

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**GENİTAL MUAYENE SUÇU
(TCK m. 287)**

Yüksek Lisans Tezi

Zeynep ELKIRAN

ANKARA - 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**GENİTAL MUAYENE SUÇU
(TCK m. 287)**

Yüksek Lisans Tezi

Zeynep ELKIRAN

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

ANKARA - 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI**

**GENİTAL MUAYENE SUÇU
(TCK m. 287)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

2- Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

3- Prof. Dr. Erdal YERDELEN

**Tez Savunması Tarihi
31.03.2022**

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN danışmanlığında hazırladığım “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 22.04.2022
Zeynep ELKIRAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	III
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER	3
I. GENİTAL MUAYENE KAVRAMI.....	3
II. GENİTAL MUAYENE İLE BAĞLANTILI HUKUKİ DÜZENLEMELER	7
A. ANAYASAL DÜZENLEMELER.....	7
B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	12
C. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ.....	18
D. SAĞLIK MEVZUATINDA DÜZENLEMELER.....	24

İKİNCİ BÖLÜM

GENİTAL MUAYENE SUÇUNUN YAPISI VE UNSURLARI.....	30
I. GENEL OLARAK	30
II. HUKUKİ KONU	34
III. MADDİ KONU	38
IV. FAİL	42
V. MAĞDUR VE SUÇTAN ZARAR GÖREN	50
VI. SUÇUN UNSURLARI.....	53
A. MADDİ UNSUR.....	53
1. ÖNŞART: YETKİLİ HAKİM VE SAVCI KARARI OLMAMASI	54
2. GENİTAL MUAYENEYE GÖNDERME	59
3. GENİTAL MUAYENE YAPMA	64
4. SUÇUN TAMAMLANMA ANI	66
5. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN BULUNMAMASI	69

B. MANEVİ UNSUR	82
1. KAST.....	82
2. HATANIN ETKİSİ	84
VII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	85
A. TEŞEBBÜS.....	85
B. İŞTİRAK	90
C. İÇTİMA.....	94
D. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER	107
VIII. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI	109
IX. YAPTIRIM.....	111
SONUÇ.....	113
KAYNAKÇA.....	119
ÖZET	130
ABSTRACT	131

KISALTMALAR CETVELİ

ABEDB	: Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı
ABY	: Ankara Barosu Yayınları
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FHD	: Fasikül Hukuk Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HÜTFD	: Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi

İBY	: İstanbul Barosu Yayınları
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SHD	: Sakarya Hukuk Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TIPHD	: Tıp Hukuku Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
Y.	: Yıl
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Bireyin kişisel alanını ve vücut dokunulmazlığını doğrudan ilgilendiren genital muayenelerin, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi uygar hukuk düzeninde giderek önem kazanan kişi hürriyetinin, özel hayatın gizliliğinin, kişisel verilerin gizliliğinin ihlali niteliğindedir. Bu nedenle bireyin zorla genital muayeneye tabi tutulması insanlık dışı ve küçük düşürücü bir muameledir. Nitekim bireyin rıza göstermediği genital muayene maddi ve manevi işkenceye dönüşebilecek hukuk dışı bir yöntemdir.

Türk hukukunda bireyin insan onurunu koruyan hak ve özgürlükler hem taraf olunan uluslararası sözleşmelerde hem anayasal düzenlemelerde yer bulmuş ve güvence altına alınmıştır. Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile korunan kişi hürriyetinin ve özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla 765 sayılı TCK'de düzenlenmeyen genital muayene suçu, 5237 sayılı TCK'de 287. maddede düzenlenmiştir. Ceza kanununda böyle bir düzenlemeye gidilerek öncelikle suç delillerini değerlendirmek amacıyla bireyin vücudu üzerinde inceleme yapmanın, müdahalede bulunmanın, örnek almanın önüne geçilmek amaçlanmıştır. Yine bu düzenleme ile bireyin rızası hilafına genital muayeneye tabi tutulması engellenmek istenmiştir. Özellikle ataerkil sistemin kadın üzerinde kurmuş olduğu egemenliğin neticesinde rıza dışı gerçekleştirilen hymen muayenelerinin önüne geçilmek istenmiştir.

TCK m. 287 hükmü olmasa dahi hem anayasanın açık hükmü hem uluslararası insan hakları metinleri birlikte değerlendirildiğinde rıza dışında gerçekleştirilen genital muayenelerin hukuka uygun olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Türkiye'de

kolluk kuvvetlerinin, infaz koruma memurlarının, okul ve yurt müdürlerinin, ebeveynlerin, eşler ve nişanlıların hukuka aykırı olarak kişileri genital muayeneye gönderdikleri bilinmekte ve bu durum ahlaki normlar doğrultusunda olağan karşılanmaktadır. Bu nedenle ceza kanununda bu hükme yer verilerek özellikle kadınlar yönünden insan onurunun aşağılanmasına sebep olan “*bekaret kontrolü*” uygulamasının önüne geçilmek istenmiştir. Kanun koyucu Türkiye’nin toplumsal bir gerçeği olan bu hukuk dışı muayenelere, yerinde bir tercihle suç düzenlemesi getirerek ayrı bir önem atfetmiştir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde önce, esasen tıbbi bir terim olan genital muayene kavramı üzerinde durulacak ardından genital muayene ile bağlantılı hukuki düzenlemeler ele alınacaktır. Bireyin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren bu kavramın anayasal düzenlemelerdeki ve uluslararası sözleşmelerdeki yeri AYM ve AİHM kararları doğrultusunda incelenecektir. Genital muayene kavramına benzer nitelikteki beden muayenesi kavramına değinilecek ve sağlık mevzuatında yer alan ilgili hükümler incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde genital muayene suçunun yapısı ve unsurları; suçun hukuki konusu, maddi konusu, suçun faili ve mağduru, suçun unsurları, ortaya çıkış biçimleri, suça etki eden nedenler, suçun soruşturulması, kovuşturulması ve nihayetinde suçun yaptırımını başlıkları altında incelenecektir.

