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus da yanlış anlaşılmalardan ve dil problemlerinin önlenmesi ve bu amaçla gerekirse bir tercümandan yararlanılması gereğidir. Mahkeme ayrıca şunu vurgulamaktadır: Hasta ile yapılan aydınlatma konuşması ve alınan rıza çok dar bir zamana sıkıştırılmıştır. Kısırlaştırmanın sezaryen ile birleştirilmesi de hastanın kısa sürede karar vermek durumunda kalmasına yol açmıştır. Keza ayrıntılı bir aydınlatmanın yapılmaması ve ‘sadece bebek yok’ şeklinde bir aydınlatma da yeterli görülmemiştir. Mahkeme kısırlaştırma durumunda hekimin ayrıca psiko-sosyal aydınlatma yapması gerektiğine de işaret etmiştir. Hasta, ömür boyu devam edecek olan kısırlık halinin psikolojik sonuçları konusunda bilgi sahibi olmalıdır. Sadece müdahalenin psikolojik boyutlarının da bulunduğunu belirtmek bu bakımdan yeterli değildir<sup>310</sup>.*

Somut olayda karar (otonom) aydınlatmasının eksik, yetersiz yapılması sebebi ile hastada net bir irade olmamıştır. Buna bağlı olarak özgür irade ile verilmiş bir rıza yoktur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2006/13122 E. ve 2006/16638 K. sayılı içtihadında “...sağlıklı bir çocuk sahibi olmayı beklerken bir kolu sakat olan bir evlat sahibi

<sup>309</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 2013/27946 E., 2013/31316 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyp Portal, 28 Haziran 2019.

<sup>310</sup> OLG München, VersR 2002, 717,716 naklen HAKERİ, a. g. e., s. 276.

*olduklarını görmeleri ve bu duruma hazırlıksız olmaları, giderek hamilelik döneminde bu sakatlığın giderilmesi veya hamileliğin sonlandırılması ihtimallerini değerlendirememiş olmaları...”, “...hamileliğin sonlandırılması için yeterli bir sakatlık olmasa bile, davacıların böyle bir sakatlığı önceden bilme hakkına...”* sahip olduklarını vurgulamıştır<sup>311</sup>. Yargıtay yerleşik içtihadıyla, hekimin hasta yerine karar veremeyeceğini, hastanın elinden kendi kaderini tayin etme hakkının alınamayacağını ortaya koymuştur.

Risk aydınlatması, bütün özenin gösterilmesine ya da tıbbi müdahalenin hata olmaksızın gerçekleştirilmesine rağmen hekimin müdahalesinden sonra oluşabilecek olası her türlü kalıcı ya da geçici yan etkiler hakkında hastanın aydınlatılmasıdır<sup>312</sup>. Başka bir deyişle risk aydınlatması, hastanın uygulanacak tıbbi müdahale ve bu müdahale neticesinde ortaya çıkabilecek muhtemel riskler ile ilgili bilgi sahibi olmasını amaçlayan ve tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine yönelik kararını doğrudan ve esaslı olarak etkileyen bir aydınlatmadır.

Risk aydınlatması doktrinde en çok tartışılan ve uygulamada en çok sorun olarak yargıya taşınan, mahkeme kararlarına yoğunlukla konu olan aydınlatma türüdür<sup>313</sup>. Uygulamada tartışılan, daha çok risk aydınlatmasının ne ölçüde ve hangi kapsamda yapılması gerektiği hususudur. Muhtemel risklerin tıbben tam ve bütün olası biçimlerinin hastaya anlatılması ve somut risklerin ağırlığına yönelik genel bir aydınlatmanın yapılması yeterlidir<sup>314</sup>. Ancak genel bir aydınlatma ile hekimin hukuki sorumluluktan kurtulduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Çünkü hekim somut vakanın özelliğine göre az rastlansa da, ortaya çıkabilecek riskin ne olduğunu dikkate alarak hastaya bildirmek zorundadır. Örneğin, söz konusu risk ölümse bunun bildirilmesi gerekir. Çünkü bu noktada yaşam hakkı söz konusu olup hastanın bu risk hakkında aydınlatılmamış olması kabul edilebilir değildir.

---

<sup>311</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2006/13122 E. ve 2006/16638 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyap Portal, 28 Haziran 2019.

<sup>312</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 289.

<sup>313</sup> FISCHER, Gerfried, “Alman hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğü”, Çev: Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, s. 8.

<sup>314</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 290.

Tehlike aydınlatması konusunda karşılaştırmalı hukukta ve yabancı mahkeme içtihadında çeşitli ölçütler belirlenmiştir. İstatistiki verilerden yararlanarak tehlikenin gerçekleşme oranının belirtilmesi bu ölçütlerden biridir. Tehlikenin ağırlığının ve ne gibi ağır sonuçların ortaya çıkabileceğinin hastaya anlatılması da ayrı bir ölçüt olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda hastaya komplikasyonların sıklığı ve ağırlığı anlatılacak, girişimin ne zaman gerçekleştirileceği bildirilecektir. Diğer bir ölçüt ise hastanın bireysel durumunun gözetilerek, koşullara uygun bir aydınlatmanın gerçekleştirilmesidir<sup>315</sup>.

Öte yandan Avusturya Yüksek Mahkemesi, 1982 yılındaki kararında %1 - %3 dilimleri arasında değişen bir risk konusundaki aydınlatma zorunluluğunu kabul etmişken, daha sonraki kararlarında % 0,5'lik bir tehlikenin bile bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>316</sup>. Hakeri, bu kadar geniş bir oranda aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilemez olduğunu ve bu şekildeki bir aydınlatma sorumluluğunun kapsamının gereksiz olduğunu savunmaktadır<sup>317</sup>.

Özellikle yapılan müdahalenin ciddiyeti ve hekimi zorlaması söz konusu olduğunda bizce de %0,5 oranında bir risk konusundaki aydınlatma yükümlülüğünün bile hekime yüklenmesi hakkaniyete uygun değildir.

### 1.3.2. Aydınlatılacak Kişi

Hekimin aydınlatacağı kişi, kural olarak hastanın bizzat kendisidir<sup>318</sup>. Alman Yüksek Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadında, aydınlatmanın hastanın kişiliğine özgü şekilde yapılması gerektiği, bu nedenle de kişiye özel bir aydınlatma konuşması

---

<sup>315</sup> OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, "Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 52, sayı 3, Ankara, 2003, s. 67.

<sup>316</sup> Bkz. BERNAT,60,61. naklen HAKERİ, a. g. e., s. 290-291.

<sup>317</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 291.

<sup>318</sup> AYAN, a.g.e., s. 82; ÖZSUNAY, Ergun: "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 51; ÇİLİNGİROĞLU, a.g.e., s. 70; HAKERİ, a. g. e., s. 300.; YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2010, s. 49.

ve formu doğrultusunda bizzat hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>319</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesinde “*herkesin kendi sağlığı konusundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu*” düzenlenmiştir. Yine herkesin, sağlığı hususunda derlenmiş olan tüm bilgileri öğrenme hakkına sahip bulunduğu ve bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme konusundaki taleplerinin de gözetileceği öngörülmüştür.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde de hastanın kendisinin aydınlatılacağı kuralı benimsenmiştir. Aynı Yönetmeliğin 18. maddesinde ise “*Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir*”. hususu yer almıştır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken rıza, kişiye bağlı haklardan olup; kişinin bu hakkı kullanabilmesi kendisinin aydınlatılmış olmasına bağlıdır<sup>320</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinde rızanın, kişiye sıkı sıkaya bağlı olma boyutu güvenceye alınmıştır. Hasta haricinde aydınlatmanın yapılacağı kişiyi hastanın seçiyor olması da önemlidir.

Eğer hasta, ayırt etme yeteneği bulunan küçük ve kısıtlı ise, yapılacak müdahaleyle ilgili aydınlatma küçük ve kısıtlının kendisine ve de kanunî temsilcisine yapılmalıdır<sup>321</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde “*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı*

---

<sup>319</sup> OEHLER, Wolfgang, “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s. 15-16.

<sup>320</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 300.; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.

<sup>321</sup> AYAN, a. g. e., s. 82.

veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”*

Kanaatimizce yönetmelik ayırt etme gücü dikkate alınarak düzenlenmiştir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklardan olan rıza ve kendi geleceğini tayin etme hakkı yaş küçüklüğünden ya da kısıtlı olmaktan bağımsız tutulmuştur. Kişinin aydınlatılma ve söz söyleme hakkı doğru bir şekilde güvenceye alınmıştır.

Tam ehliyetsizler açısından ise, hastanın yasal temsilcisi aydınlatılacaktır<sup>322</sup>.

Öte yandan geçici olarak bilinç kaybı yaşayan hastanın rızası aranmayacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre, “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir*”.

Bilinci yerinde olmayan hastanın geleceğini tayin etme konusunda söz söyleme olanağı bulunmadığından burada kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan rızanın yokluğuna rağmen müdahalede bulunma işlemi yaşam hakkının kutsallığından kaynaklanmaktadır.

Böyle durumlarda, hastanın yanında bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; bu olanaklı değilse tıbbi müdahalenin ardından hastanın yakını veya yasal temsilcisi bilgilendirilmelidir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonra gerçekleştirilecek tıbbi

---

<sup>322</sup> OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, a. g. m, s. 72.

müdahalelerde hastanın yeterliliği ve ifade edebilme durumu gözetilerek rıza işlemlerine başvurulmalıdır<sup>323</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin, "İlgilinin Rızası" başlıklı 18. maddesinde şüpheli, sanık ya da diğerlerinin beden muayenesi konusunda aydınlatılmış olmaları gerektiği öngörülmüştür.

### 1.3.3. Aydınlatacak Kişi

Hastayı aydınlatacak kişi kural olarak, tedaviyi uygulayan, tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimdir<sup>324</sup>. Bazı müdahaleler bakımından ise diğer sağlık personeli aydınlatmayı yerine getirebilecektir. Ekip halinde yapılacak ameliyatlarda aydınlatma yükümlülüğü bir hekim tarafından karşılanabilir. Hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin ayrı uzmanlıklar gerektiriyor olması ve hastanın birden çok hekim ile muhatap olması durumunda her hekimin kendi alanını ilgilendiren konuda hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır<sup>325</sup>. Örneğin anestezi müdahalesinin uygulanması gereken durumlarda anestezi hekiminin hastayı aydınlatması gerekir<sup>326</sup>. İlke olarak, hemşirelerin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamasına karşın; hemşirelerin görevine giren hususlarda hemşirelerin de aydınlatma yükümlülüğü vardır<sup>327</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü kendisinin gerçekleştirmemesi ve aydınlatmayı bir başka hekime bırakması halinde, diğer hekimin bu aydınlatmayı gerektiği şekilde gerçekleştirmiş olduğundan emin olması gerekir<sup>328</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün asli sorumlusu tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan hekimdir.

---

<sup>323</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/7.

<sup>324</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 301.

<sup>325</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 48.; AYAN, a. g. e., s. 82.

<sup>326</sup> AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1992, s. 39.

<sup>327</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 302.

<sup>328</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 302.

#### 1.3.4. Aydınlatma Zamanı

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün<sup>329</sup> 4. maddesine göre;

*“Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin”.*

Hastanın yapılacak müdahaleden önce bilgilendirilmesi, aydınlatmayı ailesi ve yakınları ile değerlendirebilmesi gereklidir. Uluslararası düzenlemelerde kabul edildiği gibi, Türk hukuk sisteminde de kabul edilen husus aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce gerçekleştirilmesidir.<sup>330</sup> Hekim aydınlatma konuşmasının zamanlamasını iyi ayarlamalıdır. Hasta kendisini zaman baskısı altında hissetmemelidir<sup>331</sup>. Ancak somut vakaya göre hastaya zaman tanıma imkanı söz konusu değilse, müdahale anında yapılan aydınlatma ve verilen rıza da geçerlidir<sup>332</sup>. Somut olaya özel durumlar da dikkate alınarak, eğer mümkünse hastanın düşünmesi için makul bir süre verilmelidir<sup>333</sup>.

Kanaatimizce, aydınlatmanın zamanlamasının net bir şekilde belirtilmesi zor olmakla birlikte, hekimlerce dikkat edilmesi gerekli olan husus somut olayın özelliği olmalıdır. Hekim, hastasının yaşam ve kendi geleceğini tayin etme haklarını eşit oranda korumaya dikkat etmelidir. Hekimin bu hususları dikkate alarak mesleki donanımı ve öngörüsü ölçüsünde, hastası için en uygun aydınlatma zamanını belirlemesi ve böylece hastanın bir karara varmasını sağlaması en sağlıklı zamanlama olacaktır.

---

<sup>329</sup> (Erişim) <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, 13 Ekim 2018.

<sup>330</sup> ÇİLİNGİROĞLU, a.g.e., s. 71; ERMAN, a.g.e., s. 103; SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004, s.233.

<sup>331</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 302.

<sup>332</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 48.

<sup>333</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 48.

### 1.3.5. Aydınlatmanın Kapsamı

Hastayı aydınlatma sürecinde, ne kadar bilgi aktarılması gerektiğini belirlemede kullanılan üç ölçüt önerilmiştir. Bunlar meslektaş ölçütü, makul kişi ölçütü ve öznel ölçüttür. Meslektaş ölçütü, benzer koşullar altında bulunan hekimlerin hastaya açıkladığı bilgilerin hekim tarafından açıklanması gerektiğini öngörür. Tıp uygulamalarındaki bu geleneksel ölçüt Hipokratçı düşünce ile bağlantılıdır. Bu yaklaşım her zaman hasta özerkliği ile bağdaşmayabilmektedir. Bir profesyonel olarak hekim, hastanın girişim konusunda önemli bulacağı bilgileri açıklamayı gereksiz bulabilir. Bu konuda aydınlatılmış onamın gereğini yerine getirmemekle suçlanan hekim, aynı bilgiyi aynı durumda vermeyeceği konusunda tanıklık edecek meslektaşlarından yararlanabilir. Canterbury-Spence davasında<sup>334</sup> ve aynı dönemde görülen diğer davalarda makul kişi ölçütü kullanılmaya başlanmıştır. Bu ölçüt, meslektaşlarından hiçbiri aynı fikirde olmasa bile, hekimin, makul bir hastanın önemli bularak bilmek isteyeceği her türlü bilgiyi açıklaması gerektiğini öngörmektedir. Meslektaş ölçütünün hastanın özerkliği hakkını korumadığı belirtilmekte, buna karşın makul kişinin bilmek isteyeceği bilgilerin açıklanmasının daha iyi bir yaklaşım olacağı öne sürülmektedir. Ancak bazı hastaların ‘makul’ olmayabilecekleri gözetildiğinde, yani bazı hastaların makul kişilerden daha az ya da daha fazla bilgiye ihtiyaç duyabilecekleri dikkate alındığında, üçüncü bir ölçütün devreye girmesi gerekmektedir. Buna göre, hastaya kendisinin anlamlı bulacağı bilgiyi vermek amaçlanıyorsa, bilgi verme ölçütünün daha öznel olması gerektiği düşünülmektedir, bilginin hastanın yaşantısı ve çıkarları ile uyuşması gerekmektedir. Öznel ölçüt olarak bilinen bu yaklaşımda, varsayımsal bir hasta ya da hekim değil, hastanın öznel çıkarları temel alınmaktadır. Makul bir bireyin, parmaklarda yüz

---

<sup>334</sup> Bel ağrısı şikayeti olan Canterbury adlı kişiye bir cerrahi girişim uygulanması sonrasında kişinin yatağından düşmesi neticesinde vücudunun alt kısmı felç olmuştur. Konu mahkemeye yansıdığına Dr. Spence’in hastasını yataktan düşme tehlikesi konusunda aydınlatma gerekliliği olup olmadığı tartışılmıştır. Doktor, tedavi ayrıcalığı öğretisine dayanarak hastaya bilgi verilmesinin uygun olmadığını savunmuştur. Yine, hastaya bu tarz bir açıklama yapmasının hastanın akılcı olmayan bir davranış içine girerek tıbbi müdahaleyi reddetmesine ve tıbbi müdahalenin başarısını engelleyecek olumsuz psikolojik etkiler ortaya çıkabileceğini öne sürmüştür. (Erişim) [https://en.wikipedia.org/wiki/Canterbury\\_v.\\_Spence](https://en.wikipedia.org/wiki/Canterbury_v._Spence), 01.06.2021.



binde bir görülen felç riskini bilmek istememesi olağanken, piyano çalan bir hastanın bu riski bilmek istemesi pek doğaldır<sup>335</sup>.

Aydınlatmanın kapsamı, teşhis ve hastalıkla ilgili olası riskler ve uygulanması düşünülen tıbbi müdahale, bunun tehlikeleri, diğer tedavi yöntemleri ile müdahalenin muhtemel sonuçlarından oluşmaktadır<sup>336</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde aydınlatmanın kapsamı "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*" şeklinde belirlenmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>337</sup> 26. maddesi ise, "*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır*". şeklindedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin<sup>338</sup> 14. maddesinde de "*teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır*" şeklindeki düzenleme ile aydınlatmanın kapsamı belirlenmiştir.

Ancak aydınlatmanın kapsamını genel geçerli bir kurala bağlamak yerine somut olayın özelliklerine göre belirlemek gerekir<sup>339</sup>. Öte yandan hekimin ne ölçüde aydınlatma yapacağı tıbbi müdahalenin ağırlığına göre değişecektir. Tıbbi müdahalenin zorluk derecesine göre, aydınlatmanın kapsamı da farklılık gösterebilecektir<sup>340</sup>. Diğer yandan, müdahalede bulunmak zorunluysa, aciliyet hali söz konusu ise, aydınlatmanın kapsamı daralacaktır<sup>341</sup>. Genel kural, hekimin aydınlatmayı mümkün olduğunca geniş tutmasıdır. Hekimin hukuki sorumluluktan kurtulması açısından aydınlatmanın kapsamlı yapılması önem arz eder. Çünkü

---

<sup>335</sup> VEATCH, a. g. e., s. 77-79.

<sup>336</sup> BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 62.

<sup>337</sup> (Erişim) [https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?view=article&catid=4%3At&id=65%3Ahekl-meslek-etkurallari&format=pdf&option=com\\_content&Itemid=31](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?view=article&catid=4%3At&id=65%3Ahekl-meslek-etkurallari&format=pdf&option=com_content&Itemid=31), 13 Ekim 2018.

<sup>338</sup> RG 19.2.1960, 10436 sayılı.

<sup>339</sup> AYAN, a. g. e., s.75.; HAKERİ, a. g. e., s. 305.

<sup>340</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 306.

<sup>341</sup> ÖZTÜRKLER, a. g. e., s. 72.

yargıya taşınan olaylarda Yargıtay da, gerçekleşmesi nadir risklerin dahi hastaya bildirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir<sup>342</sup>. Öğretideki bir görüşe göre hasta için hangi riskin önemli hangisinin önemsiz olduğuna hekimin karar vermesi kabul edilemezken, aksi görüş hekime, gerçekleşme ihtimali düşük olan riskleri hastaya bildirmeme yetkisi vermektedir<sup>343</sup>.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/23055 E. ve 2013/27584 K. sayılı kararında ve yerleşik içtihadıyla aydınlatmanın kapsamını; “...*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir.*” şeklinde belirlemiştir. Yargıtay, aydınlatma yapan hekimin bu hususları gözetmesini şart koşarak, bu hususları gözetmediğini ispat külfetini de yine hekime ve hastaneye yüklemiştir<sup>344</sup>.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesinde, beden muayenesine tabi kılınacak şüpheli, sanık veya diğer kişilerin aydınlatılmaları gerektiği vurgulanmış olmakla, bu kişilerin de diğer tıbbi müdahalelere maruz kalan kişiler gibi aynı kapsamda aydınlatılmaları gerekmektedir.

Adli tabip mağdura muayenenin kapsamını anlatıp, mağdurun seçeneklerinden söz eder ve adli olay olması dolayısıyla olayı adli makamlara bildirilmesi gerektiğini

---

<sup>342</sup> Yargıtay 4. H. D., 07.03.1977 Tarih ve 1976/6297 E., 1977/2541 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyap Portal, 28 Haziran 2019.

<sup>343</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 306. karşı görüş için bkz ERMAN, a. g. e.,s. 113.

<sup>344</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/23055 E. ve 2013/27584 K. sayılı kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyap Portal, 28 Haziran 2019.

anlatarak aydınlatılmış onamını alır. Muayene konusunda mağdurun zorlanmaması esastır ve adli olaylarda aydınlatılmış onam yazılı alınmak durumundadır.<sup>345</sup>

### 1.3.6 Aydınlatmanın Şekli

Hekimin hastayı aydınlatması ile ilgili olarak hukukumuzda genel bir düzenlenme yoktur. Bu konuda bir şekil şartı belirlenmemiş olduğundan, aydınlatma her şekilde yapılabilir<sup>346</sup>. Ancak, aynen rıza da olduğu gibi ispatı yönünden aydınlatmanın yazılı olması uygun ve hekime tavsiye edilen bir husustur<sup>347</sup>. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un<sup>348</sup> 6. maddesinde yazılı ve imzalı belgeden söz edilmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un<sup>349</sup> 5. maddesinin 4. fıkrasında ise izin belgesinin şeklinin ve doldurulma esaslarının tüzükle belirleneceğinden bahsedilmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü<sup>350</sup> 13. maddesinde ise, yazılı izin alınması gerektiği öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen hükümler rızanın yazılı olması gerektiği ile ilgili düzenlemelerdir. Söz konusu hükümler çerçevesinde, tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucuna varmak mümkün değildir<sup>351</sup>.

Hekimin, tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatmayı hasta ile doğrudan ve yüz yüze görüşerek gerçekleştirmesi hastanın kapsamlı bir şekilde aydınlatılması açısından işlevsel bir yöntemdir<sup>352</sup>. Yüz yüze yapılacak aydınlatma neticesinde hasta hem müdahale ile ilgili hekimine soru yöneltebilecek hem de doktoru ile ilgili bir kanaate

---

<sup>345</sup> INGEMANN-HANSEN, Ole; CHARLES, Annie Vesterby. "Forensic medical examination of adolescent and adult victims of sexual violence." *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 2013, 27.1, s. 92-93.

<sup>346</sup> ÖZPINAR, a. g. e., s. 26.

<sup>347</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 308.

<sup>348</sup> RG, 03.06.1979, 16655 sayılı.

<sup>349</sup> RG, 27.05.1983, 18059 sayılı.

<sup>350</sup> RG, 18.12.1983, 18255 sayılı.

<sup>351</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 307.

<sup>352</sup> KICALIOĞLU, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 110.; DOĞAN, a. g. e., s.141.

varacaktır<sup>353</sup>. Müdahale ile ilgili sorun ortaya çıktığında, hastaların aydınlatılmadıkları şeklindeki olası iddialarına karşılık, hekimin hasta ile yaptığı sözlü aydınlatmayı tutanağa geçirmesi önünde yasal hiçbir engel yoktur.

Uygulamada yazılı aydınlatma, yapılacak tıbbi müdahaleyle ilgili bilgileri, hastanın bilgilendirildiğine ve müdahaleye onay verdiğine ilişkin rızasını gösterir ve imza alanını içeren bölümlerden oluşan formlar yoluyla yerine getirilebildiği gibi, hastalığa ve tıbbi müdahaleye, mümkün olabilecek diğer müdahalelere, olası risklere, hekimin ne sebeple bu tedavi yöntemini seçtiğine dair genel bilgilerin bulunduğu belgenin verilmesiyle de yerine getirilebilmektedir<sup>354</sup>. Sıklıkla kullanılan bu form ve broşürler aydınlatmanın yapıldığının ispatı hususunda hekimler yönünden önem arz etmektedir. Hekimin bu şekilde tedbirler alması normaldir. Hekimin form kullanması durumunda hastaya ilişkin kişisel bilgilerin bulunması önemlidir. Matbu bir form olmaması, her hastanın öyküsünü içeren bilgilerin olması, kişiye özel aydınlatma yapıldığını göstereceğinden hekimin aydınlatmayı amacına uygun ve özenle yaptığını ispatlayacaktır. Formun kişiye özgü düzenlenmiş olması, formun ispat kuvvetini de arttıracaktır<sup>355</sup>.

Kanaatimizce, aydınlatmanın sözlü yapılması hasta ve hekimin birbirlerini daha iyi tanımaları ve hastanın doktoruna müdahale ile ilgili soru sorabilmesi açısından önemlidir. Ayrıca hekimin hastasının sosyal durumunu gözlemlemesi, aydınlatmayı yaparken bu durumu dikkate alması, hasta ile kurulacak iletişimi sağlıklı kılacaktır. Hekimin, hastasının müdahale ve olası risklere karşı olan korku ve kaygılarını dindirebilmesi yönünden sözlü, yüz yüze yapılan aydınlatmanın amaca daha uygun olduğu görüşüne katılmaktayız. Öte yandan, hekimin yazılı formlar kullanması veya yapılan sözlü aydınlatmayı tutanağa geçirmesi ispat hukuku yönünden kendisi için gereklidir.

---

<sup>353</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 308.

<sup>354</sup> AYAN, a. g. e., s. 84.; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,1998, s. 60.

<sup>355</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 310.

Aydınlatma yükümlülüğünün karşılanıp karşılanmadığının borçlu konumdaki hekim tarafından kanıtlanması gerekir. Bu bakımdan aydınlatmada ispat hukuku açısından özel bir durum ortaya çıkmaktadır. Kişinin müdahaleye rızasının bulunmadığına dair yasal karineden ötürü ispat yükü tersine çevrilmektedir. Bunun yasal dayanağı ise Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesidir. İsviçre Federal Mahkemesi de, tabibin hastasını yeterli şekilde aydınlattığını kanıtlamasını ve hastanın varsayılan rızasını gözetten bir yaklaşım içindedir. Böylece, hekim yaptığı müdahalede hastayı yeterince aydınlatmış olsaydı bile hastanın aynı şekilde karar vereceğini ispatlama olanağına sahip olmalıdır<sup>356</sup>.

### 1. 3. 7. Aydınlatma Yükümlülüğünün Olmadığı Haller

Açık yasal düzenlemenin olduğu durumlarda, aydınlatılmış onam bulunmasa bile hastaya tıbbi müdahalede bulunmak mümkündür<sup>357</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı haller olarak, tıbbi acil durum, ehliyetsizlik, feragat ve tedavi önceliği sayılmıştır.<sup>358</sup>

Hasta hastaneye getirildiği esnada ya da tıbbi müdahale esnasında gerçekleştirilecek açıklamaları anlamayacak durumdaysa, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı benimsenmiştir<sup>359</sup>. Hekimin, bilinci açık olmayan hastayı aydınlatmasının olanaklı bulunmaması, hastanın yasal temsilcisine ulaşamaması ya da tıbbi müdahalenin uygulandığı sırada aydınlatma yapma gerekliliğinin belirmesi halinde, tabip ortalama bir hastanın böylesi bir durumda aydınlatma sonrasında müdahaleye onay vereceğinin kabul edebileceği hallerde, rıza bulunmaksızın da müdahale edebilir<sup>360</sup>. Fakat böyle bir durumda müdahalede bulunan hekim, hastanın sağlığına kavuşmasını hedefleyerek<sup>361</sup>, uygun olmayan,

---

<sup>356</sup> OZANOĞLU, a. g. m, s.75

<sup>357</sup> ÖZKAN, Nazan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 93-94.

<sup>358</sup> MEISEL, Alan, "The Exceptions to the Informed Consent Doctrine: Striking a Balance between Competing Values in Medical Decisionmaking", 1979 WIS. L. REV. 413 (1979), s. 413 - 488.

<sup>359</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 44.

<sup>360</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 312-313.

<sup>361</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 44.

yanlış teşhis veya eksik operasyonda bulunmamalı veya yanlış uygulama ile hastanın bilincini yitirmiş olmasına sebebiyet vermemiş olmalıdır<sup>362</sup>.

Böyle hallerde hekim, *“hasta müdahalenin tehlikelerini bilseydi dahi rıza verirdi”* düşüncesi doğrultusunda, varsayılan rızayı esas alır ve vekaletsiz iş görme kapsamında, gereken tıbbi müdahaleyi gerçekleştirir. Burada esas alınan ölçüt, ortalama bir hastanın olası irade ve rızasıdır<sup>363</sup>.

Uygulamada bu tip durumlar genellikle trafik kazaları sonucunda ortaya çıkmaktadır. Kazadan zarar görmüş, bilincini kaybetmiş hastaya, acil müdahalenin yapılması gerekli olan durumlarda hekim, aydınlatmanın mümkün olmaması sebebi ile varsayılan rıza kapsamında müdahalede bulunur.

### **1. 3. 7. 1. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi**

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlardan biri hastanın özerkliğinden kaynaklanan, kendi geleceğini belirleme hakkının yansıması olan aydınlatılma hakkından vazgeçmesidir<sup>364</sup>. Aydınlatma hakkından vazgeçme, hastanın, hekimine olan kuvvetli bir güven duygusu ile tedavi için kendisini hekimin ellerine bıraktığı durumlarda tartışılabilir. Bu halde hekimin aydınlatma zorunluluğu olmayacaktır. Bu tip bir vazgeçme halinde hastanın hekime tam bir güven<sup>365</sup> içinde olduğu ve herhangi bir bilgiye ihtiyacı olmadığı kabul edilir.

Hastanın bilgilendirilmeden vazgeçme hakkı ile ilgili düzenlemelere mevzuatımızda verilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre; *“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı*

---

<sup>362</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 313.

<sup>363</sup> ŞENOCAK, a. g. e., s. 57.

<sup>364</sup> ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.105; ERMAN, a.g.e., s. 116; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 77;

<sup>365</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 314.

olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir”.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 27. maddesinde ise, “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.” Bu hükümler ile hastanın aydınlatmadan vazgeçebileceği öngörülmüştür.

Diğer yandan Anayasa'nın 17. maddesinin “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez” hükmü ile Türk Medeni Kanunu'nun<sup>366</sup> 23/2 maddesine göre, “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” düzenlemeleri karşısında hastanın aydınlatmadan vazgeçmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılmaktadır. Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, bu vazgeçmenin hukuka veya ahlaka aykırı olmaması koşuluyla geçerlidir<sup>367</sup>. Örneğin hastanın, hekimin “aksi takdirde tıbbi müdahale yapmayacağı” şeklindeki beyanı doğrultusunda aydınlatma hakkından vazgeçmesi geçerli olmayacaktır<sup>368</sup>. Hastanın kesin ve kapsamlı bir şekilde aydınlatılması gereken bir durumda, aydınlatmadan vazgeçmesinin, tıpkı kişilik değerleri üzerindeki hukuki korumadan önceden ve genel nitelikte yapılan bir vazgeçme gibi, hukuken geçerli olmayacağını düşünen yazarlar mevcuttur<sup>369</sup>.

Hekim yönünden aydınlatma yükümlülüğünün geçerli şekilde ortadan kalktığını kabul için hastanın ayırt etme gücünü haiz olması ve özgür iradesi ile aydınlatmadan vazgeçmiş olması gerekmektedir. Ancak hasta için yaşamsal önem taşıyan ve dönülemez sonuçlar doğuracak tıbbi müdahaleler ile tıp bilimince yeterince kanıtlanmamış müdahalelerle ilgili vazgeçmenin kabul edilmemesi

---

<sup>366</sup> R.G. 08.12.2001, 24607 sayılı.

<sup>367</sup> ŞENOCAK, a. g. e., s. 58.

<sup>368</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 314.

<sup>369</sup> ÇİLİNGİROĞLU, a. g. e., s. 67.

gerektiğini düşünen yazarlar da mevcuttur. Bu gibi durumlar için temyiz kudretine haiz olmayan bir hastanın kanuni temsilcisinin feragati de geçerli değildir<sup>370</sup>.

Hekim yönünden, aydınlatmadan vazgeçmenin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için, vazgeçme iradesinin açık olması gerekmektedir<sup>371</sup>. Zımnî vazgeçme geçerli değildir. Ayrıca hastanın aydınlatma hakından vazgeçmesi hekimin sorumsuzluğu şeklinde yorumlamamalı, vazgeçmenin yerinde ve inandırıcı sebepleri olmalıdır<sup>372</sup>. Hastanın henüz bilgilendirilmeden aydınlatma hakkından vazgeçemeyeceği savunulmuştur. Hastanın bu hakkından vazgeçebilmesinin koşulu, aydınlatılma ve bundan vazgeçme hakkının olduğunu bilmesidir<sup>373</sup>.

### 1.3.7.2. Hastanın Bilgisinin Olması

Hastanın, hastalığı ve müdahale ile ilgili bilgisi zaten varsa yani farklı bir hekimce aydınlatılmışsa veya hekim daha önce aynı müdahalede bulunmuşsa, hastanın bilgisinin olduğu varsayımıyla hastanın, hekim tarafından tekrar aydınlatılmasına gerek görülmeyebilir<sup>374</sup>.

Hasta, tıbbi müdahale konusunda, broşürlerden, kitaplardan, daha önceki hastalıkları sebebi ile edindiği deneyimlerden veya internet ortamından bilgilenmiş olabilir. Önemli olan hekimin hastanın bilgilendirilmeye ihtiyacı olmadığından emin olmasıdır<sup>375</sup>. Hastanın hekim veya hemşire olması durumunda, hastalığı konusunda bilgi sahibi olduğu varsayılır.

Hekim olan hastanın, yıllardır hekimlik mesleğini fiilen icra ediyor olması hallerinde, mesleği gereği tıbbi müdahale hakkında bilgisi olduğu kabul edilebilir. *“...genel cerrahi uzmanı olan ve 24 yıldır muayenehanesi bulunan bir hekim yapılan safra kesesi ameliyatı*

<sup>370</sup> AYAN, a. g. e., s. 79.

<sup>371</sup> AYAN, a. g. e., s. 79.; HAKERİ, a. g. e., s. 315.; ÇİLİNGİROĞLU, a. g. e., s. 67.

<sup>372</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 43.

<sup>373</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 315.

<sup>374</sup> BAYRAKTAR, a. g. e., s. 129.; YAVUZ, İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 88.; HAKERİ, a. g. e., s. 315.

<sup>375</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 315-316.



*öncesinde, iyot içeren maddenin kullanılacağı ve sonrasında tiroidit olabileceği konusunda bilgilendirilmemiştir. Ameliyat sonrasında hastada tiroidit oluşmuş ve hasta meydana gelen zararları hekimden talep etmiştir. Mahkeme, tıbbi müdahaleyi yapan hekimin, hastasının da hekim olduğunu bildiğini; söz konusu riskin tıp öğrenimi sırasında verilen temel bilgiler arasında olduğunu ve muayenehanesi bulunan bir genel cerrahın bu bilgiye sahip olması gerektiğini, bu nedenle bu konularda bilgilendirme zorunluluğunun bulunmadığını, zira hekimin zaten kendi mesleki bilgisi dolayısıyla bu konuda yeterli bilgiye sahip olduğuna karar vermiştir”<sup>376</sup>.*

Kanaatimizce hastanın mesleği sebebiyle müdahale konusunda bilgi sahibi olması halinin geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Hasta tıp eğitimi almış bir kişi olsa da, hastalık kişinin uzmanlığı dışında bir alanda olabilir. Ayrıca hasta, sağlık çalışanı da olsa, bir hastalığın etkisi ve gelişimi her hastada farklı olabilir. Aydınlatma sırasında kişinin bir hasta olarak, hekimine soru sorması, doktoru ile iletişim kurabilmesi, kaygılarını dindirmesi önemlidir. Hasta kişinin hekim olması aydınlatma hakkının bulunmadığı anlamına gelmemelidir. Daha önceden bilgi sahibi olan hasta yönünden de, aynı şekilde hastanın hekimi tanınması ve ona güvenmesi için aydınlatma şarttır. Hastanın bilgisinin olması veya öncesinden aydınlatılmış olması yalnızca ayrıntılı bir aydınlatma ihtiyacını azaltır ve aydınlatmanın muhtevasını daraltır.

### **1.3.7.3. Aydınlatmanın Olumsuz Etkisi**

Yapılacak aydınlatmanın hastanın iyileşmesine, psikolojik durumuna, hastalığa karşı direncine olumsuz bir etki yaratacağı hallerde, hastanın ruhen zarar görme ihtimalinin bariz olduğu durumlarda, aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkması söz konusu olabilmektedir. Aydınlatma hastayı olumsuz yönde etkileyecek ya da üçüncü bir kişi için önemli risk doğuracaksa aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir<sup>377</sup>. Hastanın aydınlatılması halinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçecek olması, aydınlatma yapmamak için gerekçe olamaz<sup>378</sup>. Hekim ilke olarak hastasına, ağır ve ölümcül hastalıkları bile bildirmekle

<sup>376</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 316.

<sup>377</sup> AYAN, a. g. e., s. 80.; ERMAN, a. g. e., s. 117-119; KÖPRÜLÜ, Ömer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S.10-11-12, s.594.

<sup>378</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 319.

sorumludur<sup>379</sup>. Ama özellikle bazı kanser hastalıklarında aydınlatma yapılmaması uygulamada sıklıkla rastlanılan bir durumdur. Bilhassa ilerlemiş kanser hastalığının hastaya söylenerek, moralinin bozulması, iyileşmeye yönelik olan inancının yapılacak aydınlatma ile tamamen yok olması olasılığı dolayısıyla aydınlatmadan kaçınılmaktadır. İyi bir moralin sağlığa olumlu bir etkisi olduğu yadsınamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki hayatının son zamanlarında olan bir insana olumsuz şeyler söylemek, ölüm ile yüz yüze getirmek merhamet duygusu ile de bağdaşmamaktadır.

Kanaatimizce, hekimlerin de insani değer ve duyguları olduğu unutulmamalıdır ve bu durumlarda hastaya pratik hiçbir faydası olmayan aydınlatma sorumluluğunun hekimlere yüklenmesi de doğru olmayacaktır.

Aydınlatmanın hasta üzerinde olumsuz etki yaratacağı durumda yapılmaması gerekliliğine örnek olaylardan biri, kanser hastası olan ünlü yazar Theodor Storm' un yaşadığı olaydır. Kansere yakalanan Theodor Storm hastalığı kendisine açıklanınca psikolojik olarak çöküntüye uğrar. Bu durumu öğrenmesi ile birlikte bunalıma girer ve içine kapanır. Bunun üzerine kardeşi doktoru ile konuşur ve bir hekimler topluluğu oluşturur, bu kurul ilk tanının doğru olmadığını, hastanın kanser değil, mide rahatsızlığı bulunduğunu belirten bir rapor düzenler. Rapor üzerine Storm yaşama sarılır ve daha önce yarım bıraktığı, bugün en önemli eserlerinden kabul edilen şiir kitabı *Kır Athl* adlı ünlü eserini tamamlar<sup>380</sup>.

Japonya Yüksek Mahkemesi de bir kararında, doğru tanı yerine daha hafif başka bir hastalığın bildirildiği hastanın, durumun önemini kavrayamayarak ameliyat olmaması neticesinde bir yıl sonra öldüğü vakada, hekimin kanser olan hastasına gerçek hastalığını bildirme zorunluluğunun bulunmadığını, hekimin gerçeği söylememek ile en doğrusunu yaptığını, aksi durumun hastayı şoka sokabileceğine karar vermiştir<sup>381</sup>. İki örnekte de dikkat edilmesi gereken husus hastaların,

---

<sup>379</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 317.

<sup>380</sup> (Erişim) <https://dunyasozluk.com/theodor-storm.html/341075> , 16 Ekim 2018.

<sup>381</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 318.

hastalıkları ile ilgili gerçeği öğrenmelerinin kendileri için hiçbir menfaat sağlamadığı ya da sağlamayacak olmasıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 1. fıkrasında “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*” denilerek hastayı olumsuz etkileyecek hususların saklanabileceği kabul edilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “*Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkroda belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır*” hükmüyle hekimin bu konudaki değerlendirme yetkisi yer almıştır. Hekim bu yetkisini kullanırken, gerekli özen ve dikkati göstermelidir. Hekim, hastayı bilgilendirme sorumluluğundan keyfi bir şekilde kaçmamalıdır. Aydınlatmanın hastayı olumsuz etkileyeceği hususu bariz olmalıdır. Aksi durumda hekim hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkını elinden almış olur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19.maddesinin 3. fıkrasına göre ise, “*Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir*”. Bu hüküm esas itibari ile isabetli olmakla birlikte “*hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması*” koşuluna bağlı olarak teşhisin hastanın ailesine bildirilmesine dair hüküm, tıp hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Hastanın ancak açık rızasının bulunduğu durumlarda teşhis ailesine bildirilebilir<sup>382</sup>. Hastanın açık rızası olmadıkça, aydınlatmanın yakınlarına yapılması sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesine neden olacaktır<sup>383</sup>. Hekimin hastanın yakınlarını aydınlatırken bu hususları gözetmesi gerekir.

---

<sup>382</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 320.

<sup>383</sup> ZEYTİN, Zafer, Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 7-8 Ekim 2011, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 29.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Anayasa ile de istisna tutulan husus tıbbi zorunluluk halidir. Bu haller ise, hastanın hayatına ilişkin risk bulunan veya belli bir müdahalenin gerçekleştirilmemesinin önemli veya kalıcı bozulmaya sebep olmasından korkulduğu hallerdir<sup>384</sup>.

Kişinin yaşam hakkı, en üstün hak olduğundan yapılan müdahale hukuka aykırı değildir. Yaşam hakkı ile yarışabilecek başka bir hak yoktur. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 7. fıkrasına göre, “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*” Bu düzenlemede, acil durumlarda müdahalede bulunmanın koşulları öngörülmüştür.