Çalışma kapsamında suçun düzenleniş biçimi, düzenlenme yeri, düzenlenme amacı irdelenecektir. Son derece sorunlu düzenlenen ve düzenlenme yeri ve düzenlenme şekli ile ilgili birçok doktriner tartışmalar barındıran bu suç düzenlemesi kendi içinde tutarlı biçimde açıklanmaya ve yorumlanmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. GENİTAL MUAYENE KAVRAMI

Genital kelimesi, latince “*genit*” kökünden türetilmiştir. “*Genit*”, Latince doğum, doğurmak, meydana getirmek, yaratmak; “*genitalis*” kelimesi ise üreme yeteneği olan, verimli anlamına gelmektedir¹. Genital kelimesi sözlükte “*insan veya hayvan üreme organlarıyla ilgili, üretsel*” olarak tanımlanmıştır². Latince “*Genitalia*” kelimesi ise “*tenasül – üreme organları, kişinin cinsel işlevleriyle üreme işlevini yerine getirmesini sağlayıp onun cinsel kimliğini belirleyen önemli öğelerden oluşan organlar*” olarak tanımlanmaktadır³.

Üreme; canlılarda doğup çoğalma, türeme anlamındadır⁴. Kadınlarda üreme organları *overler*⁵, *fallop tüpleri*⁶, *uterus*⁷, *serviks*⁸, *vajina*⁹ ve *vulvadan*¹⁰ oluşur¹¹. Erkeklerde üreme organları ise *prostat*¹², *testisler*¹³ ve *penis*¹⁴tir¹⁵.

¹ Erdal **ALOVA**, Latince Türkçe Sözlük, B. 8, İstanbul 2017, s. 258.

² Oxford Dictionary of English, Oxford University Press, B.3 , 2010, s. 730; Yaşar **BİLGE**, Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002, s. 104.

³ Süreyya **ÜLKER**, Tıp Terimleri Sözlüğü: Latince – Türkçe Türkçe – Latince, B. 4, İstanbul 1986, s. 358.

⁴ Nihat **İNAL**, Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, Ankara 2003, s. 997.

⁵ “Overler : Yumurtalıklar, sağ ve sol dişi eşey bezleri” tanım için bkz. Süreyya **ÜLKER**, Açıklamalı Küçük Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2002, s. 227; Ayfer **AYDOĞAN**/Sami **AYDOĞAN**, Medical Translation Dictionary, Ankara 2013, s. 513.

⁶ “Fallop Tüpleri : Yumurtalıkları döl yatağına bağlayan tüpler” tanım için bkz. **AYDOĞAN**/AYDOĞAN, s. 353.

Bu tanımlara göre genital organların üreme faaliyetine ilişkin ve cinsel kimliği belirleyen organlar olarak tanımlandığını görmekteyiz. Kadınlarda iç genital organlar (overler, fallop tüpleri, uterus, serviks, vajina) ve dış genital organlar (vulva); erkeklerde prostat, testis ve penis genital sistemi oluşturmaktadır. *Anüs*¹⁶, üreme faaliyetine ilişkin bir organ değildir. Anüs, üreme sisteminin parçası değil bir boşaltım organı olarak sindirim sisteminin son parçasıdır¹⁷. Bu nedenle genital sistem anüsü ihtiva etmemektedir¹⁸.

⁷ “*Uterus :Kadın eşey sisteminin döl yolu ile yumurta arkları arasında kalan bölümü, rahim, döl yatağı*” tanım için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 333; AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 693.

⁸ “*Serviks :Döl yatağı boynu, boyna benzer organ yolu*” tanımı için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 49; AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 271.

⁹ “*Vajina : Kadın eşey sisteminin vulva ile dölyatağı arasında kalan boru niteliğindeki bölümü*” tanım için bkz. AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 337.

¹⁰ “*Vulva : Büyük – küçük dudaklar ve klitoristen oluşan kadın dış cinsel organı, dişilik organı, vajina ağzı*” tanım için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 347; AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 707.

¹¹ Kadın iç ve dış genital organları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih **YAVUZ**/Zeki **SOYSAL**, “*Kadın Genital Sistemi Travmaları ile İlgili Adli Tıp Sorunları*”, Adli Obstetrik/Jinekoloji – Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu (Ed. Zeki SOYSAL), C. 3., İstanbul 2005, s. 1002 – 1007; ayrıca bkz. www.jinekolognet.com/kadin-genital-anatomi.asp (Erişim tarihi: 22.11.2021).

¹² “*Prostat : Erkek eşey sisteminin yardımcı bezi, meniye son biçimini veren salgı*” tanımı için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 261.

¹³ “*Testisler : Erbezi, Sağ ve sol erkek eşey bezleri*” tanım için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 318; AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 654.

¹⁴ “*Penis : Erkeklik organı*” tanım için bkz. AYDOĞAN/AYDOĞAN, s. 526.