Tutuklu ya da hükümlülerin açlık grevi veya ölüm orucu süreçlerinde beslenmeyi reddetmeleri durumunda, birçok ulusal ve uluslararası belgede ve çoğunlukla tıp mensupları tarafından, hastanın rızası olmaksızın zorla beslenemeyeceği kabul edilmektedir. AİHM Newmerzhitsky/Ukrayna kararında, zorla besleme konusunda gerekçelerin içten ve ciddi bir çabayla ikna edici şekilde ortaya konulması, usulü güvencelere uyulması ve zorla besleme sırasında ‘asgari eşik’ sınırını aşmamak kaydıyla kişinin zorla beslenmesini AİHS’ye aykırı bulmamıştır. Zorla besleme sırasında belirtilen koşulların yerine getirilmemesi ve

---

<sup>384</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 320.

gerekli sağlık hizmetinin sunulmaması sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir. AİHM'nin Rohde/Danimarka kararında bu yönde vurgu yapılmıştır<sup>385</sup>.

Hakeri'ye göre, hastanın uygulanan hiçbir tıbbi müdahaleye cevap vermediği ve artık ölümünün beklendiği durumlarda, aydınlatma hasta bakımından anlamını yitirmiş olduğundan, sırf ağrıları hafifletmek ve dindirmek amacına yönelik tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi için ayrıca aydınlatma yapılmayabilecektir<sup>386</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ölümcül hastalığın son döneminde olan hastanın çektiği azabı dindirmek amacıyla gerçekleştirilecek müdahalelerde de, hasta aydınlatılmalıdır.

### 1.3.8. Hastanın Aydınlatılmamasının Sonuçları

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre, *“Tabipler ve dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktendir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.”*<sup>387</sup>

Hastanın aydınlatılmaması, hastanın özerkliğinin ve vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olacaktır. Böyle bir durumda hekim hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmayacak, ceza hukuku ya da özel hukuk sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Hastanın aydınlatılmış onamının eksikliği disiplin yaptırımını da gerektirebilecektir.

---

<sup>385</sup> ÜNVER, a. g. m., s. 208.

<sup>386</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 320.

<sup>387</sup> R.G., 14/4/1928 tarih, 863 sayılı.

Hatalı bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünden bağımsız olarak, sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>388</sup>.

#### 1.4. Rıza

Hak sahibinin rıza ya da rıza göstermeme şeklindeki iradesi ceza hukuku açısından önemlidir. Rıza göstermek yetkisi korunan menfaatin sahibine aittir. Kişi rıza beyanında bulunmaya ehliyetli olmalıdır. Rızanın geçerliliği için hak sahibinin hakkının zarar görmesine veya tehliye sokulmasına izin vermesi gerekir. Rızanın bütün eylem sırasında devam ediyor olması gerekir<sup>389</sup>.

Tıbbi müdahale uygulanmadan önce hastanın rızası alınmalıdır.<sup>390</sup> Hekimin hastaya tıbbi müdahalesinin, hukuka uygunluğunun en önemli unsuru, hastanın rızasıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi, hastanın ve/veya temsilcisinin rıza göstermiş olmasına bağlıdır. Amsterdam Bildirgesi'nin 3.1. maddesinde de hastanın bilgilendirilmiş rızasının bir tıbbi girişimin ön koşulu olduğu belirtilmiştir<sup>391</sup>. İstisnai haller, acil durumlar, bilincin kapalı olduğu durumlar dışında, rızasının alınması zorunludur<sup>392</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22/1. maddesinde de “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*” denilmektedir. Aydınlatma konusu üzerinde çok durulmasına rağmen, hekimin müdahalesini hukuka uygun hale getiren esasen hastanın rızasıdır<sup>393</sup>. Hastanın rızası ile hekim müdahaleyi uygulamaya başlayabilir. Hastanın rıza vermesi için de aydınlatılmış olması gerekir, yani bu noktada aydınlatma rızanın geçerlilik şartıdır. Hasta tarafından verilen rızanın geçerli olması için “aydınlatılmış onam” olması gerekir. Hasta kapsamlı bir şekilde aydınlatılmadan alınan rıza hukuka uygun değildir. Hastanın tedavi ve tıbbi müdahale ile ilgili ayrıntılı ve eksiksiz olarak

---

<sup>388</sup> ÖZPNAR, a. g. e., s. 23 vd.

<sup>389</sup> TOROSLU, a. g. e., s. 180 – 182.

<sup>390</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 112.

<sup>391</sup> ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Nisan , 2007, s. 206.

<sup>392</sup> ÖZPINAR, a. g. e., s. 23.

<sup>393</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 327.

bilgilendirilmiş olması rızanın geçerlilik koşullarındandır. Anayasa'nın 17. maddesinde, *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”* düzenlemesiyle rıza hususu Anayasada yer almıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 23/3. maddesinde de rızadan açıkça bahsedilmektedir; *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.”*

TMK'nın 24. maddesindeki, *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”* düzenlemesi ile de kişilik hakları güvenceye alınmıştır. Kişinin rızası olmaksızın, kişilik haklarından olan yaşam, sağlık, vücut bütünlüğüne yönelik her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırılık teşkil eder<sup>394</sup>. Hastanın rızasının alınmaması, hekim yönünden özel hukuk, ceza hukuku ve idari sorumluluk doğurur. Hukuka uygun bir biçimde rızanın verilmesiyle hastanın iradesi ortaya konulmuş olacaktır. Geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için, hastanın gereğince aydınlatılmış olması, rızanın önemini, mahiyetini ve sonucunu kavramış olması gerekir. Rızanın gerekliliği, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olmasından doğmaktadır. Bu hak kişiye bağlı ve devredilemez bir haktır. Rıza aynı şekilde insan onurunun korunmasını sağlar ve hastaya iradesi dışında müdahale yapılamayacağını güvenceye alır.

Öte yandan hastanın, hekimden tıp ve hukuk kurallarına aykırı bir tedavi yöntemi talep etmesi halinde, hekim bu öneriyi reddetmekle yükümlüdür. Örneğin 10 haftalık gebelikten sonra, kürtaj talebi hem hasta hem de hekim için cezai sorumluluk sebebi olur. Bu koşullarda yapılacak kürtaj işlemi için verilen rızanın hiçbir geçerliliği de yoktur. Etik ilke ve yasaya aykırı olarak alınan rıza geçersizdir<sup>395</sup>. Hastanın ölüm isteği ya da sakat kalma arzusunu ortaya koyduğu iradesinin hekim

---

<sup>394</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 113.

<sup>395</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 120.

tarafından gözetilmemesi gerektiği savunulmuştur. Bu durumda hastanın hayat ve beden bütünlüğünün toplumsal değerinin ve açık bir yasal düzenleme olmadan sağlık işlemine zorlanamayacağı ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda kişinin yaşam hakkından ve beden bütünlüğünden vazgeçme hakkının olmadığı ileri sürülmüştür<sup>396</sup>.

*“Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.”*<sup>397</sup> Yargıtay bu kararı ile hekimin tıbbi müdahalede bulunması için hastanın rızasının varlığını, istisnai haller hariç rızanın yokluğunda hekimin müdahale yetkisi olmayacağını kabul etmiştir.

#### 1.4.1. Rıza Açıklaması

Rızanın bildirilmesi, tıbbi müdahaleden önce ya da en geç müdahale sırasında olmalıdır<sup>398</sup>. Ülkemizde, Almanya ve Avusturya’da öğretilerdeki baskın görüşe göre, rızanın müdahaleden önce açıklanarak karşıya bildirilmiş olması ya da örtülü olarak açığa vurulmuş olması gerekmektedir<sup>399</sup>. Hastanın rızasının müdahaleden önce elde edilmesi gerekir. Müdahale sırasında verilen rıza da geçerli olmalıdır<sup>400</sup>. Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesinde, *“sağlık alanında gerçekleştirilecek herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak rıza vermesinden sonra yapılabileceği; kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile*

<sup>396</sup> ERSOY, Yüksel, “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, TBB Dergisi, Sayı 53, Ankara, 2004, s. 171.

<sup>397</sup> 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541, YKD 1978, 907. naklen Hakeri, s.328-329.

<sup>398</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 331.

<sup>399</sup> AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, “ Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s. 160.

<sup>400</sup> YILMAZ, s. 48.



*sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmesi gerektiği”* öngörülmüştür. Tıbbi müdahaleden sonra verilen rızanın hukuka uygunluğu konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, müdahale sonrası verilen rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir<sup>401</sup>. Aksi görüş ise müdahale sonrası verilen rızanın da geçerli olduğu önündedir<sup>402</sup>. Müdahaleden sonra verilen rıza icazet olarak kabul edilmelidir<sup>403</sup>.

Kural olarak, ön koşul olan aydınlatma yapılmaksızın rıza alınamayacaktır. Kanaatimizce, aydınlatma yapılamayan hallerde hastanın yapılan müdahalelere sonradan rıza göstermiş olması yeterlidir. Rızanın alınmadığı haller keyfi haller olmamalıdır. Rızanın neden alınmadığı hekim tarafından, hastanın dosyasında bulunacak şekilde kayda alınmalıdır.

Rızanın açık olarak belirtilmiş olması kural olsa da, rıza zımni olarak da elde edilebilir. Koşullara göre, hastanın varsayılan rızasının bulunduğu kabul edilebilir<sup>404</sup>. Örneğin, hekimin hastadan, derin nefes alıp vermesini, göğsünü açmasını istemesi ve bu isteğe hasta tarafından karşı çıkılmaması durumunda, hastanın tedaviye örtülü şekilde rıza gösterdiği varsayılır. Ama belirtmek gerekir ki, zımni rızanın kabulü ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığını kabul etmek doğru olmaz. Hastanın durumunun ağır ve ciddi müdahaleyi gerektirmediği durumlarda bile hekimin, hastayı mevcut durum hakkında aydınlatma yükümlülüğü vardır. Hastanın sadece hastaneye gitmiş olması, hastalığını bilmeden uygulanacak tedaviye rıza gösterdiği anlamını taşımaz<sup>405</sup>.

Rızanın yazılı olması gerekmez. Rıza sözlü olarak da belirtilebilir. Ancak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi

---

<sup>401</sup> CENTEL,Nur; ZAFER,Hamide; ÇAKMUT,Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Baskı, İstanbul, 2006, s. 320, 321.; ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza,Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, cilt I, sayı 2, 2006, s.246.; HANCI, Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk), Egem Tıbbi Yayıncılık,İzmir,1995, s.154-155.

<sup>402</sup> DONAY,Süheyl; KAŞIKÇI, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2005, s.41.

<sup>403</sup> YILMAZ, a. g. e, s.48.

<sup>404</sup> HAKERİ, a. g. e, s. 332.

<sup>405</sup> HAKERİ, a. g. e, s. 332.

gereği, ağır ameliyatlar için rızanın yazılı olarak alınması gereklidir. TMK'nın 23/3. maddesinde de yazılı rıza aranmaktadır. Buna göre, insandan köken alan biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve transferi yazılı rıza ile olanaklıdır. Aynı şekilde rızanın yazılı olması gerektiği ile ilgili düzenlemeler, Organ ve Doku Nakli Kanunu ve Nüfus Planlaması Kanunu'nda da vardır. Bu şekilde yasa yapıcı tarafından açık bir düzenlemenin yapılmadığı durumlarda sözlü rıza yeterlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre, derhal müdahaleyi gerektiren hayati ve acil haller dışında, rıza her zaman geri alınabilecektir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de kişinin rızasının her zaman geri alınabileceği öngörülmüştür. Tıbbi yönden sakınca olmaması durumunda müdahale esnasında da rıza geri alınabilecektir. Genel anestezi altındaki hastanın rızasını geri alması söz olamayacaktır<sup>406</sup>.

#### **1.4.2. Rıza Ehliyeti**

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde rıza düzenlenmiştir. Rıza, bu hakkın sahibi olan hasta tarafından doğrudan verilmelidir<sup>407</sup>. Hastanın rıza ehliyetinden söz edebilmek için, hastanın üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi anlayacak ve değerlendirebilecek düzeyde olması gerekir<sup>408</sup>.

Rızanın hukuken geçerli olması için hasta, rızasını bildirmeye ehil olmalı, kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin önem ve sonuçlarını kavrayacak yeteneğe sahip bulunmalıdır<sup>409</sup>. Bu aşamada tam ehliyetli olan kişilerle ilgili herhangi bir sorun yoktur. Bu şahıslar Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde tam fiil ehliyetine sahip olarak tek başlarına haklarında uygulanacak tıbbi müdahaleye karar verebilme yeteneğine sahiptirler. Ancak tam ehliyetli olduğu halde bilinci kapalı

---

<sup>406</sup> ARPACI, Abdülkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Yolları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s. 11.

<sup>407</sup> KICALIOĞLU, a. g. e, s. 115.

<sup>408</sup> ÇİLİNGİROĞLU, a. g. e, s. 54., BAYRAKTAR, a. g. e, s. 130., ŞENOCAK, a. g. e, s. 38.

<sup>409</sup> KICALIOĞLU, a. g. e, s. 115-116.

hastanın karar veremeyeceği durumlarda hastanın yakınlarının izni gerekir. Acil hallerde, hastanın iyileşmesi ve hayatta kalması için öncelikle tıbbi müdahale uygulanır. Ayırt etme gücünden yoksun olmaları, fiil ehliyetine sahip olmamaları sebebi ile kendilerine yapılacak tıbbi müdahalenin anlamını kavrayabilecek düzeyde olmayan ehliyetsiz kişilerin rıza ehliyeti yoktur. Bu kişilerin yasal temsilcisi yapılacak tıbbi müdahaleye karar verecektir.

Rıza ehliyeti konusunda, küçükler ve kısıtlılar yönünden tartışma bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, öncelikle mevzuatımızda küçüklerle ilişkin düzenlemeleri irdelemek gerekmektedir.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatının İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)”* düzenlemesiyle küçüklerin rızası ele alınmıştır. Bu konuda farklı bir düzenlemeye, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/1. maddesinde şöyle yer verilmiştir: *“Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”* Bu iki düzenleme ile küçüklerin iradeleri değil yasal temsilcilerinin iradeleri ön plana çıkarılmıştır.

Diğer yandan TMK'nın 16. maddesine göre, *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”*. TMK'nın bu hükmü çerçevesinde küçüklerin durumu değerlendirildiğinde, tıbbi müdahale için rıza göstermenin kişiye sıkıca bağlı haklar arasında olduğu anlaşılacaktır. Zira tıbbi müdahale, kişinin beden ve tinsel bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelir. Tıbbi müdahale için rıza verip vermemek, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile ilgilidir. Bir görüşe göre, küçükün tıbbi

müdahale konusundaki görüşü bağlayıcı değildir. Asıl önemli ve bağlayıcı olan yasal temsilcinin görüşüdür<sup>410</sup>. Diğer görüşe göreyse; tıbbi müdahale için rıza gösterme kişiye bağlı haklardandır. Bu sebeple, hem TMK'nın 16. maddesine aykırı olan düzenlemeler eleştirilmekte, hem de ayırt etme gücünü taşıyan küçüklerin vücut ve hayatlarını ilgilendiren konularda rıza gösterebilmeleri gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>411</sup>

Kısıtlılar bakımından, kısıtlı kişi tıbbi müdahalenin anlam ve sonucunu kavrayabilecek bilinçteyse kişinin rızası aranmalıdır. Hükümlü olduğu için vesayet altına alınan kişiler de rıza yetkisine sahiptirler. Tıbbi müdahale için rıza gösterme kişiye sıkıca bağlı bir hak niteliğinde olduğundan, vasiinin rızasının bu ve benzer durumlarda geçerliliği yoktur<sup>412</sup>. Ancak kişi ciddi anlamda madde bağımlısı ve karar verme yeteneği düşükse, hakkında kısıtlılık kararı varsa, kişi hakkında uygulanacak herhangi bir tıbbi müdahalede yasal temsilcisi karar vermelidir.

Kanaatimizce, rızanın ön koşulu olan aydınlatma aşamasında hekim hastayı gözleme olanağı bulur. Yapılan aydınlatmanın hasta tarafından ne kadar anlaşıldığı ve kavrandığı hekimin gözlemleyebileceği bir husustur. Hekim ayırt etme yeteneğine sahip bir küçüğü aydınlattığında, küçüğün tıbbi uygulamayı anladığına ve karar verme yeteneğine sahip olduğuna ikna oluyorsa, bizce yasal temsilcinin rızasının alınmasına gerek yoktur. Bu nedenle uygulamada rızanın kim tarafından açıklanacağı konusunda tartışmalı olan durumlarda hekimin söz söyleme hakkı olmalıdır. Hekim, hastası ile kurduğu iletişim sonucunda, mesleki donanım ve deneyimleri çerçevesinde aydınlatmanın kısıtlılar ve küçükler yönünden kime yapılacağını belirleyebilmelidir.

Yasal temsilcinin, tıbben uygulanması gerekli olan müdahaleye izin vermemesi durumunda velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir.

---

<sup>410</sup> DURAL, Mustafa, "Regulation of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life" Landesbericht Turkei, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, London, Paris, Singapur, Tokio 200, s. 955 naklen HAKERİ, a. g. e., s. 337.

<sup>411</sup> ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 50, sayı 4, s. 74, 75, 80.

<sup>412</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 334.

TMK'nın 346. maddesi çocuğun korunmasını düzenlemektedir. Buna göre, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”. Aynı kanunun 487. maddesinde ise, “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür”. Kanuni temsilcinin, hastaya yapılacak tıbbi müdahaleye keyfi olarak izin vermemesi, TMK'nın 2. maddesi hükümleri kapsamında hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Basına yansıyan bir olayda ailenin, bebeğe yapılması zorunlu olan tıbbi müdahaleye izin vermemesi sebebi ile hastane yetkilileri savcılığa başvurmak zorunda kalmışlardır. Olay özetle şu şekilde meydana gelmiştir: Ailesinin yoğun bakıma alınması için izin vermediği kız bebek, hastanenin şikâyeti doğrultusunda Çocuk Mahkemesinin aldığı kararla kuvöze alınmıştır. Bebeğin annesinin sütünü emerken kolunda istemsiz bir hareket oluşması üzerine, hekim, beyindeki su toplanması sebebiyle bebeğin acil olarak yeni doğan yoğun bakım birimine götürülmesini istemiş, aile doktora karşı gelerek bunu kabul etmemiştir. Ailenin bebeklerini alarak eve götürmek istemesi üzerine, yetkililer Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmuştur. Savcı tarafından olay Bakırköy 1. Çocuk Mahkemesi'ne taşınmıştır. Çocuk Mahkemesi, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü ve doktorların açıklamaları doğrultusunda, bebeğin acil koruma altına alınıp sağlık tedbiri verilmesine hükmetmiştir. Bebeğin gözetimi ise, aileden alınarak Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'ne devredilmiştir.<sup>413</sup>. Aile, uygulanması zorunlu olan tıbbi müdahalenin uygulanmasına rıza göstermemiş ancak çocuğun yaşam hakkı ve yüksek menfaati gereğince, hastane ve hekimin durumu adli makamlara bildirilmesi ile sorun çözüme kavuşturulmuştur.

---

<sup>413</sup>(Erişim)

[https://www.sabah.com.tr/yasam/2009/08/08/aile\\_tedavi\\_etmeyin\\_dedi\\_mahkeme\\_karari\\_yasatti](https://www.sabah.com.tr/yasam/2009/08/08/aile_tedavi_etmeyin_dedi_mahkeme_karari_yasatti) , 20 Ekim 2018.

### 1.4.3. Rızanın Kapsamı

Tıbbi müdahaleye rızanın içeriği, yaşam ve beden bütünlüğünün ihlali değil aksine bunların korunmasıdır. Tedavi amacı ile vücut bütünlüğüne müdahale edilen kişiyi mağdur olarak tanımlamak da olanaklı değildir. Vücut bütünlüğünün ihlali şeklindeki bir eyleme sessiz kalmak ile sağlığına kavuşmak için vücudu üzerindeki müdahaleye izin vermek arasında fark vardır<sup>414</sup>.

Rızanın kapsamı, genel ve soyut olmaz, özel olarak somut bir tıbbi müdahale için açıklanmış olmalıdır<sup>415</sup>. Diğer bir anlatımla, hastalık ile ilgili teşhisin hastaya anlatılması, hangi tedavinin uygulanacağı, bu tedavinin başarılı olma şansının ne kadar olduğu, neden bu tedavinin seçildiği, tedavinin ne kadar süreceği, risklerinin neler olduğu, kullanılacak ilaçlar ve bu ilaçların nasıl kullanılacağı, yan etkileri, uygulanacak diyet, yapılacak egzersizler ile bu tedavinin başarısız olması halinde uygulanacak başka bir tedavi seçeneğinin olup olmadığı konularını barındırmalıdır<sup>416</sup>.

Alışılmış tedavi yöntemlerinin yararlı olmadığı durumlarda deneysel tedaviler uygulanabilecektir. Bu tür bir uygulama için öncelikle deney hayvanları üzerinde yeterli derecede deney yapılmış olması ve faydalı etkilerinin anlaşılması ve de hastanın rızasının bulunması gerekir. Deneysel tedavi için, bu yöntemin faydalı olacağı ve tedavinin alışılmış yöntemlerden daha olumsuz sonuç doğurmayacağı öngörülebilmesi gerekmektedir.<sup>417</sup>

Genel olarak verilmiş rızanın yeterli olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bu görüşe göre, rıza geniş ve soyuttur. Bir kerelik tedavi için rıza verildikten sonra, artık tedavinin ve ameliyatın biçim ve kapsamına ilişkin ayrı bir

---

<sup>414</sup> KEYMAN, a. g. m., s. 69.

<sup>415</sup> ÇİLİNGİROĞLU, a. g. e., s. 76.; HAKERİ, a. g. e., s. 351.

<sup>416</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 117.

<sup>417</sup> AKYILDIZ, Sunay; ÖZKAN, Hasan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 56.

rızaya gerek olmadığını kabul etmektedir<sup>418</sup>. Hasta aydınlatıldıktan sonra rızası alındığından, sonraki tıbbi işlemlerin yürütülmesinin takdirinin hekimde olduğu da ileri sürülmektedir<sup>419</sup>.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararında “...Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve ‘Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır.’ düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen 06.07.2009 tarihli onam belgesinde davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılammaktadır. Genel ifadelerle yan etki ve komplikasyonlardan haberdar olduğu bildirilmiş, bu tür ameliyatın ne tür komplikasyonları olduğu izah edilmemiştir.”<sup>420</sup> denilerek yerel mahkemenin tüm bu hususları gözetmeksizin karar verdiği gerekçesi ile kararın bozulmasına

<sup>418</sup> ÖZEK, Çetin, “Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, cilt 28, sayı 4, 1965, s. 453.

<sup>419</sup> ÇAKMUT, s. 222.

<sup>420</sup> Yargıtay 13. HD., 2013/30822 E., 2014/10772 K. ve 09.04.2014 tarihli kararı, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyp Portal, 28 Haziran 2019.

hükmetmiştir. Yerleşik Yargıtay kararlarına göre de, rıza genel geçer olmamalı, hekim hastayı olası riskler konusunda da aydınlatmalı ve bu risklerin meydana gelmesi halinde müdahalede bulunmaya dair rıza almalıdır. Aksi durumda yapılan müdahale hukuka aykırı olur.

Kanaatimizce de genel ve soyut rızanın kabulü mümkün değildir. Hastadan alınmış aydınlatılmış onam dışına çıkılamaz. Ancak belirsiz bir konuya ilişkin olarak da rızaya müracaat edilebilir. Mesela hekim hastalığa tanı koyabilmek amacıyla tahliller, muayeneler gerçekleştirebilir. Ancak bu durumda da hekim olağan işleyiş haricindeki işlemleri gerçekleştirebilmek için de hastanın oluru alınmalıdır<sup>421</sup>.

#### **1.4.4. Rızanın Aranmadığı Durumlar**

Uygulanacak tıbbi müdahalelerin insan onuruna aykırı olmaması gerekir. Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası, uygulanacak müdahaleyi insan onuruna uygun hale getirmektedir. Bir insanın beden ve yaşam bütünlüğüne rızası olmaksızın müdahalede bulunmak, insan onuru ve temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil edecektir. Her bireyin kendi geleceğini belirleme ve bedeni üzerinde tasarruf etme hakkı vardır. Ancak bazı durumlarda hastanın rızası gerekli olmadığı gibi, kimi yasal düzenlemelerle zorla uygulanacak tıbbi müdahaleler hukuka uygun hale getirilmiştir.

Kişinin hayat ve beden bütünlüğü açısından ağır ve kesin bir tehlikenin olduğu zaruret durumunda hastanın rızası aranmayacaktır. Rıza belirtmeyecek durumda olanlar bakımından zaruret halinin koşulları varsa tıbbi müdahalede bulunulabilecektir<sup>422</sup>.

Tıp hukukunda zorla müdahale kavramıyla, tanıya ya da tedaviye ilişkin önlemlerin hekimce, hastanın rızası olmadan veya açıkça kabul etmemesine karşın,

---

<sup>421</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 252.

<sup>422</sup> KEYMAN, a. g. m., s. 71.



iyileştirme gayesinin varlığına bakılmaksızın uygulanması anlaşılmaktadır<sup>423</sup>. Zorla tıbbi müdahale, kamu sağlığı ve toplum yararı gözetilerek uygulanabilir.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda konuya ilgili düzenlemeler mevcuttur. Kanunun 57. maddesinde sayılan hastalıklarla ilgili olarak toplum yararı gözetilerek önlemler alınır ve tedavi uygulanır. Kişiyi tedaviye zorlama yerine daha farklı yöntemlerle bu tür hastalıklarla mücadele etmek ve bu hastalıkların yayılmasını önlemek olanaklı ise, bu yöntemleri yasal düzenleme haline getirmek ve kişilerin rızaları olmadan tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacakları kuralının göz önünde bulundurulması uygun olacaktır<sup>424</sup>.

TCK'nın 227/8. maddesinde fuhuşa sürüklenen kişinin tedaviye tabi tutulacağı öngörülmektedir. Böylece suçun mağduru olan kişi tedaviye zorlanarak, tedavi amaçlı olarak özgürlüğü de kısıtlanabilecektir. Tıp etiği açısından sorunlu olan bu uygulamada, kişinin tedavisi amaçlanıyorsa, kişinin talebinin göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmuştur. Zira fiziksel ve ruhsal şiddete uğramış bir kişiyi tedaviye zorlamak, kişide onarılması daha güç sorunlar doğurabilecektir<sup>425</sup>.

Genel Kadınlar ve Genel Evlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25. maddesine göre de, yasa kapsamına girenler, kanunun belirlediği süre ve koşullarda muayene olmak zorundadırlar. Aynı şekilde Nüfus Planlaması Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, hamileliğin onuncu haftası bitinceye kadar annenin sağlığı yönünden mahzur bulunmadığı hallerde, annenin isteğiyle rahim tahliye edilebilir. Ancak hamilelik süresi on haftadan fazlaysa rahim sadece, gebeliğin anne adayının hayatı için tehdit doğurması veya doğacak çocuk ile sonraki kuşaklar yönünden ağır maluliyete sebep olması halinde tahliye edilir.

---

<sup>423</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 353.

<sup>424</sup> SERT, a. g. e., s. 202.

<sup>425</sup> SERT, a. g. e., s. 204.

Rıza olmaksızın uygulanan tıbbi müdahalelerin keyfi olamayacağı, bu durumların kanunlarda düzenlendiği, zorla tıbbi müdahalenin uygulanması için belli koşulların arandığına dikkat etmek gerekir. Keyfi uygulamalar hekim yönünden cezai ve özel hukuk sorumluluğu doğuracaktır. Zorunlu tıbbi müdahaleler hususunda AİHM, yerleşik tıbbi uygulamaların esas alınarak, bu tür müdahalelerin kabul edilir olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre, tedavi için gerekli olan müdahale insanlık dışı veya küçük düşürücü olmamalıdır<sup>426</sup>.

Kanaatimizce de kamu yararı ve toplum sağlığının zorunlu kıldığı durumlar çerçevesinde uygulanacak rıza dışı müdahaleler gerekli olabilmekle birlikte bu hallerin kanun ile düzenlenmiş olması, uygulanan müdahale ve müdahalenin uygulandığı koşulların insanlık onuruna aykırı olmaması hususunu dikkate almak gerekir. Toplum yararı gözetilirken, birey yok sayılmamalı, iki husus arasındaki denge sağlanmalıdır.

#### **1.4.5. Varsayılan Rıza**

Varsayılan rıza, hastanın tıbbi müdahalenin koşullarından haberdar olması durumunda rıza gösterdiği kabulüne dayanır. Bu rıza sıklıkla acil ve hastanın karar verme hususunda yetersiz olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Varsayılan rıza, hekim veya diğer sağlık mensubunun uyguladığı tıbbi müdahale ile hastanın hukuki yararına izin almadan saldırdığı ama nesnel ölçüler doğrultusunda hastanın rızasının varsayıldığı durumları kapsamaktadır<sup>427</sup>.

HHY'nin 24. maddesine göre, veli ya da vasinin bulunmadığı hallerde veya tıbbi müdahale yapılacak hasta rıza veremeyecek yani aydınlatmayı anlamayacak haldeyse (trafik kazasında yaralanmış komadaki kişi gibi) ve müdahalenin de derhal yapılması gerekiyorsa rıza şart değildir.

---

<sup>426</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 353.

<sup>427</sup> BAYRAKTAR, s. 140.HAKERİ, a. g. e., s. 381.

İntihar amacı ile kendisine zarar vermiş olan, örneğin çok miktarda ilaç içen kişinin rızası olmaksızın müdahalede bulunulması, TMK'nın 23. maddesi gereği kişilik hakkına verilen önem ve saygının sonucudur. Ancak intihar girişiminde bulunan kişi bilinci açık, irade açıklama yeteneğine sahip durumdayken, müdahaleyi kabul etmiyorsa, kendisine müdahale edilemez<sup>428</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde acil bir durum sebebiyle rıza alınmadığında kişinin sağlığı açısından lüzumlu olan tıbbi müdahalenin yapılabileceği düzenlenmekte, aynı sözleşmenin 9. maddesinde ise, "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*" denilmektedir. Amsterdam Bildirgesi'nin 3.3 maddesinde, "*Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.*" şeklindeki düzenlemeyle rızanın yokluğunda müdahale koşulları öngörülmüştür.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesindeki "*...Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir...*" hükmü ile acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirine bırakılmıştır.<sup>429</sup>

Bazı hallerde ameliyata başlanmasından sonra ameliyatın kapsamı genişleyebilir veya değişebilir. Kural olarak, hekim ancak hastanın rıza gösterdiği müdahalelerde bulunabilir. Bu durum rızanın soyut ve genel olmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu durumlarda varsayılan rıza koşulları çerçevesinde hareket etmek ve ameliyatın genişletilmesinin neden olacağı risklerin ameliyatın yarım bırakılmasıyla doğabilecek risklerden yüksek olmaması gerektiğini gözeterek, hastanın varsayılan rızası doğrultusunda davranmak gereklidir<sup>430</sup>. Ameliyatın genişletilebilmesi için, bu halin zorunlu olması, hastanın rızasının bulunduğu

---

<sup>428</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 382.

<sup>429</sup> (01.01.2020) [https://www.journalagent.com/tkd/pdfs/TKDA\\_37\\_70\\_46\\_50.pdf](https://www.journalagent.com/tkd/pdfs/TKDA_37_70_46_50.pdf)

<sup>430</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 385.

müdahalenin doğurduğu tehlikeden daha büyük bir tehlike doğurmaması gerekir. Hastanın rızasının alınmasının gerektirdiği zamanın hasta açısından tehlike doğurması nedeniyle hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması gerekir. Ayrıca ölüm tehlikesi durumu dışında, rıza olmaksızın, genişletilmiş tıbbi müdahaleyle önemli organların alınması mümkün değildir. Bu koşullarda, hekim, hastanın rızasının ikinci ameliyatı da kapsadığını varsayarak, vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde ikinci ameliyatı yapacaktır.<sup>431</sup>

Eğer ameliyatın yarım bırakılması hasta açısından geri dönüşü imkânsız sonuçlar doğurmayacaksa, ameliyat yarım bırakılmalı ve hastaya yapılacak müdahale anlatılıp, rıza alınmalıdır.

Kanaatimizce, hekimin kural olarak aydınlatmayı mümkün oldukça ayrıntılı yapması gereklidir. Ameliyat öncesinde meydana gelme riski çok düşük olasılıkların dahi hasta ile paylaşılması gerekmektedir.

#### **1.4.6. İradeyi Sakatlayan Haller**

Hastanın rızasının ve tedaviye ilişkin rıza iradesinin, hata, hile ve tehdit şeklindeki iradeyi engelleyen sebeplerle sakatlanmamış olması gerekmektedir<sup>432</sup>. Hastanın verdiği rızanın baskı, hile, tehdit gibi unsurların etkisi altında değil, hastanın özgür ve gerçek iradesi ile verilmiş olması gerekir. Aksi durumda verilen rıza geçersiz olur. Sakinleştirici etkisi altında verilen rıza geçerli değildir<sup>433</sup>. Hastada olmayan belirtileri önemli bir hastalığın işaretiymiş şeklinde göstererek, hastayı ameliyata ikna ederek, deneysel amaçları için kullanan hekimin elde ettiği rıza hile ile elde edildiğinden geçerli olmayacaktır.<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> TÜMER, Ali, Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis, Matsis Matbaa Hizmetleri, İstanbul, 20013, s. 65-66.

<sup>432</sup> (Erişim) <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm> , 21 Ekim 2018.

<sup>433</sup> CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, a. g. e., s. 320.

<sup>434</sup> (Erişim) <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, 21 Ekim 2018.

Yargıya intikal eden bir olayda, hekimin rıza formunu imzalaması konusunda direktmesi ve imzalanmaz ise ameliyatın yapılmayacağı şeklindeki baskısı üzerine, ameliyata gidildiği sırada ve sakinleştirici bir iğne uygulandıktan sonra, günler öncesinden verilen rıza formunu hastanın imzalamasından dolayı hastanın karar alma özgürlüğünün kısıtlandığına karar verilmiştir<sup>435</sup>. Keza hekimin, gerçeğe aykırı olarak, tıbbi müdahale için hastanın yatmasına gerek olmadığını, bu müdahalenin kendisi için rutin hale geldiğini, kendisinin bu tür müdahalelerde çok tecrübeli olduğunu söylediği ve hastanın gerçek durumu bilseydi müdahaleye rıza göstermeyeceği olayda, müdahale hukuka aykırı bir yaralama fiili olarak değerlendirilmiştir<sup>436</sup>.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadında,<sup>437</sup> “*alınan rızanın, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınması durumunda geçersiz olacağı*” belirtilmiştir. Acil durumlarda, hastanın reşit bulunmaması veya bilincinin açık olmadığı ya da karar veremeyeceği hallerde kanuni temsilcisinin izninin alınacağı, aydınlatılmış onamda ise ispat külfetinin hekim ya da hastanede olacağı öngörülmüştür. Yargıtay'a göre rıza, hastanın eksiksiz aydınlatılmasından sonra ve hastanın özgür iradesiyle alınmalıdır. Hekim tarafından gerçekleştirilen müdahaleye rızanın, ayrıntılı aydınlatmadan ve hastanın hür iradesi neticesinde alındığının ispat külfeti de yine hekim ve hastanededir.

### 1.5. Tıp Bilimince Kabul Görmüş Genel İlke ve Esaslara Uygunluk

Her türlü tıbbi müdahale ve tedavi, ilke olarak tıbbi gerekliliğe bağlanmalıdır. Diğer bir anlatımla, belirli bir tanı veya tedavinin uygulanabilmesi için, hekimin bu girişimini gerektiren bir neden olmalıdır. Bu nedenle tıbbi gereklilikten anlaşılması gereken, tıbbi müdahaleyi gerektiren gösterge ve tıbbi zorunluluktur<sup>438</sup>. Tıbbi müdahalede için tıbbi zorunluluk gerekliliği; Anayasanın 17. maddesi, Tıbbi

<sup>435</sup> BGH MedR 1998, 157. naklen HAKERİ, a. g. e., s. 394.

<sup>436</sup> Duesseldorf Eyalet Mahkemesi Savcılığı, 810 Js 193/96, ULSENHEIMER,&1, kn. 58, dn. 365, naklen, HAKERİ, a. g. e., s. 394.

<sup>437</sup> Yargıtay 13. HD. 2013/17524 E., 2013/29431 K.; 13. HD. 2013/23055 E., 2013/27584 K.; 13. HD. 2013/32755 E., 2014/1498 K. sayılı kararları, (Erişim) [www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), Uyap Portal, 28 Haziran 2019.

<sup>438</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 401.

Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/3. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde ifade edilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği, tıbbi malpraktisi, tabibin tedavide olağan uygulamayı gerçekleştirmemesi, beceri noksanlığı ya da hastayı tedavi etmemesiyle meydana gelen zarar olarak tarif etmiştir. Ayrıca, tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkan komplikasyonların malpraktisten ayırt edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>439</sup>.

Black's Law Dictionary'de ise malpraktis terimi, “ *bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama, basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesi* ” olarak tanımlanmıştır. Sözlükte, tıbbi hata davalarında ihmalin baskın kuramı oluşturduğu vurgulanmıştır. İhmale dayalı tıbbi hata davasında tazminat alınabilmesi için; hekim hasta ilişkisinin varlığının ve hekimin hastaya karşı bir yükümlülüğünün bulunduğu, uygulanması mümkün bir tedavi standardının ve bunun ihlal edildiğinin, zararın ve nedensellik bağının kanıtlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>440</sup>.

Tıbbi gereklilik, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale sokan ögelerden biri olmakla, varlığı her zaman özenle gözetilmelidir. Çünkü tıbbi gerekliliğin olmadığı hallerde müdahale haksız olacak ve sonuç olarak da ceza hukuku bağlamında, yerine göre, genital muayene, kasten yaralama, öldürme veya görevi kötüye kullanma suçları oluşabilecektir. Çalışmamız yönüyle, hiçbir zorunluluk ve yarar olmadığı halde ebeveynlerin sadece merak duygularını gidermek amacıyla ile kız çocuklarını “kızlık zarı” kontrolüne götürmeleri ve hekimin bu hususa dikkat etmeksizin muayeneyi yapmış olması özel hukuk anlamında da tazminat sorumluluğuna yol açabilecektir.

---

<sup>439</sup> ALTUN, Gürca; YORULMAZ, Abdullah, Coşkun, “Yasal Değişiklik Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Sayı 27, 2010, s.8.

<sup>440</sup> ERSOY, Yüksel, a. g. m, s. 161.

Tıbbi gereklilik koşulu, çocukların sünnet edilmesinde veya estetik ameliyatlarda da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda tedavi dolaylı şekilde amaçlanmakta, esas gaye, toplumsal, geleneksel veya psikolojik bir ihtiyacın karşılanması veya yerine getirilmesidir. Ancak tıbbi, toplumsal, geleneksel veya psikolojik gerekçelere dayalı müdahaleler de, tıbbi kural ve standartlara uyularak yerine getirilmelidir<sup>441</sup>.

Hastaya uygulanacak tıbbi müdahale; tıbbi zorunluluk, hastanın aydınlatılması, rızasının alınması ve müdahalenin yetkili bir kimse tarafından yapılması koşullarını sağlamasına rağmen, özensiz, dikkatsiz, tıp biliminin kural ve esaslarına aykırı yapılmışsa, hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda müdahaleyi uygulayan kişi yönünden özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Hekim, tıbbın gereklerine uymak ve bu sınırlar içinde davranmak zorundadır. Hastanın rızası veya zorunluluk durumu bile, hekimin gözetmek zorunda olduğu tıbbi özen yükümlülüğünden uzaklaşmasını gerektirmez. İşî sadakat ve özen ile ifa etmek hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan borçlarındandır. Öte yandan insan hayatı gibi azami özen gerektiren bir alanda çalışan hekimler, tıbbi müdahalelerinin her düzeyinde, tıbbi gerek ve uygulamalardan ayrılmadan, tedavinin zorunlu kıldığı bütün etik ve tıbbi kurallara uymaları durumunda doğan bir zarardan mesul tutulmazlar.

Hekim, tanıya en uygun tedavi yöntemini belirlerken ve seçilen bu tedavi şeklini uygularken, hastayı aydınlatma gibi borçlarını ifa ederken daima en üst düzeyde özenli hareket etmek zorundadır. Bir pratisyen hekimden ortalama bir pratisyen hekimin beklenen özen, bir uzmandan ise ilgili uzmanlık alanına ilişkin olarak ortalama bir uzmanın aynı koşullarda göstereceği dikkat ve özen beklenir<sup>442</sup>.

Hekimin özen yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. ve 14. maddelerinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde ve hekimle hasta

---

<sup>441</sup> (Erişim) <http://www.artemishukuk.com/makaleler/tibbi-mudahalenin-hukuka-uygunlugunun-sartlari>, 22 Ekim 2018.

<sup>442</sup> HANCI, İ.Hamit, Malpraktis Tıbbi Gelişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 131.

arasında bir sözleşme mevcut olması durumunda uygulama alanı bulacağı Türk Borçlar Kanunu<sup>443</sup> hükmünde açıkça belirtilmiştir. Özenli tıbbi müdahalede bulunma konusunda hekimlere yüklenmiş olan bu hukuki yükümlülük, hastanın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi kişilik değerlerini, tıbbi müdahalenin öngörülebilir ve kaçınılabilir risk ve tehlikelerinden koruma amacını güder. Buna karşılık, öngörülemez ve kaçınılmaz risk ve tehlikeler hekimin hukuki sorumluluk alanına girmez. Hekimin sorumluluğunu doğuran özensiz davranış, olumlu veya olumsuz bir davranış şeklinde ortaya çıkabilir<sup>444</sup>.

ABD'deki tıbbi malpraktis davaları son 10 yılda %30 oranında artmış, bu davalar kapsamında 1986 senesinde 95.000 ABD doları ödenmiştir. 2002 yılında ise 320.000 ABD doları tutarında ödeme yapılmıştır. OECD'nin 2005 tarihli malpraktis konulu raporunda, açılan davaların sürekli arttığı bildirilmektedir. Bu davalarda, kusurlu olmadığı konusundaki ispat yükü davalıya yüklenmiştir<sup>445</sup>.