¹⁵ www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/reproductive-system. (Erişim Tarihi: 22.11.2021).

¹⁶ “*Anüs : sindirim yolunun alt ucu*” tanım için bkz. ÜLKER, Açıklamalı Tıp Terimleri, s. 26.

¹⁷ Henry **GRAY**, Gray’s Anatomy, E – Kitap Projesi, İstanbul 2016, s. 866.

¹⁸ <https://www.medicalpark.com.tr/sindirim-sistemi/hg-2106>. (Erişim Tarihi: 22.11.2021).

Muayene; sözlükte “Bir kimsenin hasta olup olmadığı ve hastalığının ne olduğunun araştırılması, sağlık muayenesi, gözden geçirme, araştırma, kontrol etme, yoklama” olarak tanımlanmıştır¹⁹.

Bu tanımlara göre genital muayene; “erkek veya kadının üreme organları üzerinde yapılan inceleme, kontrol etme” işlemidir. Bu tanım vücut muayenesi ve beden muayenesinden daha dar bir anlama sahiptir. Kavramsal olarak genital muayene, CMK m. 75’te düzenlenen iç beden muayenesinden farklı olmasına rağmen CMK m. 75/4 hükmüyle birlikte iç beden muayenesi kavramına dahil edilmiştir. Çalışmanın Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi başlıklı kısmında, iç ve dış beden muayenesi hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilecektir.

Kişinin genital muayenesi gözle, elle yahut *spekulum*²⁰ vasıtasıyla yapılabilir. Kişinin genital muayenesi bir hastalığın teşhisi için yahut bir hastalığın tedavisi amacıyla gerçekleştirilebilir. Ancak genital muayene, adli vakıalar söz konusu olduğunda delil değerlendirme amacıyla da yapılmaktadır. Genital muayene, özellikle cinsel suçlar bakımından delil değerlendirmek için sıkça başvurulmuş bir adli muayene şeklidir²¹. Adli soruşturma veya kovuşturma esnasında delillerin değerlendirilebilmesi için şüphelinin, sanığın veya mağdurun genital muayenesinin yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Özellikle cinsel suçlar bakımından mağdurun *ekimoz ve abrazyonların*

¹⁹ Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, B.9, Ankara 2005, s. 839; Cengiz **YELBAŞI**, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014, s. 420; İNAL, s. 645.

²⁰ Spekulum; vücutta herhangi bir kanalı yahut boşluğu gözle incelemede kullanılan, gerip açmaya yarayan alettir. Bkz. BİLGE, s. 278.

²¹ Adli Genital Muayene hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz **POLAT**, Klinik Adli Tıp, B.6, Ankara 2013, s. 85, 86.

(sıyrık)²² tespit edilebilmesi ve genital bölgeden sperm, kan, kıl, vücut sıvısı örneklerinin alınabilmesi için bu muayenenin yapılması gerekmektedir. Cinsel suçlar bakımından şüpheli veya sanığın muayenesi de önemlidir. Şüpheli veya sanığın genital bölgesindeki ekimoz ve abrazyonların incelenerek genital bölgesinde mağdura ait kan, kıl, vücut sıvısı örnekleri olup olmadığının tespit edilmesi olayın aydınlatılması için gerekli görülmektedir. Bu nedenle genital muayene kavramı adli tıp uygulamalarında karşımıza çıkmaktadır²³.

Adli tıp uygulamaları bakımından genital muayene yapılırken izlenmesi gereken aşamalar söz konusudur. Öncelikle muayeneyi yapacak olan hekim, muayene yapılmasına ilişkin adli makamlarca verilmiş kararı kontrol etmelidir. Hekim muayene raporuna, kararı veren makamı ve kişiyi muayeneye getiren görevlinin bilgilerini yazmalıdır. Ayrıca muayene yapılacak kişinin aydınlatılmış onamını almalıdır²⁴.

Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 22.09.2005 tarihli 2005/143 sayılı genelge ile adli muayenelerin hangi şartlar altında, nasıl gerçekleştirileceği, adli raporların nasıl tanzim edileceği hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²⁵.

²² *Abrazyon*; künt cisim yaralanmasıyla oluşan epidermis kaybı, sıyrıktır. *Ekimoz*; damarların yırtılmasıyla kanın doku içine yayılarak pıhtılaşması sonucu oluşan künt cisim yarasıdır. Tanım için bkz. Yaşar **BİLGE**, Adli Tıp Kılavuzu, Ankara 2010, s. 27.

²³ Cinsel suçlar bakımından mağdurun, şüpheli-sanığın fiziki muayenesinin önemi ve bu muayenelerin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Hamit **HANCI**, Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara 2002, 424 – 433.

²⁴ Osman **CELBİS**/Mehmet **KARACA**/Bora **ÖZDEMİR**/Aysun Baransel **ISIR**, “Cinsel Suçlarda Muayene”, HÜTFD, S. 1(4), Şanlıurfa 2004, s. 49.

²⁵ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün 10.04.2012 tarih 7/1924 esas numaralı soru önergesine ilişkin yanıtı için bkz. www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-1924sgc.pdf (Erişim tarihi: 22.11.2021).