## **2. TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU**

### **2.1. Bağımsız Çalışan Hekimin Tıbbi Müdahale Sorumluluğu**

Hekimlerin yasal sorumluluklarını düzenleyen özel bir yasa olmadığından bu sorumluluğun esasını sözleşme ya da haksız fiil oluşturur<sup>446</sup>.

Bağımsız çalışan bir hekim ile hasta arasında, hastanın hekime müracaatı, hekimin de tedaviye girişmesiyle zımnî şekilde tedavi sözleşmesi aktedilmiş olur<sup>447</sup>. Bağımsız çalışan tabibin hastaya karşı sorumluluğu; sözleşme, vekâletsiz iş görme ya

---

<sup>443</sup> R.G., 04.02.2011, 6098 sayılı.

<sup>444</sup> ŞENOCAK, a. g. e., s. 244.

<sup>445</sup> GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 29.

<sup>446</sup> GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayın Evi, 2012, Ankara, s. 31.

<sup>447</sup> HANCI, Malpraktis, (2002), s. 12.



da haksız fiil ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkar<sup>448</sup>. Kendisine ait bir klinik ya da muayenehanede bağımsız olarak çalışan hekimin sorumluluğu belirlenirken hasta ile hekim arasında kurulmuş bulunan ilişkinin kaynağının tespiti önemlidir. İlişkinin kaynağının sözleşme mi, acil bir durum mu ya da ameliyatın genişletilmesinin zorunlu olduğu ancak sözleşme kurulamayan vekâletsiz iş görme halinin mi olduğu veya sözleşmenin mevcut olmadığı ve bu nedenle haksız fiil hükümlerinin uygulandığı bir durumun mu mevcut olduğunun tespiti hekimin sorumluluğu yönünden önem arz eder. Zira hekimin sorumluluğu yönünden her bir durum farklı hukuksal sonuçlar doğuracaktır.

### 2.1.1. Hekim İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Hekimle hasta arasında sözleşmeden kaynaklanan ilişkinin söz konusu olduğu hallerde, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi şeklinde ortaya çıktığı öğretide çoğunluk<sup>449</sup> tarafından kabul edilmektedir. Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun dokuzuncu bölümünde 502/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. ”*Aynı maddenin ikinci fıkrasında da *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır”*. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme de işgörme sözleşmesidir<sup>450</sup>.

Hastanın muayene ve tedavi amacıyla hekime müracaatı, hekimin ise hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hekim ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur<sup>451</sup>.

Hekimle hasta arasındaki bu sözleşmenin iş veya hizmet sözleşmesi şeklinde nitelenmesi yerine vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesinin nedeni, vekilin iş

---

<sup>448</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 495.

<sup>449</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 174.; HAKERİ, a. g. e., s. 494.; YILMAZ, a. g. e., s. 20; HANCI, Malpraktis, s. 121-122.

<sup>450</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 174.

<sup>451</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 174.

veya hizmet sözleşmesine göre daha geniş bir hareket alanına sahip olmasından kaynaklanmaktadır<sup>452</sup>. Hekimlik mesleğinin teknik ve uzmanlık bilgisi gerektirmesi, hekimin hastanın sağlığını kurtarmayı hedeflemesi gibi önemli bir amaç ile hareket etmesi sebebi ile de hekimin hastanın rızası doğrultusunda bağımsız olması gerekir. Hastayla hekim arasında bir işçi- işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Hasta, tabibin işvereni konumunda değildir. Ancak hekimin hastaya karşı özen borcu söz konusudur. Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme belli bir süre ile sınırlı değildir. Çünkü tedavinin ne zaman sonuçlanacağı tam olarak bilinmemektedir. Bu durum sadece hekimin uyguladığı tıbbi tedavi ile ilgili olmayıp, aynı zamanda hastanın biyolojik ve psikolojik yapısıyla da ilgilidir.

Hekimle hasta arasında mevcut sözleşmeye “tedavi sözleşmesi” veya “hekimlik sözleşmesi” de denilmektedir<sup>453</sup>. Yargıtayın yerleşik içtihadında da, hekimin hasta ile kurduğu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu benimsenmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2002/13959 E., 2003/2380 K. ve 06.03.2003 tarihli kararında<sup>454</sup> “...Davadaki ileri sürülmüş ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK:386,390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK:390/11) Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini gözönünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte

<sup>452</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 494.

<sup>453</sup> ÖZPINAR, a. g. e., s. 279.

<sup>454</sup> (Erişim) <https://www.kararara.com/yargitay/yhdk9/yrqtyk18815.htm>, 27 Ekim 2018.

*haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1. maddesi uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır... ” denilmektedir.*

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, eser (istisna) sözleşmesi olarak da açığa çıkabilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi gereği; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Eser sözleşmesinde yüklenen, eseri oluşturmak ve teslim etmek şeklinde bir yükümlülük altındadır. Eser sözleşmesinde asıl amaç, bir şeyin (eserin) meydana getirilmesidir<sup>455</sup>. Hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisine eser (istisna) sözleşmesi kurallarının uygulanması, sadece kimi hallerde kabul görmektedir. Diş hekimince porselen kaplanması, hekimin protez ve köprü gibi işlerin yapımını üstlenmesi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Burun ameliyatı, yüz gerdirme, fazla yağların aldırılması, meme veya dudaklara silikon takılması gibi estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde eser sözleşmesi kurulmuş olur. Bu durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi şeklinde olduğu Yargıtayın yerleşik içtihatları ile de sabittir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1993/131 Esas, 1993/2741 Karar ve 05.04.1993 tarihli kararına göre, “*...dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesinin halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda, istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. ...”*

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2018/2036 Esas, 2018/3025 Karar ve 11.07.2018 tarihli güncel kararında da “*...Eser sözleşmesi niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Eserde iş sahibinin borcu bedelin yükleniciye ödenmesi, yüklenicinin borcu ise, iş sahibinin amacına, fen ve sanata uygun imal ve teslim yükümlülüğü bulunmaktadır. Estetik operasyonlarda*

---

<sup>455</sup> HANCI, Malpraktis, s. 124.

*da yüklenici yani estetik operasyonu yerine getiren doktorun edimini, iş sahibinin yani hastanın amacına ve isteğine uygun şekilde yerine getirmesi zorunludur. Somut olayda davacının estetik operasyona dair taleplerinin eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici doktor tarafından sonucun garanti edilmesi nedeniyle tam olarak yerine getirilmediği, davacının ikinci bir operasyona maruz kalarak şikayetine konu hususların büyük ölçüde düzeltildiği dosyada bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, mahkemece yapılması gereken iş 6100 sayılı HMK 266 ve devamı maddelerine uygun olarak, üniversitelerden seçilecek konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi heyetine dosya tevdi edilerek davalının kusuru ve maddi tazminat miktarının tespitine yönelik inceleme yaptırmak ve sonucuna göre gerektiğinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesinden ibaret iken yazılı şekilde davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” şeklinde eser sözleşmesi hükümleri kapsamında yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.*

Hekim ile hasta arasında sözleşmenin söz konusu olmadığı hallerde ise, haksız fiil hükümleri dikkate alınır. Tıbbi müdahalenin özel hastanede gerçekleştirildiği ve sözleşmenin bu durumda özel hastane işletmecisi tarafından yapıldığı ve dolayısıyla hekime hasta arasında sözleşme bulunmadığı durumlarda haksız fiil hükümlerine gidilebilir<sup>456</sup>.

### **2.1.1.1 Sözleşme İlişkisi ve Bu İlişkiden Doğan Sorumluluk**

Hekim ile hasta arasında sözleşme kurulabilmesi için, taraflardan birisinin teşhis ve tedavi hizmetlerinden yararlanma ihtiyacında olan hasta, diğer tarafın ise teşhis işlemini gerçekleştirip tedaviyi verebilecek beceriye sahip hekim olması gerekmektedir. Ancak hekimlik sözleşmesinin tarafını oluşturan hekimin serbest olarak çalışması, bu sözleşmenin ön şartlarından birisini oluşturmaktadır<sup>457</sup>. Sonraki başlıklarda inceleneceği üzere, serbest çalışmayan hekimlerin hasta ile hukuki ilişkisi ve sorumlulukları farklı değerlendirilmektedir.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilmesi için hasta ile arasındaki ilişkinin vekalet veya eser sözleşmesinden kaynaklanıyor olmasının bir

<sup>456</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 497.

<sup>457</sup> ÖZÇETİN, Selvi; BALABAN, Murat, Sağlık Hukuku, Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 191.

önemi yoktur. Her iki halde de sorumluluk, taraflar arasında sözleşme bulunması, hekimin sözleşmeden kaynaklı edim borcunu ihlal etmesi veya gereği gibi ifa etmemesi, borca aykırılığın tıbbi mesleğe dayanması ve hastanın zarar görmesi koşullarında ortaya çıkacaktır<sup>458</sup>.

#### 2.1.1.1.1. Sözleşmenin Varlığı

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu, kural olarak, sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Zarar gören ile hekim arasında sözleşmenin olmadığı bir ilişkinin bulunması da sık karşılaşılan durumlardandır. Hekimin, zorunlu olduğu halde tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınması ya da hastanın rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunması haksız bir eylem oluşturur<sup>459</sup>. Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken yapmakla yükümlü olduğu işlemlerin kapsamı geniştir. Genellikle hekim ve hasta anlaşarak tedavi sürecini başlatırlar<sup>460</sup>. Vekalet sözleşmesi borç doğuran, bir hasta ile hekim arasında kurulan rızai bir sözleşmedir<sup>461</sup>. Hekimlik (vekalet) sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte hekim, hastanın hastalığının teşhisinden başlamak üzere, tedavi, bakım, kontrol ve bunları kapsayan her türlü tıbbî müdahaleyi, hastanın yararına olacak şekilde yapma edimini üstlenmiş olmaktadır<sup>462</sup>. Hasta ve hekim arasında karşılıklı olarak sözleşme kurma iradesinin beyan edildiği anda, sözleşme ilişkisi herhangi bir şekil şartı gerektirmeksizin kurulur. Sözleşme sözlü olarak kurulabileceği gibi tarafların isteğine bağlı olarak yazılı olarak da yapılabilir.

1219 sayılı Kanununun 70. maddesine göre tabibin tanı ve iyileştirme faaliyeti, hastasının menfaatine ve onun isteği doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Bu da yapılan işin doğal sonucudur. Borçlar Kanunu'nun 1/II. Maddesine göre, “ *tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları sözleşmenin doğumu*

---

<sup>458</sup> SOMER, Pervin, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 12 Levha Yayınları, Ocak, İstanbul, 2011, s. 49.

<sup>459</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 172.

<sup>460</sup> ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım, 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 272.

<sup>461</sup> ÖZPINAR, a. g. e., s. 280.

<sup>462</sup> ÖZÇETİN, BALABAN, a. g. e., s. 192.

*için gerekli ve yeterlidir.” Hatta sözleşmenin örtülü irade bildiriyle kurulması da olanaklıdır. Hekimin hastayı kabul etmesi, muayene gerçekleştirmesi, bir kısım tedavi önlemlerine başvurması gibi davranışlar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmesi bakımından yeterlidir<sup>463</sup>.*

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden hekim açısından doğan en esaslı borç, sözleşmenin amacına uygun şekilde hastalığın tanısı ve tedavi edilmesidir. Ancak hekim açısından sözleşmeden kaynaklanan tek borç bu değildir. Sözleşmeye uygun tedavinin söz konusu olması için hekimin; hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, kayıt tutma gibi yükümlülüklerle de uyması gereklidir. Aksi durumda hekim bu nedenle zarar gören hastaya tazminat ödemek zorunda kalabilir. Hatta hekimin, tıbbi müdahaledeki sorumluluğu bu yükümlülüklerin ihlalden de kaynaklanmaktadır<sup>464</sup>.

#### **2.1.1.1.2. Sözleşmenin İhlali**

Hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan edimlerden bir ya da birkaçının hekim tarafından hiç veya anlaşmanın gerektirdiği şekilde ifa edilmemesi sözleşmenin ihlali sonucunu doğurur<sup>465</sup>.

Hastanın muayene ve tedavi olmak için hekime başvurması ve başvurunun hekim tarafından hemen reddedilmemesi durumunda iş kabul edilmiş sayılır. Hekim ve hasta arasında vekâlet ilişkisi kurulur. Sözleşmeye aykırılık, hekim tarafından tedavi sözleşmesine aykırı davranılarak sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasıdır. Doktor, hastalığa teşhis koymak, hastalığı tedavi etmek ve

---

<sup>463</sup> AYAN, a. g. e., s. 56.

<sup>464</sup> AYAN, a. g. e., s. 64.

<sup>465</sup> DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Erişim) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16520.pdf> , 27 Ekim 2018, s. 238.

gereken tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlüdür. Aksi davranışlar sözleşmeye aykırılık teşkil eder<sup>466</sup>.

Hekimin sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerinin başında, hastalığa tanı koyma ve bu tanıya göre en uygun tedavi veya ameliyat biçimini belirlemek gelir. Bu borç, hekimin aslî edim yükümlülüğünün konusudur. Aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisinin oluşmasının da temel gayesi olarak görülür. Hekimin bunun yanındaki ikincil edim yükümleri de; aydınlatma, sadakat ve ihtimam gösterme, sır saklama, tıbbî bilgileri belgelendirme ve saklama, hastanın kendisine ya da yakınlarına bilgi verme borçlarından ibarettir<sup>467</sup>. Hekim bu edimlere aykırı davrandığı zaman sözleşmenin ihlaline sebebiyet verir.

### 2.1.1.1.3. Kusur

Hekimin, ortalama, makul ve dürüst bir hekimin yapması gereken, tıp bilimi tarafından kabul edilmiş nesnel mesleki kurallara uymak konusunda dikkat ve özen göstermeyerek, tıbbî müdahaleyi hiç yapmamış olması, eksik yapması veya hatalı yapması sonucunda TBK'nın 112/1. maddesi gereğince sorumluluğu doğacaktır. TBK'nın ilgili maddesi şu şekildedir, *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

Sorumluluk hukuku kapsamında kusur, kasten ve ihmali olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukundan farklı olarak burada, borçlu her türlü kusurundan sorumlu olduğu için, kusurun oranı, belirlenecek tazminatın miktarı açısından önemlidir. Kast, hukuka aykırı sonucun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Tedavi bedelini arttırmak için, tedavi süresinin kasıtlı olarak uzatılması, gerekmediği halde ameliyat yapılması örnekleri verilebilir. Hekimin

---

<sup>466</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 188.

<sup>467</sup> DEMİR, a. g. m., s. 238-239.

sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez, sorumluğa esas fiiller daha çok ihmal şeklinde ortaya çıkar<sup>468</sup>.

İhmali davranış, meydana gelen olumsuz netice istenmemekle birlikte oluşmaması için gerekli önlemin alınmamasını ifade eder. Başka bir deyişle, ihmal özen eksikliği anlamına gelir<sup>469</sup>. İhmali eylem, kusurun yoğunluk derecesine göre ağır ve hafif ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Ağır ihmal, aynı koşullar altında ortalama bir hekimin göstermesi gereken en basit dikkat ve özenin bile ortaya konulmamış olması halinde gündeme gelir. Ameliyat sonrası penslerin hastanın vücudunda unutulması ağır ihmaldir. Hafif ihmal de, öngörü sahibi ve özenli davranan bir hekimin gösterebileceği dikkat ve özenin ortaya konulmamasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, tam teşekküllü bir hastanede tedavi edimini gerçekleştiren hekim ile köydeki sağlık ocağında yeterli ilaç ve araç gereç olmaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekim yönünden makul hekim ölçütü farklı olacaktır<sup>470</sup>. Çünkü hekimin, mesleğini icra ederken koyduğu teşhis ve uyguladığı tedavinin başarılı olma oranı, hekimin sahip olduğu tıbbi araç ve gereçlerle de ilgilidir.

#### **2. 1. 1. 1. 4. Zarar**

Sözleşme ihlaline veya haksız fiile rağmen bir zarar meydana gelmemişse, artık hekim sorumluluğuna gidilemez. Zarar, maddi ya da manevi olabilir<sup>471</sup>. Hekimin sorumluluğunun söz konusu olması için, sözleşmeye aykırı bir hareketinden ötürü hastanın mutlaka bir zarar görmüş olması gerekir. Hekimin sorumluluğu kapsamında tazminat yaptırımının uygulanabilmesi için, hastanın malvarlığı veya kişisel değerleri üzerinde maddi veya manevi olarak bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Meydana gelen zarar kişinin aktif değerlerinde bir azalış şeklinde olabileceği gibi artması gereken malvarlığının artmaması şeklinde de olabilir.

---

<sup>468</sup> ÖZPINAR, a. g. e., s. 282.

<sup>469</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 598.

<sup>470</sup> AYAN, a. g. e., s. 102.

<sup>471</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 598, KICALIOĞLU, a. g. e., s. 155.



Tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan başlıca cismani zararlar, tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalması veya tamamen kaybı halinde oluşan zararlardır. Manevi zarar ise, tıbbi müdahale sebebi ile hastanın hayat motivasyonunda azalma olması durumunda gündeme gelir<sup>472</sup>.

Ölüm nedeniyle istenilebilecek manevi tazminat hakkı hastanın yakınlarına verilmiş bir haktır<sup>473</sup>.

### 2. 1. 1. 1. 5. Nedensellik Bağı

Hekimin kusuru sebebiyle gerçekleşen bir zarardan sorumlu olabilmesi için, yaptığı tedavi ve girişim ile meydana gelen zararlı sonuç arasında neden - sonuç ilişkisi bulunmalıdır<sup>474</sup>. Sözleşmenin ihlali veya hukuka aykırı eylem ile oluşan zarar arasında bir neden - sonuç bağlantısı kurulabilmelidir. Hekimin yalnızca özen yükümlülüğüne aykırı davranması sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. İhlalin, hastanın yaralanmasına veya ölümüne neden olması gerekir. Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı icrai ya da ihmali davranışı ile ortaya çıkan sonuç arasında bir illiyet bağı olmalıdır<sup>475</sup>.

Mevzuatta nedensellik bağının tanımı yapılmamıştır. Ancak Türk/İsviçre hukukunda geçerli olan görüş, uygun illiyet bağı kuramıdır<sup>476</sup>. Diğer yanda Yargıtay yerleşik içtihatında “ *bir olay hayattaki genel davranışlara ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunuyorsa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır.*” hususu kabul edilmiştir<sup>477</sup>.

Nedensellik bağına ilişkin olarak bilirkişiden rapor istenir ve genellikle bu raporlar kesin olmaz, istatistiki olasılık değerlendirmeleri yapılır. Bu durum

---

<sup>472</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 78.

<sup>473</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 79.

<sup>474</sup> HANCI, a. g. e., s. 114.

<sup>475</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 599.

<sup>476</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 158; HAKERİ, a. g. e., s. 599-600; ÖZPINAR, a. g. e., s. 277.

<sup>477</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 80.

karşısında nedensellik bağında kesinlik aranmaz, uygun nedensellik bağı yeterlidir<sup>478</sup>.

Uygun nedensellik bağı, hekimin kusurlu eylemi sebebi ile hastanın maddi veya manevi olarak zarara uğramasıdır. Hekimin yapmış olduğu eylemle zarar arasında nedensellik bağı kesen herhangi bir sebep olmamalıdır. Nedensellik bağı, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kusurunun olduğu hallerde kesilir bu ve hallerde hekim sorumlu tutulmaz.

### 2. 1. 1. 2. Vekâletsiz İş Görme İlişkisinden Doğan Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesine göre, "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür.*" Buna göre, zaruret hali içinde bulunan bir hastanın hayatını kurtarmak için ya da ağır bir zarara uğramasını engellemek amacıyla hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimle hasta arasında bir sözleşme söz konusu değildir. Ayrıca hekim, rıza alınmış bir müdahalenin uygulamasında ortaya çıkan ancak hekim ile hasta arasındaki sözleşme kapsamında olmayan yeni durumda, bir müdahalede bulunursa vekâletsiz iş görme hükümleri söz konusu olacaktır.

Vekâletsiz iş görme iki şekilde ortaya çıkar. Caiz olan vekâletsiz iş görmede, iş gören, iş sahibinin çıkarına uygun şekilde ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı davranmadan işi yapmaktadır.

Bunun yanında, caiz olmayan vekâletsiz iş görme halinde ise vekâletsiz iş yapan, iş sahibinin çıkarına hareket ettiğini zannettiği ancak esasen iş sahibinin çıkarına olmayan veya açık yasağına aykırı olarak veya kendi çıkarına uygun olan ve gördüğü işin başkasının işi olduğunu bilerek veya bilmeyerek bu işi yapmakta veya

---

<sup>478</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 600.

iş sahibinin yetkili vermediği bir kişinin kendisine verdiği vekâleti esas alarak iş sahibine ait bir işi görmektedir<sup>479</sup>.

Kural olarak hekimin yasaya uygun bir aydınlatma yapması ve rıza alması ile birlikte uygulayacağı tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır. Vekaletsiz iş görme halleri, acil müdahalenin uygulanmasının şart olduğu durumlardır. Hekimin bu koşullarda, vekalet sözleşmesi olmaksızın uyguladığı müdahaleler ile hastanın yaşamının kurtarılması veya iyileştirilmesi amaçlanır.