Genelgenin 3.2.2 maddesi uyarınca hekimin ve ilgili sağlık personellerinin muayene edilecek olan kişiyi muayenenin amacı, şekli ve içeriği hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Muayene edilecek kişinin muayeneye ve vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde bu durum tutanakla tespit edilmelidir. Yine genelgede adli muayenelerin yapılacağı ortamın nasıl olması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Buna göre ilgilinin temel insan hak ve hürriyetlerine, ilgilinin mahremiyetine saygı gösterilmeli ve muayene yapılan ortamda hekim ve ilgili dışında kimse bulunmamalıdır. Adli kolluk görevlisinin denetiminde yapılması gereken muayeneler sırasında ilgilinin talebi üzerine ilgilinin müdafisi de hazır edilmelidir²⁶.

II. GENİTAL MUAYENE İLE BAğLANTILI HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. ANAYASAL DÜZENLEMELER

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmında temel hak ve hürriyetler konularına ve kullanılış biçimlerine göre düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetler devlet ile birey arasındaki ilişkiye göre "negatif statü hakları", "pozitif statü hakları" ve "aktif statü hakları" olmak üzere üçe ayrılırlar. Pozitif statü hakları, bireyin devletten hizmet ve yardım talep edebildiği sosyal haklardır. Negatif statü hakları ise; bireyin devlet tarafından aşılamayacak sınırlarını çizen, bireyin özel alanını belirleyen, devlete ise "müdahalede bulunmama" ödevi yükleyen haklardır. Aktif statü hakları ise bireyin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır.

²⁶ Sağlık Bakanlığı'nın ilgili genelgesi için bkz. sakaryaism.saglik.gov.tr (Erişim tarihi: 22.11.2021).

Kişinin özel alanını belirleyen ve bu alanın devlet tarafından aşılmasının önüne geçen negatif statü hakları koruyucu haklar olarak adlandırılırlar. Buna göre anayasa düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliğinin korunması gibi haklar negatif statü haklarıdır²⁷.

Negatif statü haklarından kişi dokunulmazlığı Anayasası'nın “*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı*” başlıklı 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. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükmüne göre tıbbi müdahalelerin tıbbi zorunluluğa (endikasyon) dayanması gerekmektedir. Bir diğer deyişle bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için hekimin tedavi veya teşhis için haklı gerekçelerinin bulunması gerekmektedir²⁸.

Kişi dokunulmazlığı mutlak bir hak olup Anayasa'da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında sınırlandırılması mümkün değildir. Her gerçek kişi bu haktan yararlanır ve kişinin rızası ile bu haktan vazgeçmesi mümkün değildir. Anayasa'da yer alan bu düzenlemenin amacı kişi dokunulmazlığına keyfi ve haksız müdahalelerde bulunulmasını önlemektir²⁹.

²⁷ Kemal **GÖZLER**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, B. 1, C. 2, Bursa 2011, s. 507 – 509.

²⁸ Erdal **YERDELEN**, “*Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)*”, THD, C. 2, S. 3, Y. 2013, s. 49.

²⁹ Durmuş **TEZCAN**/Mustafa Ruhan **ERDEM**/Oğuz **SANCAKDAR**/Rifat Murat **ÖNOK**, İnsan Hakları El Kitabı, B. 6, Ankara 2016, s.193.

Genital muayene kişinin vücut dokunulmazlığına doğrudan bir müdahaledir. Bu bağlamda kişiyi rızası olmaksızın genital muayeneye tabi tutmak kişinin fiziksel ve dolaylı olarak ruhsal özerkliğine bir müdahale olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle kişinin rızası dışında genital muayeneye tabi tutulmasının ancak tıbbi bir zorunluluk hali bulunduğu yahut kanunda yazılı hallerde yapılabileceğini söylemek mümkündür. Kişinin keyfi ve haksız müdahalelerde bulunularak genital muayenesinin yaptırılması Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'da açıkça belirtildiği üzere tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında kişilerin genital muayeneyi reddetme hakkı vardır³⁰.

Ceza muhakemesi bakımından tıbbi müdahalenin zorunlu olması, muhakeme amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ihtiyaç duyulan delillerin başka türlü elde edilememesi anlamına gelmektedir. Delil elde edilmesi bakımından tıbbi müdahalenin zorunlu olduğu hallerde vücut bütünlüğüne yönelen bu müdahalenin hangi koşullarda hangi kapsamda gerçekleşeceği hususu kanunla düzenlenmelidir³¹.

Anayasa'nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesi ise “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği başlıklı hükümle düzenlenen özel hayata saygı hakkı kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü koruma, kendisini gerçekleştirme ve kendisi hakkında kararlar alabilme hakkını da güvence altına almaktadır. Bu açıdan özel hayata saygı hakkı Anayasa'nın

³⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 360.

³¹ Mehmet Tefik GÜLSOY/Ahmet Nezh KÖK, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, Erzincan 2005, s. 9.

17. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da bir parçasıdır. Özel hayata saygı hakkı bakımından devletin yükümlülüğü yalnızca bizzat kişilerin özel hayatına müdahale etmemek değildir. Devlet aynı zamanda kişilerin özel hayatına yönelik müdahaleleri önleyici koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür³².

Kişinin cinsel hayatı hakkında bilgi edinmek amacıyla kişinin rızası olmaksızın “bekaret testi” adı altında kişilerin genital muayeneler yapılmaktadır. Bu genital muayeneler Anayasa’nın 17. maddesiyle birlikte özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine de aykırılık teşkil eder. AYM’nin vermiş olduğu bir kararda özel hayat kavramının geniş şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulayarak “*Özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alanı işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır.*” ifadeleriyle devletin ancak belirli durumlarda özel hayata müdahale edebileceğini belirtmiştir³³.

Doktrinde özel hayat kavramının teorik olarak tanımlanması güç olduğundan kişinin yaşam alanlarını ayırarak sınırlandırma yoluna gidilmiştir. Bu sınıflandırmaya göre kişinin kamuya açık “*ortak alanı*”, ailesi ve yakınları ile sınırlı tuttuğu “*özel alanı*” ve güvendiği az sayıda insanla paylaştığı “*giz alanı*” bulunmaktadır. Kişinin ortak yaşamının öğrenilmesi, izlenilmesi ve aktarılması kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemektedir. Kişinin özel alanına ilişkin bilgiler başkaları ile paylaşıldığında özel

³² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 353, 254.

³³ AYM’nin 09.03.2016 tarih 2013/6186 başvuru numaralı kararı için bkz. kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6186 (Erişim tarihi: 22.11.2021).

hayatın gizliliğini ihlal etmeyecektir ancak bilgiler kamuya veya belirsiz kişiler topluluğuyla paylaşıldığında özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Bu anlamda özel alana ilişkin bilgiler kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlanacaktır. Giz alanı ise en dar alan olarak yalnızca kişinin güvenerek paylaştığı kişiler tarafından bilinebilir. Bu alana kişinin duygusal hayatı, cinsel hayatı, haberleşmesi ve kişisel bilgileri girmektedir. Bu alana ilişkin bilgilerin başkalarına aktarılması veya kamuya paylaşılması özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir³⁴. Kişinin cinsel ve kişisel hayatına dair bilgi edinilmesini sağlayan genital muayeneler, mutlak koruma altındaki kişinin giz alanını ihlal edici mahiyettedir. Bu nedenle hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen muayeneler özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir.

Özel hayatın korunması hakkının bir uzantısı kişisel verilerin korunması hakkıdır. 12.09.2010 referandumu ile kabul edilen değişiklikler çerçevesinde Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrası ile kişisel verilerin korunması isteme hakkı düzenlenmiştir. 2016 yılında "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu" yürürlüğe girmiştir. Bu hak kapsamında kişinin genital muayenesi ile elde edilen verilerin korunmasını, işlenmesini, silinmesini, düzeltilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 20/3 hükmü uyarınca kişi genital muayenesi neticesinde elde edilen bu kişisel verilerin elde edilme amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına da sahiptir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, "*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*

³⁴ Mümin Serdar **GÜNTÜRK**, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Ankara 2012, s. 47 – 53.

gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; kanunda açıkça yazılı bir hüküm bulunmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve tıbbi müdahaleyi ret hakkının sınırlandırılmayacağı açıktır.

Kişilerin hukuka aykırı olarak genital muayenelerinin yapılması esasında temel insan hak ve hürriyetlerinin ihlali anlamına gelmektedir. Kişinin vücut dokunulmazlığına, özel hayatına ve kişisel verilerine ilişkin bu müdahalenin ancak kanunda yazılı hallerde gerçekleştirilebileceği Anayasa’da güvence altına alınmıştır. Devletin kişilerin bu haklarını önleyici ve koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle TCK m. 287 uyarınca düzenlenen genital muayene suçu, kişilerin vücut dokunulmazlığı ve özel hayatının gizliliğinin korunması haklarını güvence altına alan bir düzenleme niteliğindedir.

B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 1948 yılında BM örgütünün organlarından Ekonomik ve Sosyal Konsey’in tali bir organı olan İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanmış ve Genel Kurul’da onaylanarak kabul edilmiştir. Bildirinin hukuki bir bağlayıcı bulunmamaktadır. Bu bildiri bir anlaşma değildir. Ancak milletlerarası örf adet hukuku haline geldiğinden bağlayıcı hale gelmiştir³⁵.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 3. maddesinde “*Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.*” hükmü yer almaktadır. Yine

³⁵ Aslan **GÜNDÜZ**, Milletlerarası Hukuk (Ed. Reşat Volkan GÜNEL), B. 7, İstanbul 2014, s. 446.

beyannamenin 5. maddesinde “*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulanamaz.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Beyannamenin 12. maddesinde özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak “*Hiç kimsenin özel yaşamına ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışılmaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.*” hükmü düzenlenmiştir.

Türkiye’nin de 1950 yılında imzalamış olduğu AİHS³⁶’nin 3. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Buna göre “*Kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” Aşağılayıcı muamelenin tanımını AİHM bir kararında “*mağdurda korku, anksiyete ve aşağılık duygusu yaratıyorsa ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte*” muamele olarak tanımlamıştır³⁷. AİHM kararlarına bakıldığında aşağılayıcı muamelenin kamu önünde yapılmasının zorunlu olmadığı, kişinin kendi gözünde aşağılayıcı olmasının da yeterli olduğu görülmektedir. Muamelede bulunanın aşağılama kastı aranmaz, aşağılama kastı olmaksızın gerçekleşen muameleler de ihlal niteliği taşımaktadır³⁸.

AİHM içtihatlarında belirlenen ölçütler doğrultusunda kişinin rızası hilafına genital muayeneye tabi tutulmasının onur kırıcı ve küçük düşürücü bir davranış ve aşağılayıcı bir muamele olduğunu söylemek mümkündür. Kişinin istemediği bir

³⁶ 19.03.1954 tarih 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”.

³⁷ AİHM’nin 26.01.2000 tarih 30210/96 başvuru numaralı KUDLA v POLONYA kararı için bkz. David **HARRIS**/Michael **O’BOYLE**/Colin **WARBRICK**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev. Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN), B.1, Ankara 2013, s. 94.