### 2. 1. 1. 3. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Hekimle hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme mevcut değilse, sorumluluğun dayanağını doktorun haksız fiili oluşturur. Hekimin haksız fiilinden bahsedebilmek için, tıbbi müdahale sebebi ile haksız bir eyleminin meydana gelmiş olması gereklidir. Eylem, yapma ya da yapmama biçimindeki bir davranış şeklinde gerçekleşir<sup>480</sup>.

Hekimin haksız eylemlerine dayanan sorumluluğunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrası ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş bulunan genel haksız fiil hükümleri uygulanır. Buna göre, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" Haksız fiile dayanan sorumluluğun şartları zarar, kusur ve illiyet bağıdır ve bu konuda, sözleşmeye dayanan sorumlulukla benzerlik taşımaktadır. Sözleşme dışı sorumlulukta, sözleşmeye dayanan sorumlulukta borca aykırılığın yerini, hukuka aykırılık şartı alır. Aslında hekimin mesleki kurallara aykırı davranışında hukuka aykırılık söz konusudur. Taraflar arasında sözleşme varsa sözleşmeye aykırılık, eğer sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu biçiminde kendisini gösterir<sup>481</sup>. Böylesi durumlarda

---

<sup>479</sup> ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2013, s. 630.

<sup>480</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 417.

<sup>481</sup> ŞENOCAK, Zariife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 243.

sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk farklıdır. Hasta, hekime karşı açacağı davada her iki yola da başvurabilir<sup>482</sup>.

Hekimlik mesleğinin gereklerine aykırı olarak, acil olaylarda ilk yardımdan kaçınması ya da hekim tarafından hastanın rızasının alınmadığı, bilincin kapalı olması gibi hallerde, hastaya uygulanan yanlış tıbbi müdahaleden kaynaklı zararlar haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmin edilir.

### 2. 1. 2. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumluluk anlaşması Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde öngörülmüştür. Sorumsuzluk anlaşması, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan zararın meydana gelmesinden önce alacaklı ile borçlu arasında yapılan, ileride alacaklının lehine doğması muhtemel tazminat talebinin engellenmesi için kurulan sözleşmedir<sup>483</sup>. Ancak öğretilerde hekim ile hasta arasında kurulan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağı hususunda değişik görüşler vardır. Görüşlerden birine göre, hekim ile hasta arasında hafif ihmal için sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği ancak bu şartın somut olayda hâkim denetimine tabi olması gerektiği ve hâkimin takdir yetkisini kullanarak geçersiz sayabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>484</sup>. Farklı bir görüş ise, hekimle hasta arasındaki itimada dayalı sorumsuzluk anlaşmasının kişinin hayat, beden bütünlüğü ve sağlık hakkını ilgilendirmesi sebebi ile sorumsuzluk anlaşmasının tümüyle geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır<sup>485</sup>.

TBK'nın 115/1. maddesine göre, "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" Yasa yapıcı bu hükümlerle, ağır kusurun söz konusu olduğu hallerde yapılan sorumsuzluk

<sup>482</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 116.

<sup>483</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., Eylül, 2011, s. 1042.

<sup>484</sup> AYAN, a. g. e., s. 119; İPEKYÜZ, Yavuz, a. g. e., s. 144; SARIAL, M.Enis, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s. 101.

<sup>485</sup> AŞÇIOĞLU, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 128; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 214.

sözleşmesinin kesin olarak geçersiz olacağını düzenlemiştir. Bu nedenle hekimin ağır kusurunun söz konusu olduğu hallerde, sorumsuzluk anlaşması kesin olarak geçersizdir. Öğretide her ne kadar hafif ihmal hallerinde sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği ileri sürülse de TBK'nın 115. maddesinin 3. fıkrası gereği, “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Bu düzenlemeyle yasa yapıcı hekimlik mesleğini icra edenler için, hafif ihmal ve hafif kusur hallerinde de sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmemiştir.

Yerleşik Yargıtay içtihatında hekimin, vekil sıfatıyla hareket ettiğinden yola çıkılarak, işçi gibi hafif kusurundan dahi sorumlu olacağı öngörülmektedir. Tıbbi müdahalenin kişinin yaşam ve sağlık hakkını ilgilendirmesi, kişinin rızasına bağlı olması sebebi ile tıp alanında hafif kusurlu davranışlar için bile hekimin sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı kabul edilmektedir.

### 2. 1. 3. Sorumluluğun Sonuçları

Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu maddi ve manevi tazminat ödeme şeklinde olur. Yargılama sonucunda tazminat miktarı belirlenir. Tazminat miktarı belirlenirken hekimin sorumluluğunun sözleşmeye dayalı olup olmamasının önemi yoktur. Çünkü TBK 114/2. maddesindeki “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*” düzenlemesi sebebi ile sorumluluğun sözleşmeden kaynaklı olup olmaması önem arz etmemektedir.

Hastanın hatalı tıbbi müdahale dolayısıyla katlanmak zorunda kaldığı giderlere karşılık olmak üzere maddi tazminata hükmedilir<sup>486</sup>. Tedaviye ilişkin masraflar, ilaç masrafları, yeni bir ameliyat masrafı, kazanç kaybı (çalışma yeteneğindeki azalma – kayıp için), hastaneye geliş gidiş yol masrafları gibi giderler talep edilebilir. Hastanın

---

<sup>486</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 601.

ölümü halinde, mirasçıları (eşi-çocukları-anne- babası) tarafından destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir. Hakim, dava sürecinde maddi tazminatın hesaplanmasını bilirkişiye yaptırabilir. Özellikle destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması zor ve teknik bilgi gerektirmektedir. Çünkü kişinin mesleği, yaşı gibi özellikler tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz eden unsurlardır. BK'nın 50/1. maddesi gereğince, hem sözleşmeden hem de haksız fiilden doğan sorumlulukta, zararın ne kadar olduğunun ispatı hastaya aittir. Ancak somut olayın özelliklerine göre hakim BK'nın 50/2. maddesi gereğince hakkaniyete uygun şekilde karar verir.

Manevi tazminat ise, hatalı tıbbi müdahale sebebi ile duyulan manevi üzüntü ve zararın mümkün olduğunca giderilmeye çalışılmasıdır<sup>487</sup>. Hekimin hatalı müdahalesi sonucunda hastanın beden bütünlüğü zarara uğramışsa hastaya, müdahale sonucunda hasta ölmüşse hastanın yakınlarına tazminat ödenir. Hakim, manevi tazminat miktarını belirlerken dava konusu olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapar. Maddi tazminatta olduğu şekilde bir bilirkişi yardımından faydalanma söz konusu değildir. Hakim, MK'nın 4. maddesi gereğince hak, nesafet ve adalete uygun şekilde, olayın da özelliklerini dikkate alarak bir miktar belirlemekle yükümlüdür.

#### **2. 1. 4. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre**

Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan hekim sorumluluğunda zamanaşımı süresi TBK'nın 147. maddesi gereğince 5 yıldır. Bu süre zararın meydana geldiğinin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Haksız fiilden doğan sorumluluk hallerinde ise TBK'nın 72. maddesi gereğince, zarara uğrayanın zararı ve tazminatla yükümlü olan kişiyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her durumda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesi üzerine zamanaşımına uğrar.

---

<sup>487</sup> YILMAZ, a. g. e., s. 235.

Hekim ve özel sağlık kuruluşuna TBK'nın 66. maddesi hükümleri çerçevesinde dava aılacaksa, dava açma süresi TBK'nın 72. ve 146. maddeleri esas alınarak hesaplanır ve 2 yıl ve her durumda 10 yıllık zamanaşımı uygulanır.

Devlet hastanesinde çalışan hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebi ile açılacak dava 1 yıl, her durumda 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Söz konusu kamu hastanesi olduğu için öncelikle hasta veya hasta yakınının idareden zararın giderilmesi talebinde bulunması gerekir. Bu talebin reddedilmesi ile birlikte 60 günlük hak düşürücü süre başlar. Bu süre içinde dava açılmalıdır. İdarenin 60 günlük süre içinde kişiye hiçbir cevap vermemiş olması zımni red anlamına gelir.

## **2. 2. Hastanelerdeki Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk**

### **2. 2. 1. Özel Hastanelerdeki Tıbbi Müdahaleler**

Özel hastanelerdeki tıbbi müdahalelerde sözleşme hastaneyle hasta arasında kurulur. Bu nedenle tedaviyi gerçekleştiren hekim ile yardımcı personel sözleşmeye taraf değildir<sup>488</sup>. Hastanın, hastaneye başvurması ve hastane tarafından kabul edilmesiyle birlikte taraflar arasında hasta kabul sözleşmesi kurulur. Hasta kabul sözleşmesiyle hastane, hastanın tedavisini yapmayı ve tedavi sonrası bakım hizmetlerini yapmayı kabul etmiş olur<sup>489</sup>.

Özel hastanelerin kurumsal yapısı gereği, hastaya karşı sorumluluğu, çalıştırdığı personel seçimindeki  zen göstermeme ve gerekli fiziki koşulların yetersizliği gibi hallerdeki kusur bağlamında ortaya çıkabilir. Hastane işleticisi, hastanede alıştıracadığı hekim ve diğer sağlık personelini özenle seçmek, onların yeni gelişmelere uyum sağlaması konusunda gerekli eğitim faaliyetlerine katılımını sağlamakla yükümlüdür. Özel hastanelerin tıbbi standartlara ilişkin güncel gelişmelere uygun hastane tekniğini sağlama ve hekim alıştırma zorunluluğu söz

---

<sup>488</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 498.; KICALIOĞLU, a. g. e., s. 290.

<sup>489</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 289.

konusudur<sup>490</sup>. Özel hastanelerde meydana gelen hatalı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan mesuliyet, ilke olarak tıbbi müdahalede bulunan sağlık personeline aittir. Ancak belirttiğimiz, gibi hastane idaresi kurumsal yapısının gerekliliklerine aykırılık olmadığını ispatlamadıkça, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükümler gereğince TBK'nın 66. maddesi kapsamında hastaya karşı işletmede meydana gelen zararların tazminiyle sorumludur.

Yargıtay, hekimin kusurlu olduğu kabul edilen olayda, hastanenin de istihdam eden olması dolayısıyla sorumlu olduğunu kabul ettiği kararda, *“Adli Tıp Genel Kurulu raporuna göre anılan doktorların olaydan 5/8 oranında kusurlu buldukları, diğer davalı hastanenin de istihdam eden sıfatıyla BK'nın 55. maddesi hükmünce sorumlu olduğu(nu)...”*<sup>491</sup> benimsemiştir.

### 2. 2. 2. Kamu Hastanelerindeki Tıbbi Müdahaleler

Kamu hastanesine başvuran hastayla hastane arasında sözleşme ilişkisinden söz edilemez. Bu durumda hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişidir. Böylece kamu hastanelerinde gerçekleştirilen hatalı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararların tazmin edilmesinde özel hukuk kuralları değil, idare hukukunun kural ve esasları geçerli olur<sup>492</sup>. Kamu hastanelerinde çalışan hekimler, devlet memuru oldukları için bu hekimlerin kusurlu davranışlarından devlet sorumludur<sup>493</sup>. Buna rağmen öğretilerdeki bir görüşle, hasta her ne kadar kamu hastanesinde hatalı tıbbi müdahaleye maruz kalmışsa da, taraflar arasında özel hukuk ilişkisi söz konusu olduğundan hastanın özel hukuk çerçevesinde hak aramasının önünde bir engel olmadığı ileri sürülmüştür<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> AYAN, a. g. e., s. 160.

<sup>491</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 11.12.2002 tarihli ve 2013-1011/1047 sayılı kararı, naklen Hakeri, s. 499.

<sup>492</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 500.

<sup>493</sup> BAYRAKTAR, a. g. e., s. 38.

<sup>494</sup> ZEYTİN, s. 145. (Tıbbi Müdahalelerden)



Ancak baskın görüş, kamuya ait hastanelerde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşmeden kaynaklanan ilişkinin söz konusu olmadığı şeklindedir. Kamu hastanesinde çalışan hekimlerin devlet memuru statüsünde olmaları, sundukları hizmetin kamu hizmeti olması ve kamu hukuku kurallarına tabi olmaları nedeni ile kural olarak, kamu hastanesinde çalışan hekimle hasta arasında özel hukuka dayalı bir sözleşme yoktur<sup>495</sup>.

Kamu hastanelerinin, hekimin hatalı davranışından sorumlu tutulması ve hastanenin, hastanın zararını tazmin etmekle yükümlü olması, kamusal hizmet kusuru esasına dayandırılmaktadır. Hizmet kusuru, idarenin herhangi bir hizmeti sunmasında ya da kurmasında ortaya çıkan zarardır. Hizmet kusuru; hizmetin kötü, geç veya hiç yerine getirilmemesi şekillerinde belirir. Kamu hastanesinde hastanın özenli bir şekilde tedavi edilmemesi, geç tedavi edilmesi, hastanenin teknik donanın ve fiziki koşullarının yetersiz olması, yeterli sayıda sağlık personelinin bulunmaması gibi durumlarda idareye aleyhine dava açılabilir<sup>496</sup>. İdare hukukunda sorumluluk kural olarak kusura dayansa da, istisnai olarak idarenin kusursuz sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Bu konuda, tehlike ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkeleri doğrultusunda hareket edilmektedir. İdarenin etkinliği sırasında, faaliyetin ya da kullanılan aracın doğasından kaynaklı tehlike zarara neden olmuşsa, idarenin kusuru bulunmasa bile sorumluluk söz konusu olacaktır. Su, gaz, elektrik gibi tehlikeli maddelerle ilgili hizmetler ile kan ürünleri nakilleri sırasında meydana gelen hastalıklar bu kusursuz sorumluluk türüne örnek gösterilebilir. Yol seviyesinin yükseltilmesi dolayısıyla çevredeki taşınmaz sahiplerinin zarar görmesi ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden kaynaklanan sorumluluğa örnektir<sup>497</sup>.

Danıştay 15. Dairesi 2013/1106 E. ve 2014/2456 sayılı kararıyla; "... *Hamilelik sürecinde kontrol ve tetkiklerinin yapıldığı İstanbul Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinden bahisle 'Down Sendromlu' bebek dünyaya getirmesine sebebiyet verildiği, gerekli aydınlatmanın yapılmadığı, bu durumun hizmet kusuru olduğu ileri sürülerek maddi ve manevi zararın davalı idareden tazminine karar verilmesi istemiyle*

<sup>495</sup> KICALIOĞLU, a. g. e., s. 291; HAKERİ, a. g. e., s. 500.

<sup>496</sup> PETEK, a. g. e., s. 155-156.

<sup>497</sup> PETEK, a. g. e., s. 153.

*açılmıştır. İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nce; dava konusu olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde yaptırılan ve hükme esas alınabilecek nitelikte bulunan bilirkişi raporu dikkate alınarak, olayda hizmet kusuru ve ihmal bulunmadığı, dolayısıyla idarenin tazmin yükümlülüğü olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar davacı tarafından temyiz edilmiş ve ...dosya kapsamında aydınlatmaya ilişkin belgeye rastlanmaması ve Adli Tıp Kurumu raporunda yer alan 'bu sonuçların gebeyle yeteri şekilde değerlendirip değerlendirmedeği ve amniosentez yapmama kararının müşterek alınıp alınmadığı hususunun mahkemenin takdirine bırakıldığı ...' ifadesi göz önüne alındığında davacıların yeterince aydınlatılmamış olmaları nedeniyle gebeliği sonlandırma haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda, bebeğin down sendromlu olarak dünyaya gelmesi ile hekimin uygulamaları arasında uygun illiyet bağı bulunmasa da aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile kendini gösteren davalı idare uygulamasının bünyesinde barındırdığı eksiklik nedeniyle manevi tazminat ödemesine..." karar vermiştir<sup>498</sup>.*

Kamu görevlisi olan hekimin mesleğini icra ederken emredici hükümlere ve açıkça hukuka aykırı davranması durumunda artık idarenin hizmet kusurundan değil hekimin kişisel kusurundan bahsedilecektir. Hizmet dışında işlenen kusur, kasıtlı kusur, suç sayılan kusur ile ağır kusur, hekimin kişisel kusurları arasında sayılabilir. Örneğin hekimin acil olmayan bir vakada, hastanın rızasını almaksızın tehlikeli bir tıbbi müdahaleye girişmesi, hekim ve ebeğin doğum yapmakta olan hastayı bırakıp gitmesi gibi durumlarda kişisel kusur söz konusu olur<sup>499</sup>.

Anayasanın 129/5. maddesi gereğince, “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*” Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun<sup>500</sup> 13. maddesinde “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” düzenlemesi getirilmiştir. Yasa yapıcı bu hükümler ile memurun kişisel kusurunun olduğu hallerde idarenin rücu hakkını düzenlemiştir.

<sup>498</sup> (Erişim) <http://as-hukuk.com/ictihat-detay-hastadan-aydinlatilmis-onam-alindigini-ispata-yuku-doktora-aittir-63.html>, 12 Haziran 2019.

<sup>499</sup> BAYRAKTAR, a. g. e., s. 40.; KICALIOĞLU, a. g. e., s. 300.; PETEK, a. g. e., s. 152.

<sup>500</sup> R.G. 23.07.1965, 657 sayılı.

Ayrıca kamu görevlisinin kamu görevini icra etmediği durumlardaki kusuru karşısında da, davanın kamu görevlisine açılması gerekmektedir. Örnek olarak, kaymakamlıkca düzenlenen sünnet töreninde hekim olarak bulunan kamu görevlisinin, sünnet sırasında gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanan zararların giderilmesi doğrudan hekimden talep edilir<sup>501</sup>.

### **3.TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU**

#### **3. 1. Hekimin Kastı Sorumluluğu**

Türk Ceza Kanununun 21/1. maddesinde kast, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” biçiminde düzenlenmiştir.

Genital Muayene Suçu kasıtlı gerçekleştirilen bir eylemdir. Bu suçun yasal unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştiren hekimin özel hukuk sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir.

Hekim, hastaya uygulayacağı tıbbi müdahale ile hastanın iyileşmesi amacıyla hukuk çerçevesinde hareket etmiş olmalıdır. Hekimin başka bir amaç gütmesi halinde kasıtlı sorumluluğundan bahsedilecektir. Hekim uyguladığı tıbbi müdahalenin sonucunu bilerek ve isteyerek müdahaleye başlamış, devam etmiş veya hiçbir harekette bulunmamışsa kasıtlı davrandığından söz edilebilir<sup>502</sup>. Tedavi ve iyileştirme amacı gütmeyen, kişiye zarar vermek, öldürmek veya sağlığını daha kötü duruma sokmak amacıyla hareket eden hekim, kasten öldürme ya da kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunun unsurları ikinci bölümde ayrıntılı olarak irdelendiğinden bu bölümde ayrıntıya girilmeyecektir.

---

<sup>501</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 500.

<sup>502</sup> GÜNDAY, a. g. e., s. 39.

Genital muayene suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Bu aşamada, muayeneyi gerçekleştiren hekimin cezai sorumluluğu incelenecektir.

Genital muayene işlemi için, hasta-hekim ilişkisi kapsamında hastadan yöntemine göre alınmış rızanın ya da bir soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesi için, suçun mağdur ya da failinin genital muayenesinin yapılması amacıyla yetkili merci kararının olması gerekir. Uygulamada hekimlerin sıklıkla karşılaştığı sorun ise, yetkili merci kararı olduğu halde kişinin genital muayeneye rıza vermediği hallerdir.

Genital muayene suçu, adliyeye karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir. Genital muayene suçunun kanundaki yerine ilişkin öğretilerde tartışmalar olduğu hususu ikinci bölümde incelenmişti<sup>503</sup>. Kanaatimizce bu suç ‘kişilere karşı suçlar’ başlığı altında ‘cinsel dokunulmazlık’ bölümünde yer almalıdır. Bu doğrultuda da bu suç ile korunan hukuki yarar, öncelikli olarak adliyenin işleyişi değil, kişilerin vücut dokunulmazlığı olmalıdır. Bu nedenle hekimlerin, kişilerin rızaları haricinde tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınmaları bizce de hukuka uygundur. Bu konu ile ilgili yargı önüne taşınmış bazı olaylarda hekimlerin haklı bulunduğu kararlar mevcuttur.

*Gazetelere konu olan olay şöyle özetlenmiştir; “İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, yılın ilk ayında zorla bekaret muayenesi davasında karar verdi. Bekaret muayenesi olmak istemeyen kız çocuğuna zorla muayene yapmadıkları için yargılandıkları davada beraat eden doktorlarla ilgili karara itiraz ederek istinaf isteyen savcılığın talebi oybirliği ile reddedildi.*

*Kırklareli’nde 2013 yılında cinsel istismar soruşturması nedeniyle mağdur A.A. isimli kız çocuğu, Cumhuriyet Savcılığı’nın talebi ile iç ve dış beden muayenesinin yapılması için Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi’ne gönderildi. Adli Tıp Anabilim Dalı öğretim üyesi Prof. Dr. G. A., mahkeme tarafından talep edilen muayene hakkında A.A.’yı bilgilendirdikten sonra “Muayene olmak isteyip istemediğini” sordu. A.A, istemediğini söyleyince muayenesi yapılmadı ve buna dair tutanak tutuldu.*

---

<sup>503</sup> Ayrıntılar için bkz. **1. 3. Suçla Korunan Hukuki Yarar** başlığı.

*Arkasından cinsel istismar suçunu ortaya koyan başka delillere dayalı olarak, sanık hakkında Ağır Ceza Mahkemesinde dava açıldı. Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi 2014 yılında, A.A.'yı bekaret muayenesinin yapılması için tekrar Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı'na sevk etti. Adli Tıp öğretim üyesi Prof. Dr. G. A., mahkeme tarafından talep edilen muayene hakkında A.A.'yı bir kez daha bilgilendirdikten sonra yine "muayene olmak isteyip istemediğini" sordu. A.A., bu kez de muayene olmak istemediğini söyledi. Bunun üzerine çocuğun muayenesi yapılmadı ve tutanak tutuldu. Tutanağa Prof. Dr. G.A.'nın yanı sıra iki araştırma görevlisi de imza attı."<sup>504</sup>*

Bunun ardından sanıklar hakkında 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nde "görevi kötüye kullanmak" suçundan cezalandırılmaları talebiyle dava açılmıştır. Yargılama sonucunda Yerel Mahkemece beraat kararı verilmiştir. Savcılık tarafından kararın istinaf yoluna götürülmesi üzerine, İstanbul İstinaf Mahkemesi 13. Ceza Dairesi başvuruyu reddetmiş ve verilen beraat kararını onamıştır. İstinaf Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin red gerekçesinde "18 yaşından küçük mağdurenin rızası hilafına, özel hayatının gizliliğini ihlal edecek tarzda ve direnmesi halinde gerekirse zor kullanılarak kızlık muayenesi yapılması; çok açık şekilde kendisi üzerinde, belki maruz kaldığı iddia olunan suçtan daha vahim travma yaratacağı, ruh sağlığını bozacağı ortadadır. Bu husus gerek Anayasamız ve gerekse AİHM sözleşmelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği, onur kırıcı muamele, kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığı ilkelerine aykırı olduğu gibi, 1219 sayılı yasanın 70. maddesinde belirtilen ilkeye de aykırılık teşkil edecektir. Yine TCK 76 ve diğer maddelerde, buna ilişkin çıkarılan yönetmelik hükümlerinde kişinin rıza göstermemesi halinde ne tür bir yol izleneceği hususu da belirtilmemiştir" görüşüne yer verilmiştir. Kararda, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını ilkesi gözetilmiştir. Hekimlik mesleği yönünden dikkat edilmesi gereken husus hekimin, kural olarak hastasını iyileştirmek için tıbbi müdahalede bulunacağıdır. Halbuki bu tip olaylarda yapılacak muayene ile kişilerin özellikle ruh sağlıklarının bozulacağı hekim tarafından çok net anlaşılabilir.

---

<sup>504</sup> (Erişim) <http://abdusunceatolyesi.com/zorla-bekaret-muayenesine-istinaf-mahkemesi-de-hayir-dedi/>, 07 Ekim 2018.

Bu noktada hekimin müdahalede bulunmayı red hakkı söz olacaktır. Ayrıca karar gerekçesinde, kişinin genital muayeneyi reddettiği hallerle ilgili açık bir yasal düzenlemenin de olmadığı vurgulanmıştır.

Konuyla ilgili açıklama yapan Prof. Dr. G. A., “...Bu karar; yargı birimleri tarafından muayene için gönderilen hastaların, hekimler tarafından bilgilendirildikten sonra, muayeneye onam vermemeleri halinde ‘zorla muayene yapılamayacağı’ yönündedir. İstinaf mahkemesinin bu kararı, davranışımızın bir suç olmadığı ve iyi hekimlik değerleri içerisinde kabul edilmesi gerektiği yönündedir.” şeklindeki ifadesi ile iyi hekimlik değerlerini vurgulamıştır.

AİHM de, Y.F/TÜRKİYE<sup>505</sup> davasında, kişiye bilgilendirme yapılmadan ve kişinin rızası alınmaksızın yapılan genital muayeneyi hukuka aykırı bulmuştur. Bu müdahalenin AİHS’nin 8. maddesinin ihlali olduğunu kabul ile Türkiye’yi mahkum etmiştir. Tıbbi müdahalede bulunan hekim bu olayda, kişinin rızasını önemsemeden yalnızca yetkili merci kararı ile hareket etmiştir. Kanaatimizce hekim bu olayda hekimlik mesleğinin etik kurallarını dikkate almadan davranmıştır.

Hekimin mesleğini icra ederken meslek etik ve değerlerinden uzaklaşmaması gerektiğini belirten Alman Yüksek Mahkemesi, hekimin ahlak ve hukuka aykırı tıbbi müdahalesini yaralama suçu olarak kabul etmiştir. Jinekolog hekim, hastalarının cinsel organlarına mastürbasyon uygulayarak ve orgazma varan masaj yöntemi ile tedaviye kalkışmıştır. Bu yöntemle, hastalarının acılarının dindiğini ve iyileştiklerini ileri sürmüştür. Ancak Yüksek Mahkeme, bu yöntemin standart olmaması gerekçesi ile hastaların göstermiş olduğu rızayı da geçersiz kabul ederek, hekimi kasten yaralama suçundan sorumlu tutmuştur<sup>506</sup>.

Kanaatimizce, kişilerin genital bölgelerine, cinsel organlarına yönelik tıbbi müdahalelerde en üst düzeyde dikkat ve özen gösterilmeli, aydınlatma çok daha ayrıntılı yapıлып, hastadan rıza alınmalıdır. Bu bölgenin, kişinin vücudunun en

---

<sup>505</sup> Ayrıntılı bilgi için yukarıda değinilen YF/TÜRKİYE kararına bakınız.

<sup>506</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 642.

mahrem bölgesi olması dolayısıyla, muayene ya da tedavi sırasında olası bir sorun halinde hastanın hem fiziksel hem de ruhsal olarak ciddi zararlar görme ihtimali yüksektir. Bu nedenle hekim, hastanın utanma duygusunu dahi göz önünde bulundurarak tıbbi müdahaleyi uygulamalıdır.

### 3.2. Hekimin Taksir Sorumluluğu

Genital muayene suçu ancak kastla işlenebilen bir suçtur. Fiilin taksirle işlenmesi hali kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu suçun hekim yönünden taksirli bir fiil sebebi ile sorumluluk doğurması mümkün değildir. Bu suç yönünden hekimin, yetkili merci kararı bulunduğu hususunda yanılıya düşmesiyle sorumluluk söz konusu olabilir.

Genel olarak hekimin taksir sorumluluğu konusunda, hekimden mesleğini icra aşamasında en üst düzey dikkat ve özen beklendiğini belirtmek gerekir. Hekimin çalışma alanı insan bedeni olduğundan hekimin davranışları kişilerin hem fiziki hem de ruhsal hayatlarını doğrudan etkilemektedir. Ancak uygulamada hekimler hatalı tıbbi müdahalelerde bulunabilmektedirler.

TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında taksir, "*...dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Mülga Türk Ceza Kanunun'da taksirin çeşitleri; "*tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve san'atta acemilik, nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik olarak*" sayılmıştır. TDK sözlüğünde<sup>507</sup> ise, "*dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu*" olarak tanımlanmıştır. Tedbirsizlik ve dikkatsizlik, özen yükümlülüğüne aykırı davranmak, gereken dikkati göstermemek somut olayda yapılmaması gerekeni yapmak, unutkanlık, işe dikkat vermemek, önlenabilir bir tehlikenin önlenmesi için gerekeni yapmamak şeklinde ortaya çıkabilir. Meslekte acemilik, hekimin meslek ve sanatın temel ilke ve gereklerini,

---

<sup>507</sup> (Erişim) [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdf598c98b495.55018701](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdf598c98b495.55018701), 03 Kasım 2019.

mesleğin gerektirdiği beceri ve bilgileri bilmemesi, beceriden yoksun olması veya somut olayda mesleki ilke ve bilgilere uygun davranmamasıdır. Hekimin mevzuatın kabul etmediği yöntem veya araçları kullanması, mevzuatın belirlediği yöntemlerden farklı yöntemler uygulaması, müdahalenin doğuracağı tehlikeleri önlemek için alınması gereken önlemleri almaması ise emir ve talimatlara uymamaktır<sup>508</sup>.

Taksiri kasttan ayıran en önemli husus ise, neticenin istenmemesidir. Fail neticeyi istememekle birlikte, netice öngörülebilirdir ve bu öngörülebilir neticenin gerçekleşmesinde kendisine yüklenen özen ve dikkat sorumluluğunun ihlali sebebiyle kusur meydana gelmiştir. Neticenin öngörülemeyen olduğu hallerde fail taksir sorumluluğu yüklenemez<sup>509</sup>. Hekimler yönünden beklenmeyen durumlar, özellikle ameliyatlarda sıklıkla görülmektedir. Bu beklenmedik haller tıp dilinde komplikasyon olarak anılmaktadır. Bu bağlamda komplikasyon<sup>510</sup>, hastanın veya hekimin elinde olmayan sebeplerle gelişen ve istenmeyen olaylardır. Ameliyat esnasında sterilizasyona ne kadar özen gösterilirse gösterilsin enfeksiyon tehlikesi hep bulunmaktadır. Bütün özene rağmen enfeksiyonun ortaya çıkması bir komplikasyondur. Bu hallerde hekime kusur yüklenemez.

Komplikasyonun söz konusu olduğu her durum, izin verilen risk olarak kabul edilmeyebilir. İstenmeyen sonuçların önceden öngörülmesi olanaklıyken öngörülmemişse veya ortalama bir hekimden tıbbi standartlara göre doğabilecek riskler konusunda önlem alınması emredilmesine rağmen bu önlemler alınmamışsa, doğan olumsuz sonuç izin verilen risk kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu durumda hekimin özensiz bir tıbbi müdahalede bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>511</sup>.

Önemli olan husus hekimin hukuka uygun bir tıbbi müdahaleye girişmiş olmasıdır. Hukuka uygun tıbbi müdahalenin unsurları yukarıda açıklandığı için

---

<sup>508</sup> ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak, 2009, Mersin Barosu Yayını, Şen Matbaa, Ankara, s. 163-164.

<sup>509</sup> HAKERİ, a. g. e., s. 673.

<sup>510</sup> (Erişim) <https://www.turkcebilgi.com/komplikasyon>, 04 Kasım 2018.

<sup>511</sup> ÜNVER, Malpraktis Sempozyum, s. 154.



tekrar değinilmeyecektir. Ancak özetle hekimin hastasını olası risklere karşı aydınlatmış ve rızasını almış olması gerekir. Hekimin eylemiyle, oluşan sonuç arasında nedensellik bağının kesilmesi durumunda ortaya çıkan beklenmedik neticeden hekim sorumlu olmayacaktır. Zira hekimin taksirli hareketinin ortaya çıkmasından sonra eklenen üçüncü kişi veya mağdurun eylemleri nedensellik bağı kesebilir. Müdahalenin birkaç hekim tarafından gerçekleştiği hallerde, hekimin eyleminin bazı hallerde diğer hekimin ya da yardımcı personelin eyleminden kaynaklanması ile nedensellik bağı kesilebilir. Nedensellik bağının kesildiği hallerde hekim sorumluluğu tartışılmayacaktır.

Tartışmalı olan bir diğer husus ise, hekimin taksire dayalı sorumluluğunda, genel taksir kuralının kabul edilip edilmeyeceğidir. Bunun yerine, tıp gibi özel bir dikkat isteyen alanlarda hafif taksirin de cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılmıştır. Gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin özel zorluklar içermesi durumunda tabibin, büyük bir dikkat ve özen göstermesi beklenecektir<sup>512</sup>. Ayrıntılı olarak yukarıda açıkladığımız üzere, kanaatimizce eğer hekim kendisinden beklenen en üst seviye dikkat ve özeni göstererek müdahalede bulunmuşsa, beklenmeyen sonuçlar yönünden genel taksir kuralını uygulamak daha uygun olacaktır.

---

<sup>512</sup> KEYMAN, a. g. m., s. 77.

## SONUÇ

İnsan bedeninin tıbbi muayenesi, tabip tarafından bir kişinin sağlık durumunu öğrenmek amacıyla gerçekleştirilen tüm klinik ve laboratuvar çalışmalarıdır. Ancak ceza hukuku bağlamında beden muayenesi kavramının kapsam ve amacı farklı özellikler göstermektedir; suçun aydınlatılması için insan bedenindeki suç izlerinin aranması, bulunması ve elde edilen sonucun anlamlandırılması, kişinin olağan sağlık durumunu öğrenmek amacıyla yapılan çalışmadan farklıdır.

Tabip veya diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilen beden muayenesi, bilirkişi incelemesi ve keşif niteliğindedir. Aynı şekilde, kişi dokunulmazlığına müdahale özelliği dolayısıyla koruma tedbiri olduğu da söylenebilir. 5271 sayılı CMK'da yasa yapıcı beden muayenesini; soruşturmanın sonuçlandırılması ve suçun aydınlatılması vasıtası olması özelliklerini kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Bütün bu nedenlerle, beden muayenesi karma nitelikte bir ceza usul hukuku kurumu özelliği taşımaktadır.

Beden muayenesi, genellikle bedendeki belirti niteliğindeki delilleri elde etme veya tespit etme amacıyla yapılmaktadır. Muayene işlemi sonucunda elde edilen örneklere yöntemine göre el konulmasının, soruşturma ve kovuşturmanın hukuka uygun bir biçimde sürdürülmesi ve maddi gerçeğin kanuna uygun şekilde ortaya çıkarılması yönünden gerekliliği açıktır.

Beden muayenesi işlemi sırasında; hukuk devleti, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkeleri gözetilmelidir. Sanık aleyhine toplanan deliller, dürüst işlem ilkesi gereği; hile, baskı, işkence ve zor kullanmadan elde edilmelidir. Orantılılık – İkincillik ilkesi doğrultusunda, muayeneden sağlanacak fayda ile kişiye verilmesi olası zarar arasında bir ölçü olup olmadığı gözetilerek, muayene sonucunda faydanın fazla olması durumunda beden muayenesi tedbirine karar verilmelidir.

Beden muayenesinin gerçekleştirileceği koşulların uygunluğunun gözetilmesi, insan onuru, kişinin rencide edilmemesi ve utanma duygusuna saygının gereğidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve kamusal adaletin sağlanması amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesi işlemi, kişilik haklarına ve kamu vicdanına uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir. Kişinin şüpheli ya da sanık olması, uygunsuz koşullarda yapılacak işlemlere katlanmak zorunda olduğu anlamına gelmez.

Beden muayenesinin uygulanabilmesi için, kanunda düzenlenmiş olması, suç şüphesinin varlığı, gecikmesinde sakınca bulunacak hal olması, orantılılık ilkesi ve yetkili merci kararının bulunması gibi bazı ön şartların mevcut olması gerekmektedir.

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine yönetmelikte yer verilerek, CMK'da düzenlenmemesinin gerekçesi, dış beden muayenesi için karar alınmasına gerek bulunmadığı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin yapabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde olan dış beden muayenesinin de kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Dış beden muayenesi için hakim ya da savcı kararına gerek bulunmaması, bu muayene türünün yasada düzenlenmemesine gerekçe olmamalıdır. Zira dış beden muayene işlemi de vücut dokunulmazlığına müdahale içerir.

Rızanın yokluğuna rağmen, suçun aydınlatılması amacıyla gerçekleştirilen beden muayenesinin hukuka uygun olması için, mahkeme veya hâkim kararına dayanması, hekim tarafından yapılması, sanık veya şüphelinin sağlığının öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürülmemesi gerekmektedir. Sağlığa zarar verme ihtimali bulunan müdahalelerde, hukuki açıdan hak ihlallerinin olmaması için orantılılık ilkesi gözetilerek hareket edilmelidir.

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi işlemi düzenleyen CMK'nın 75. maddesinde muayeneye, "*Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği* " belirtilmişken, CMK'nın 76. maddesinde şüpheli ya da sanığın istemiyle mağdurun beden muayenesinin yapılabilmesi hali

düzenlenmemiştir. Mağdura, lehine olan delillerin toplanması hakkı açıkça tanındığı halde, şüpheli ya da sanığa bu hak tanınmamıştır. Kanaatimizce bu durum failin kendisini aklama hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Aynı durum, şüphelinin kuşkudan kurtulması için delil toplanmasını isteme hakkı ile aleyhine ortaya çıkan şüphe nedenlerini giderme ve lehine olan noktaları ileri sürme hakkını düzenleyen CMK hükmü ile de çelişmektedir.

Bir suç konusu olmayan uyuşmazlıklarda beden muayenesi tedbirine başvurulamayacaktır. Suç soruşturma ya da kovuşturmasının söz konusu olmadığı durumlarda, hukuk mahkemelerinin görev ve yetki alanlarına giren uyuşmazlıklar hukuk yargılaması kurallarına göre çözümlenmelidir.

Beden muayenesi işlemi yönünden, 'kişinin sağlığı açısından tehlike olasılığı' tıbbi açıdan değerlendirilmelidir. Kişiyi muayeneye gönderecek hakim veya savcı, muayene işleminin sağlığa zarar verme ihtimali konusunda bir uzman görüşü almalıdır. Uzman görüşü doğrultusunda muayene kararı alınıp alınmayacağına karar verilmelidir. Özellikle suç mağduru yönünden bu sürecin hassasiyetle yürütülmesi gerekmektedir. Zira eylemin travmasını yaşayan kişinin doğrudan muayeneye gönderilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Yine sanık ya da şüphelinin yaşı, psikolojik özel durumu gibi hususların da değerlendirilmesi yönünden bir uzman görüşüne başvurulması kişilerin sağlığına zarar vermeme ilkesi gereğidir.

Muayene olanın rızası dışında ebeveynler, okul yöneticileri ve daha birçok kişinin talebi ile yapılan genital muayeneler, vücut dokunulmazlığını ihlalinin yanı sıra zorla muayene edilen kişilerde aşağılanma duygusuna veya olumsuz psikolojik etkilere neden olmalarına rağmen 765 Sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmediği için kanunilik ilkesi gereği cezalandırılmamaktaydı. Bu dönemde konu ile ilgili Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın ilgili maddesindeki hüküm çerçevesinde, savcılıklar ve mahkemeler dışındaki kişi ve kurumlardan ulaşan cinsel ilişki muayene istemleri doğrultusunda işlem yapılmamakta, ilgilinin ya da reşit olmayan kişinin, veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı bulunmadıkça cinsel ilişki

tespitine yönelik muayene yapılmamaktaydı. Bu düzenlemeye aykırı davranan hekimler hakkında disiplin hükümleri uygulanabilmekteydi.

Cezai yaptırım getirmek amacıyla 5237 sayılı TCK'da genital muayene konusunda düzenleme yapılmıştır ancak TCK'nin 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunun kapsamı, yalnızca bekâret kontrolleri ile ilgili olmayıp daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Genital muayene en geniş tanımıyla tıbbi olarak tüm üreme organlarının muayenesidir. Bu suçun mağduru, yalnızca kadınlar değil erkekler de olabilmektedir.

Genital Muayene Suçu Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlığını taşıyan ikinci kitabında "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmın, "Adliye Karşı İşlenen Suçlar" başlığını taşıyan ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu suçun kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi daha uygun olurdu. Zira bu suçla hem adliyenin düzgün işleyişi, adli işlemlerin usulünce yerine getirilmeleri ve hem de genital muayeneye maruz kalan bireyin kişilik hakları korunmaktadır

Yargıç ve savcı kararı bulunmadan kişiyi "genital muayeneye göndermek" ya da kişinin "genital muayenesini yapmak" genital muayene suçunun seçimlik hareketleridir. Genital muayeneye gönderme eylemi bakımından herkes bu suçun faili olabilir. Hâkim veya savcının üst sınırı iki yılı geçmeyen bir suçun şüpheli veya sanığını genital muayeneye için göndermesi durumunda TCK'nin 287. maddesinde düzenlenen Genital Muayene Suçu değil, TCK'nin 257. maddesine konu olan Görevi Kötüye Kullanma Suçu oluşacaktır. Suçun ikinci seçimlik hareketi olan muayene yapma fiili bakımından failin kim olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, yasa maddesinde, genital muayeneyi yapacak kişi yönünden herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen, suçun faili sadece sağlık personeli olabilir. Öğretideki bir diğer görüşse, bu seçimlik hareketin herkes tarafından gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Bu nedenle genital muayeneyi gerçekleştiren herkes bu suçun şüphelisi olabilecektir. Bizce de, muayene etme fiili yönünden suçun özgü suç olarak

kabul edilmesi mümkün değildir. Yetkili yargıç veya savcı kararı bulunmadan genital muayeneyi gerçekleştiren herkes bu suçun faili olabilecektir.