³⁸ HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 94, 95.

muayeneye tabi tutulması ve özel bir bölge olan genital bölgesinin muayene edilmesi kişide korku, anksiyete, utanma ve aşağılanma duygusu yaratabilecektir. Bu bakımdan zorla genital muamele yapılması AİHS'nin 3. maddesinde yer alan aşağılayıcı muamele yasağının ihlali niteliğindedir.

Nitekim AİHM'nin SALMANOĞLU/POLATTAŞ v. TÜRKİYE kararında başvuru sahiplerinin tıbbi bir gereklilik yahut cinsel saldırı iddiası bulunmadığı halde gözaltında oldukları süreçte jinekolojik muayeneye tabi tutulmaları, hymen muayenesine tabi tutulmaları, başvuru sahiplerine tehdit ve hakaret edilmesi, fiziksel şiddet uygulanması nedeniyle AİHS m. 3 hükmü uyarınca ihlal kararı verilmiştir³⁹.

Genital muayenenin kişinin cinsel hayatı hakkında bilgi edinmek amacıyla yapılması halinde AİHS m. 8 hükmü uyarınca özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim aşağıda değinileceği üzere AİHM'nin Türkiye aleyhine rızaya aykırı yapılan genital muayeneler nedeniyle vermiş olduğu ihlal kararları mevcuttur.

AİHM'nin Y.F v. TÜRKİYE kararında başvuru sahibinin eşinin gözaltına alındıktan sonra götürüldüğü adli muayenede polis, şüphelinin vajinal ya da anal yolla cinsel ilişkiye girip girmediğinin tespit edilmesini talep etmesi üzerine gerçekleştirilen muayene işleminde AİHS m. 8 hükmü uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴⁰.

³⁹ AİHM'nin 17.03.2009 tarih 15828 başvuru numaralı kararı için bkz. hudoc.echr.coe.int (Erişim tarihi: 22.11.2021).

⁴⁰ AİHM'nin 22.07.2003 tarih 24209/94 başvuru numaralı kararı için bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları, Çev. Serkan CENGİZ/Nilgün TORTOP, TBB Dergisi, S. 52, Ankara 2004, s. 365 - 372.

AIHM'nin JUNKHE v. TÜRKİYE kararında ise mahkeme hem AIHS m. 3 bakımından hem AIHS m. 8 bakımından inceleme yapmıştır. Mahkeme, başvurucunun jandarmaların giysilerini zorla çıkartarak kollarını tutup yere yatırarak hekimin muayene etmesini sağladıkları yönündeki iddialarını dayanaksız bulmuştur. Mahkeme hekimin başvuranın muayeneyi reddetmesine aldırmadığına dair delil bulunmadığından AIHS m. 3 bakımından ihlal olmadığına karar vermiştir. Ancak on dokuz gündür tutuklu bulunan bir kişinin genital muayeneye verdiği rızanın özgür iradesiyle verilmiş aydınlatılmış bir rıza olmadığı gerekçesiyle AIHS m. 8 hükmü uyarınca ihlal kararı vermiştir⁴¹.

Türkiye tarafından 25.01.1988 tarihinde imzalanan İşkence ve Diğer Zalimane, Gayrı İnsani veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴²'nin 1. maddesinde işkencenin tanımı *“Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir.”* şeklinde yapılmıştır. Sözleşmede yer alan bu tanım uyarınca kişilerin bir suçun işlendiğine dair delil elde etmek amacıyla vücut muayenesine zorlanması işkence olarak değerlendirilmektedir.

⁴¹ AIHM'nin 13.05.2008 tarih 52515/99 başvuru numaralı kararı için bkz. Behiye **EKER KAZANCI**, “Türkiye’de Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi”, FHD, C. 2, S. 10, Ankara 2010, s. 22 – 25.

⁴²29.06.1988 tarih 19799 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş sözleşme.

Yine BM örgütü tarafından hazırlanan Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme⁴³'nin 7. maddesi *“Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz”* hükmünü ihtiva etmektedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁴⁴'nin tıbbi müdahaleler bakımından genel kuralı düzenleyen 5. maddesi uyarınca *“Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza (onam) vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri çekebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu sözleşmenin 6. maddesinde rıza vermeye ehil olmayan kişiler bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm doğrultusunda tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeteneği bulunmayan küçüğe müdahale ancak yasal temsilcisi yahut kanun tarafından belirlenmiş makam veya kişi tarafından verilen izinle mümkündür. Bu izin bakımından küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk durumuyla orantılı olacak şekilde belirleyici bir konumda olmalıdır. Yine akıl hastalığı gibi sebeplerle yasaya göre rıza gösterme yeteneği bulunmayanlar için ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.

⁴³ 18.06.2003 tarih 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi.

⁴⁴ 20.04.2004 tarih 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”.

Ebeveynlerin bekaret kontrolü çocuklarını genital muayeneye götürebileceği göz önüne alındığında Türkiye'nin de taraf olduğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁴⁵ hükümlerinin de ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu sözleşmede çocuğun üstün yararı ilkesinin öncelikli olduğunu vurgulanmıştır. Sözleşmenin 16. maddesi uyarınca *“Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.”*.

Buna göre ebeveynlerin çocuklar üzerindeki hak ve yükümlülüklerinin sınırları olduğu, bu sınırın çocuğun üstün yararı ile çizilebileceğini söylemek mümkündür. Bu sözleşme uyarınca ebeveynlerin çocukları adına tıbbi veya adli bir zorunluluk söz konusu olmadıkça genital muayene yapılması bakımından rıza açıklama yetkilerinin olmadığını söylemek mümkündür.

Görüldüğü üzere kişinin vücut dokunulmazlığını ihtiva eden kişi özgürlükleri, özel yaşama saygı hakkı ve tıbbi müdahaleyi ret hakkı uluslararası hukukta ayrı bir öneme sahip olmuş ve birçok insan hakları metinlerinde, uluslararası sözleşmelerde vurgulanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve diğer insan hakları sözleşmelerine paralel olarak bu hakları koruma altına almıştır.

⁴⁵ 14.09.1990 tarihinde imzalanarak 09.12.1994 tarih 4058 sayılı kanun ile yürürlüğe girmiş Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri için bkz. 27.01.1995 tarih 22184 sayılı Resmi Gazete.

C. CEZA MUHAEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ

Beden muayenesi, vücuttan örnek alınması bazı hallerde ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçekliğe ulaşılması için bir gereklilik halini alabilir. Anayasada güvence altına alınan vücut dokunulmazlığına yönelik bu müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi ancak kanunla düzenlenen hallerde mümkündür. Öyleyse vücut dokunulmazlığı hakkı ceza muhakemesinin yürütülebilmesi için zorunlu hallerde kanunla sınırlandırılabilir⁴⁶.

1412 sayılı mülga CMUK’de “*Umumi Hükümler*” başlıklı birinci kitabının “*Ehlihıbre ve Keşif*” başlıklı yedinci faslında düzenlenen 66. maddede “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. CMUK hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde yürütülen soruşturmalarda genital muayene işlemi Cumhuriyet savcısının talimatıyla yapılmaktayken CMK ile birlikte muayene kararının hakim tarafından verilmesi şartı aranmıştır.

CMK’nin genel hükümleri düzenleyen birinci kitabının “*Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif*” başlıklı üçüncü kısmının “*Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi*” başlıklı üçüncü bölümünde 75. ve 76. maddelerinde şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin beden muayenesinin nasıl yapılacağı hususu düzenlenmiştir. CMK’nin 82. maddesi uyarınca beden muayenesi, Ceza Muhakemesi Beden Muayenesi, Genetik

⁴⁶ Nur CENTEL, “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım*”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL’e Armağan, İzmir 2001, s. 505.

İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁴⁷ hükümlerince yapılmaktadır.

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi yapılmasına ilişkin hükümleri CMK'nın 75. maddesinde düzenlenirken dış beden muayenesine ilişkin hükümler yönetmelikle belirlenmiştir. Doktrinde kişilerin beden bütünlüğüne yönelen bir müdahalenin kanun yerine yönetmelikle düzenlenmiş olmasının Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ve bu yönetmelik hükümlerinin yok hükmünde kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁸.

Yönetmeliğin 3. maddesinde iç beden muayenesi; *“kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi”* olarak tanımlanmıştır. Dış beden muayenesi ise; *“vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelenmesi”* olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucu, CMK m. 75/4 hükmü uyarınca cinsel organların ve anüsün muayenesinin iç beden muayenesi olarak kabul edileceğini düzenleyerek bu bölgelerin dış yüzeylerinin muayenesinin dış beden muayenesi olarak kabul edilmesinin önüne geçmek istemiştir. Böylelikle yönetmelik hükümlerince Cumhuriyet savcısının veya kolluk kuvvetlerinin tek başına karar vererek anüsün veya cinsel organların dış yüzeylerini muayene ettirebilmesi engellenmiştir⁴⁹.

⁴⁷ 01.06.2005 tarih 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş *“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”*.

⁴⁸ Nur CENTEL/Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 7, İstanbul 2010, s. 274, 275; ÖNTAN. s. 69.

⁴⁹ Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU, *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”*, İÜHFM, C. 70, S. 19, İstanbul 2012, s. 24.

CMK'nin 75. maddesi uyarınca şüpheli veya sanığın cinsel organları ve anüs bölgesinde yapılacak olan muayene kural olarak hakim veya mahkeme kararı ile mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile yapılabilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının beden muayenesi kararı yirmi dört saat içerisinde hakim veya mahkemenin onayına sunulmaktadır. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içerisinde onaylamazsa hükümsüz kalmaktadır. Elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelir ve muhakeme aşamasında tartışılmaz.

CMK m. 75/2 hükmü uyarınca şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi için müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. CMK m. 75/3 hükmü uyarınca iç beden muayenesi ancak sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir. Bu hüküm yönetmeliğin m. 4/2 hükmü uyarınca iç beden muayenesinin yalnızca hekim tarafından yapılabileceği yönünde daraltılmıştır. Her ne kadar yönetmelik hükmü hekim olmayan sağlık mesleği mensuplarınca bu muayenenin yapılamayacağını düzenlese de bu hükme kanun metninde yer verilerek yasal güvence sağlanması daha isabetli olacaktır. CMK m. 75/5 hükmü uyarınca üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezası öngörülen suçlar bakımından iç beden muayenesine karar verilemez.

CMK'nin 76. maddesi diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesi hususunu düzenlemektedir. Diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesinin yapılabilmesi için kural olarak hakim veya mahkeme kararı gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan haller söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılabilmektedir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içerisinde hakim veya mahkemenin onayına sunulmaktadır. Cumhuriyet savcısının bu kararı yirmi dört saat içerisinde onaylanmazsa elde edilen deliller hükümsüz hale gelecektir.