Genital muayene suçunun mağduru herkes olabilir. Mağdur yönünden herhangi bir özel koşul aranmamaktadır. Yetkili hakim ya da savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderilen ya da muayene tabi tutulan her yaşta kadın veya erkek, uyuşu ne olursa olsun suçun mağduru olabilir.

Herhangi bir soruşturma ya da kovuşturmada bağımsız olarak, genital muayeneye maruz kılınan her kişi bu suçun mağduru olabilecektir. Suçla korunan hukuki yarar adli işlemlerin güvenli şekilde yürütülmesinin yanında, kişinin beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığıdır. Bu sebeple suçun mağdurunun bir tahkikat veya kovuşturma kapsamında gerçekleştirilen işlemlerle sınırlandırılması, soruşturma veya kovuşturma olmaksızın genital muayene tabi kılınan kişilerin hukuksal korumadan yoksun kalması gibi sonuca yol açacaktır.

Bir soruşturma ya da kovuşturma olsun ya da olmasın, tıbbi bir zorunluluk da olmadığı halde, kişinin rızasına aykırı olarak genital muayeneyi gerçekleştiren kişi genital muayene suçunu işlemiş olacaktır. Bu suçla korunan hukuki yararın kişinin beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığı olduğu da gözetildiğinde, bir soruşturma veya kovuşturmada bağımsız olarak gerçekleştirilen genital muayene eylemlerinin de madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Genital muayene suçu alternatif hareketli bir suç olduğundan bu eylemlerden birinin icrası durumunda suç tamamlanmış olacaktır. Ayrıca kişide bir zararın oluşması aranmayacaktır. Genital muayene suçu aynı zamanda sırf hareket suçudur. Hareket ile birlikte mağdurun onuru, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı, hürriyeti ve özel hayatının gizliliği tehlikeye atılmıştır. Bu yönüyle suç soyut tehlike suçudur. Soyut tehlike suçunda eylemin, korunan hukuksal yarar için tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı soyut ve nesnel olarak denetlenecek ayrıca nedensellik bağı araştırılmayacaktır.

Genital muayene suçu ancak kasıtlı olarak gerçekleştirilebilen bir suçtur. Suçun meydana gelmesi için özel kastın varlığı aranmaz.

Bulaşıcı hastalıklardan dolayı kamu sağlığını korumak gayesiyle yasa ve yönetmeliklerde düzenlenen kurallara uygun olarak gerçekleştirilen muayeneler istisna tutulmuştur. Bu düzenleme ile yasa yapıcı kamu sağlığını korumak amacıyla mevzuat dahilinde yapılan muayene işlemlerini suç olmaktan çıkarmıştır. Bu kapsamda, ilgili tüzüğe göre, “ *bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.* ” Umumi Hıfzısihha Kanunu’nun 106. Maddesine göre, zührevi bir hastalık taşıdığından kuşku duyulan ve bu hastalığı çevreye yayması muhtemel olan kişiler hakkında yetkililerin muayeneye gönderme işlemi yapabileceği ve kişinin yetkili hekim tarafından muayene edileceği, bu kişiler hakkında sağlık durumlarına ilişkin sağlık raporu düzenleneceği belirtilmiştir. Zührevi hastalıkların tespitine ilişkin bu muayenenin, genital muayeneyi de kapsadığı doktrinde kabul edilmektedir.

Bireyleri tedaviye zorlayan bu tür tıbbi müdahaleler tıp etiği açısından tartışmalıdır. Bu tür girişimler; daha hafif yöntemlerin söz konusu olmaması, kamu sağlığı veya diğer kişilerin sağlığı yönünden zorunluluk bulunması halinde etik olarak kabul edilebilir. Tıp uygulamalarının teknolojik olarak geldiği nokta dikkate alınarak, yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekir. Hastalıkla mücadele beklenen yarar ile kişiyi tıbbi müdahaleye zorlamanın neden olduğu kişilik hakları ihlallerinin karşılaştırılması ve tedaviye zorlama yerine farklı tıbbi yöntemlerle hastalıkla mücadele yollarının araştırılması uygun olur

Genital Muayene Suçu, iki alternatif hareket açısından da teşebbüse uygundur.

Genital Muayene Suçu iştirak yönünden herhangi bir özellik arz etmeyip, iştirak konusundaki genel hükümler bu suç yönünden de geçerlidir.

Bir genital muayene işlemi sırasında, cinsel saldırının ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının tipikliği meydana geliyorsa, gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin cezalandırılması gerekmektedir. Genital muayene amacını aşan şekilde kişinin hürriyeti kısıtlanmışsa, genital muayene suçu dışında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da oluşabilecektir.

Genital muayene suçu için belirlenen hapis cezası, TCK'nın 49. maddesinde düzenlenen süreli hapis cezasıdır. Bu nedenle faile verilen cezanın, seçenek yaptırımlara çevrilmesi, ertelenmesi veya sanığın da kabulü üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi olanaklıdır. Genital Muayene Suçu için de, genel dava zamanaşımı olan 8 yıl geçerlidir. Suç, şikayete tabi bir suç olmayıp cumhuriyet savcısı tarafından resen soruşturulacak suçlardandır.

Kişilerin bedensel ya da tinsel hastalıklarını, teşhis ve tedavi etmek ya da tedavi olanaklı değilse hastalıktan kaynaklı acısını gidermek ya da kişileri böyle bir hastalıktan korumak veya nüfus planlaması gayesiyle tıbbi icraya yasal olarak yetkili hekimlerce, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslar doğrultusunda ve uygun bir biçimde gerçekleştirilen, en basit tanı ve tedavi usullerinden başlayarak en ağır cerrahi işlemlere varan, her türlü etkinlik tıbbi müdahale olarak tanımlanabilir

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde, “ *kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi* ” iç beden muayenesi olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 4. maddesine göre “ *cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.* ” Böylece, bir ceza yargılaması işlemi olan genital muayene de tıbbi müdahale tanımı içinde kalmaktadır.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde tıbbi müdahalenin, hekim ya da diğer sağlık görevlilerince gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Yine Yönetmelikte şüpheli, sanık, mağdur ve diğer şahısların vücutlarının muayenelerinin ancak hekim tarafından yapılacağı şart koşulmuştur. İç beden muayenesi olan genital muayene işlemi de, bu düzenleme doğrultusunda sadece tabip tarafından yapılabilecektir.



Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesinde, beden muayenesine tabi kılınacak şüpheli, sanık veya diğer kişilerin aydınlatılmaları gerektiği vurgulanmış olmakla, bu kişilerin de diğer tıbbi müdahalelere maruz kalan kişiler gibi aynı kapsamda aydınlatılmaları gerekmektedir.

Adli tabip mağdura muayenenin kapsamını anlatıp, mağdurun seçeneklerinden söz ederek, adli olay olması dolayısıyla olayı adli makamlara bildirilmesi gerektiğini anlatarak aydınlatılmış onamını alacaktır. Muayene konusunda mağdurun zorlanmaması esastır ve adli olaylarda aydınlatılmış onam yazılı alınmak durumundadır.

Hastanın aydınlatılmaması, hastanın özerkliğinin ve vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olacaktır. Böyle bir durumda hekim hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmayacak, ceza hukuku ya da özel hukuk sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Hastanın aydınlatılmış onamının eksikliği disiplin yaptırımını da gerektirebilecektir. Hatalı bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünden bağımsız olarak, sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Rıza olmaksızın uygulanan tıbbi müdahalelerin keyfi olamayacağı, bu durumların kanunlarda düzenlendiği, zorla tıbbi müdahalenin uygulanması için belli koşulların arandığına dikkat etmek gerekir. Keyfi uygulamalar hekim yönünden cezai ve özel hukuk sorumluluğu doğuracaktır. Zorunlu tıbbi müdahaleler hususunda AİHM, yerleşik tıbbi uygulamaların esas alınarak, bu tür müdahalelerin kabul edilir olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre, tedavi için gerekli olan müdahale insanlık dışı veya küçük düşürücü olmamalıdır.

Kamu yararı ve toplum sağlığının zorunlu kıldığı durumlar çerçevesinde uygulanacak rıza dışı müdahaleler gerekli olabilmekle birlikte bu hallerin kanun ile düzenlenmiş olması, uygulanan müdahale ve müdahalenin uygulandığı koşulların insanlık onuruna aykırı olmaması hususunu dikkate almak gerekir. Toplum yararı gözetilirken, birey yok sayılmamalı, iki husus arasındaki denge sağlanmalıdır.

Genital muayene işlemi için, hasta-hekim ilişkisi kapsamında hastadan yöntemine göre alınmış rızanın ya da bir soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesi için, suçun mağdur ya da failinin genital muayenesinin yapılması amacıyla yetkili merci kararının olması gerekir.

## KAYNAKLAR

- AKBULUT, Berrin, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s. 209-296.
- AKBULUT, Berrin, Dış Beden Muayenesi, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz, 2016.
- AKYILDIZ, Sunay; ÖZKAN, Hasan, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ALKAN, Nevzat, “5737 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005, s.149-162.
- ALTAŞ, Ebru, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, Ceza Hukuk Dergisi, Sayı. 3, 2007, Nisan.
- ALTUN, Gürcan; YORULMAZ, Abdullah, Coşkun, “Yasal Değişiklik Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Sayı 27, 2010, s.7-12.
- ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s.5-14.
- ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınevi, 5.bs, Ankara, 2011.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara,1982.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluklar, Adil Yayınevi, Ankara, 1992.
- ATEŞ, Turan, Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitapevleri, 3.Baskı, İstanbul, 2012.
- AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara,1991.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, “ Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve

Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s.135-171.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

BENAZUS, Hanri, Geçmişten Günümüze Kadınlar ve Kadınlarımız, İstanbul, 2008.

BEYAZIT, Özgür, “Genital Muayene Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, s. 151 – 165.

BGH MedR 1998, 157. naklen HAKERİ.

BİCKLEY, Lynn S. Bates’, Fizik Muayene Rehberi, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2004.

BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

Britanya Tabipler Odası, İhanete Uğran Tıp, Zed Books Ltd., 1992.

CENTEL, Nur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi”, Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993.

CENTEL, Nur, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım” İzmir, 2001.

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT,Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Baskı, İstanbul, 2006.

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. baskı, Beta Yayınlar, İstanbul, 2014.

ÇAKMUT, Yenerer, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

ÇAKMUT, Yenerer, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Genital Muayene Suçu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul, s. 49-61.

ÇETİN, Gürsel, “Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirisi Hukuk Dergisi, Sayı, 6-7, Ekim, 2005, s. 27 – 30.

- ÇETİN, Gürsel, “Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, 176 – 180.
- ÇETİN, Gürsel, Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, sempozyum Dizisi Yayın No: 48, İstanbul, s. 31 – 42.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- DEDEOĞLU, Saniye; ELVEREN, Yavuz, Adem, Introduction: Gender, Society and the Welfare State In Turkey, Gender and Society In Turkey, London ve New York, I.B Tauris, 2012.
- DEDEOĞLU, Saniye, Sindrella’nın Pazara Yolculuğu Toplumsal Cinsiyet Roller, Aile ve Kadının İşgücüne Katılımı üzerine Deneme, Neoliberalizmin Tahribatı, Metis Yayınları.
- DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Erişim) (27.10.2018) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16520.pdf> , 27 Ekim 2018, s. 238 - 240.
- DHAI, Amaboo; PAYNE-JAMES, Jason, “Problems Of Capacity, Consent And Confidentiality”, Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology, 2013, 27.1; s. 59-71.
- DOĞAN, Cahid, Hastanın Aydınlatma ve Rızasının Alınması, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2010, s. 126- 135.
- DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Şen Matbaa, Ankara, 2012.
- DONAY, Sühely, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- DONAY, Sühely; KAŞIKÇI, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- Duesseldorf Eyalet Mahkemesi Savcılığı, 810 Js 193/96, ULSENHEIMER,&1, kn. 58, dn. 365, naklen, HAKERİ.
- DURAL, Mustafa, “Regulation of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life” Landesberict Turkei, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, London, Paris, Singapur, Tokio 200, s.955. naklen HAKERİ.

- DÜLGER, İbrahim, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu , Ankara Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 1260 - 1270.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., Eylül, 2011.
- ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- ERSOY, Yüksel, “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, TBB Dergisi, ,Sayı .53, Ankara, 2004, s.161-189.
- FİNCANCI, KORUR, Şebnem; YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakütesi 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. 142-146.
- GILLON, Raanan. Medical ethics: four principles plus attention to scope. *Bmj*, 1994, 309.6948: 184, s.184-188.
- GÜLSOY Tefik; KÖK Nezh, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005,Sayı 1-2, s. 1-21.
- GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayın Evi, 2012, Ankara.
- FISCHER, Gerfried, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, çev. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, sayı 2, 2006.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- HANCI, İ. Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku), Toprak Ofset Matbaacılık, İzmir, 1999.
- HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Gelişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- HIZAL, Abdullah, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, Sağlık Hukuku Dergisi, Sayı 2, Yıl 1, Nisan-Mayıs-Haziran, 2014, s. 5-39.

- INGEMANN-HANSEN, Ole; CHARLES, Annie Vesterby. "Forensic medical examination of adolescent and adult victims of sexual violence." *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 2013, 27.1, s. 91-102.
- İNÇİ, Zekiye Özen, "5271 Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2007, Sayı 72-1, s.135.
- İPEKÇİOĞLU, AKSOY Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mayıs 2012, c. 70, Sayı 1, s. 19 – 38.
- KANBUR, Nihat Mehmet, "Genital Muayene Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2011, Yıl 6, Sayı 16, s.7-31.
- KAZANCI, Behiye Eker, "Türkiyede Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi (AİHM 13.5.2008 tarih ve 52515/99 sayılı Juhnke/Türkiye Davası)", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, sayı 10, Eylül 2010, s. 22 – 25.
- KELLY, Coyne Kathleen, *Performing Virginity And Testing Chastiy İn Middle Ages*, London, Routledge, 2000.
- KEYMAN, Selahattin, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", *AÜHFD*, C.XXXV, 1978, s. 57-89.
- KICALIOĞLU, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KÖPRÜLÜ, Ömer: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *İBD*, İstanbul, 1984, C.58, S.10-11-12, s.589-613.
- KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1989.
- KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2000.
- KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2000.
- KÜZECİ, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- MAHMUTOĞLU, S. Fatih, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2005, İstanbul, s.42-60.

- MEISEL, Alan, “The Exceptions to the Informed Consent Doctrine: Striking a Balance between Competing Values in Medical Decisionmaking”, 1979 WIS. L. REV. 413 (1979), s. 413 - 488.
- MERAN, Necati, Kamu Görevlisi ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- NOVEY, Donald W., Fizik Muayene Rehberi, Hekimler Yayın Birliği, MedicoGraphics@Matbaası, Ankara, 2001.
- NUHOĞLU, Ayşe, “Beden Muayenesi”, YÜHFD – Özel Sayı: Türk – Alman TıpHukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, Yeditepe Üniversitesi Yayınları., 2006, s. 330-340.
- OEHLER, Wolfgang, “Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s.15-28.
- OLG München, VersR 2002, 717,716 naklen HAKERİ, a.g.e.
- OZANOĞLU, H. Seçkin, “Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 52, sayı 3, Ankara, 2003 s.55-77.
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanunu, İzmir Şerhi, İzmir, 2005.
- ÖZBEK, Özer Veli; KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZBEK, Özer Veli, KANBUR, Mehmet Nihat; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÖZÇETİN, Selvi; BALABAN, Murat, Sağlık Hukuku, Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Aralık 2008 Cilt-10 Sayı-3,4, s. 347- 379.



- ÖZEK, Çetin, “Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, cilt 28, sayı,4, 1965.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara.
- ÖZKAN, Nazan: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005
- ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007, Ankara.
- ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım , 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.269-300.
- ÖZSUNAY, Ergun: “ Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31-60.
- ÖZTÜRK , Bahri, Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku II, İzmir, 1988.
- ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara, 1991.
- ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Ruhan Mustafa, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, 1. bası, Ankara, 2003.
- PARLAR, Ali; HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. II, Ankara, 2007.
- PAUL, David M., “The Medical Examination in Sexual Offences”, 15 MED. SCI. & L. 154 (1975) s.154-162.
- PETEK, Hasan, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, Ocak, 2013.
- POLAT, Oğuz, Adli Tıpta Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2013, Ankara.
- REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve

- Cezai Sorumluluğu, 12-13 Mart, 1982, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 1-18.
- SARIAL, M. Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal ilişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- SAVAŞ, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 259-293.
- SAVAŞ Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- SAVAŞ, Halide, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım, 2007, Ankara Barosu Yayınları, s. 171 – 201.
- SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu Ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılařtırılmalđ Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, çev. Gülsün Ayhan Aygörmez, cilt VI/2, Sayı 2, 2009, s.29-42.
- SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004.
- SERT, Gürkan, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, İstanbul, 2008.
- SEVÜK YOKUŞ, Handan, “Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 6-7, Ekim, 2005, s. 85-102.
- SOMER, Pervin, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2011.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- SOYASLAN, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 3-4, Aralık, 2003, s.9-26.
- ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ŞAHİN EKİCİ, Meral, “Ceza Hukukunda Rıza”, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 50, sayı 4, s.74,75,80.

- ŞENOCAK, Zarife, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat”, Sağlık Hukuku Kurultayı Kitabı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 243-244.
- ŞENOCAK, Zarife, “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,1998, s.41-55.
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Yayıncılık, Ankara, 2010.
- TEZCAN,Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat, Ceza Özel Hukuku, 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Özel Ceza Hukuku, 12. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- TEZCAN, Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 2000.
- TOPÇU, N. Kemal, “Genital Muayene Suçu”, Tıp Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, Nisan 2014, Yıl 3, Sayı 5, s.125 - 140.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2013.
- TOROSLU, Nevzat, “ Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını, Cilt 2: Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Hukuku, Ankara 2000, s.325 – 328.
- TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1025-1074.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005.
- TÜMER, Ali, Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis, Matsis Matbaa Hizmetleri, İstanbul, 2013.
- ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, cilt I, sayı 2, 2006, s. 240 – 252.

- ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, Nisan , 2007, s. 199-234.
- ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak, 2009, Mersin Barosu Yayını, Şen Matbaa, Ankara, s.149-177.
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- VEATCH, Robert. M, Biyoetiğin Temelleri, çev. Dr. Tolga Güven, And Yayıncılık, 2.baskı, İstanbul, 2010.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, et al. Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence. 2003, Chapter 4
- YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu , Adalet Yayınevi Kuram Kitapları, Ankara, 2014.
- YAVUZ, İpekyüz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006.
- YENİSEY, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları, Bilgisayar Verileri ve Vücudun Muayenesi”, Kamu Hukuku Bülteni I,2, Şubat 1990.
- YENİSEY, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama Elkoyma Yakalama ve İfade Alma, İmaj Yayınları, Ankara, 1995.
- YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2010.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YURTCAN, Erdener, CMK Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Beta Yayınları, 3.baskı, İstanbul, 2013.
- ZAFER, Hamide, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı ile ilgili Düzenlemeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı 1, Sağlık Hukuku Sempozyumu: 17 Kasım 2016, Ocak, 2007, s. 184-201.

ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ZEYTİN, Zafer, Hasta - Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 7-8 Ekim 2011, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

## İNTERNET KAYNAKLARI

- R.G. 09.11.1982 tarih, 17863 sayılı (Mükerrer), Seçkin Yay. Ankara 2011
- R.G. 04.12.2004 tarih, 5271 sayılı.
- R.G. 01.05.2019 tarih, 30761 sayılı.
- R.G. 13.10.1983 tarih, 18195 sayılı.
- R.G.:01.06.2005 tarih, 25832 sayılı.
- R.G. 12.10.2004 tarih, 5237 sayılı.
- R.G. 13.03.1926 tarih, 765 sayılı.
- R.G 19.04.1961 tarih, 10786 sayılı.
- R.G 17.08.1931 tarih, 11682 sayılı.
- R.G 06.05.1930 tarih, 1489 sayılı.
- R.G 14.04.1928 tarih ve 1219 sayılı.
- R.G. 02.10.2011, KHK/663 sayılı.
- R.G 31.01.1953, 6023 sayılı TBB Kanunu.
- R.G.,02.02.2008, 26775 sayılı.
- R.G., 01.08.1998, 23420 sayılı.
- R.G. 19.2.1960, 10436 sayılı.
- R.G. 03.06.1979, 16655 sayılı.
- R.G. 27/5/1983, 18059 sayılı.
- R.G. 18/12/1983, 18255 sayılı.
- R.G. 08.12.2001, 24607 sayılı.
- R.G. 04.02.2011, 6098 sayılı.
- R.G. 23.07.1965, 657 sayılı.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (25.11.2018) fsmahmutoğlu.av.tr.
- (17.03.2019) www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.2015.8136.pdf
- (31.03.2019) <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/bali.htm>
- (01.01.2020) [https://www.journalagent.com/tkd/pdfs/TKDA\\_37\\_70\\_46\\_50.pdf](https://www.journalagent.com/tkd/pdfs/TKDA_37_70_46_50.pdf)
- (31.05.2021) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>,
- (01.06.2021) [https://en.wikipedia.org/wiki/Canterbury\\_v.\\_Spence](https://en.wikipedia.org/wiki/Canterbury_v._Spence)