Diğer kişilerin iç ve dış muayenesinin yapılabilmesi için müdahalenin kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir. Kanun koyucu 76. maddenin uygulanması bakımından suçun belli bir ağırlıkta olması şartını aramamaktadır. CMK'nin 75. maddesinden farklı olarak 76. madde uyarınca yapılan beden muayenelerinde cerrahi bir müdahalede bulunulmaması koşulu aranmıştır⁵⁰.

CMK'nin 75 ve 76. maddelerinde diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri esnasında ve şüpheli ya da sanığın iç beden muayenesi esnasında sağlığını tehlikeye düşürmeme şartı aranmaktadır. Doktrinde kanun koyucunun şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi bakımından bu şartın aranacağını düzenlememiş olması eleştirilmiştir. Kanunun açık hükmü ve gerekçe birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucu tarafından, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin kişinin sağlığını tehlikeye sokup sokmadığı önemsenmemiştir⁵¹.

Doktrinde bazı yazarlar CMK'de düzenlenmiş beden muayenesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ve hükmedilen cezai yaptırımların uygulanabilmesi için alınan koruma tedbirlerinden olduğunu ileri sürmektedirler⁵². Ancak beden muayenesinin CMK'de düzenlenme biçimine ve düzenlenme yerine bakıldığında bu muayenenin bir koruma tedbiri olmadığı görülmektedir. Nitekim CMK'nin dördüncü kısmında koruma tedbirleri; yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı

⁵⁰ ÖNTAN, s. 67.

⁵¹ Hakan **KIZILARSLAN**, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi, Örnek Alma, Ankara 2007, s. 236.

⁵² Tarık **FIRAT**, Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 12.

ve teknik araçlarla izleme olarak sayılmıştır. Beden muayenesi bu koruma tedbirlerden farklı bir yerde kanunun “*Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif*” isimli üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle beden muayenesinin, bilirkişi görüşü ile aynı hukuki nitelikte olduğu, bir diğer deyişle delil değerlendirme aracı olduğu kanaatindeyiz⁵³.

CMK’de düzenlenen beden muayenesine ilişkin hükümler tasarı aşamasından bu yana eleştirilmektedir. Nitekim kanun uyarınca hem şüpheli veya sanığın hem de diğer kişilerin rızası olmasa dahi hakim kararıyla beden muayenesine karar verilebilmektedir. Bu durumda ilgili kişilerin bu muayeneye rıza vermedikleri halde beden muayenesinin yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

İlgilinin rızası bulunmadığı halde beden muayenesinin yapılması maddi ve manevi anlamda işkenceye dönüşebilecek bir işlemdir. Maddi anlamda gerçekliğe ulaşılması için dahi böyle bir yola başvurulması hukuk düzeni içerisinde kabul edilebilir değildir. İlgilinin rızası hilafına yapılan beden muayenesi ile elde edilecek deliller Anayasa’ya ve uluslararası insan hakları metinlerinde belirlenen ölçütlere aykırılık teşkil edeceğinden hukuka aykırı olarak nitelendirilmelidir. Suçla mücadelenin sürdürülebilmesi için her yola başvurulmaması gerektiğini düşünen insan haklarına saygılı bir ceza hukuku anlayışının getirisi olarak bu muayenelerin rıza hilafına gerçekleştirilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir⁵⁴.

⁵³ Bilirkişi görüşünün hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin **FEYZİOĞLU**, Tanıklık, Ankara 1996, s. 26, 27. Yaprak **ÖNTAN**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2014, s. 30, 31.

⁵⁴ Nevzat **TOROSLU**, “*Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, ABY, C. 2, Ankara 2000, s. 326, 328.

Beden muayenesine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise ceza muhakemesinde hymen muayenesinin yapılıp yapılamayacağı tartışmasıdır. Mülga 765 sayılı TCK'nin 423. maddesinde on beş yaşını dolduran kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozan fail hakkında altı aydan iki seneye kadar hapis cezası uygulanacağı öngörülmüştür⁵⁵. Bu nedenle suçun oluşup oluşmadığının tespiti için hymen muayenesi yaptırılması gerekmiştir. Ancak bu suç düzenlemesine 5237 sayılı TCK'de yer verilmemiştir. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar günümüzde bu muayenenin yapılmasını gerekli kılacak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden ceza muhakemesinde hymen muayenesi yapılmasına ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmektedir⁵⁶. Her ne kadar cinsel saldırı iddiasıyla gelen mağdurun genital muayenesinde hymen durumunun sınırlı olarak incelenmesinin faydalı olacağı düşünülse de adli tıp uzmanlarına göre, cinsel saldırı travmasının hymen muayenesine indirgenmesi yanlış olduğu gibi gereksiz yere hymen muayenesine tabi tutulan mağdur bakımından psikolojik sonuçlara da yol açmaktadır⁵⁷. Bu nedenle bu görüşe göre hakim veya savcının gerekmediği halde hymen muayenesi yapılmasına ilişkin karar vermesi hukuka aykırı bir müdahale niteliğindedir.

⁵⁵ Kızlık Bozma Suçu mülga kanunda “*Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diyerek kandırıp da kızlığını bozarsa altı aydan bir seneye kadar hapsolunur. Evlenme vukuu halinde ceza sakıt olur. Şu kadar ki, beş sene zarfında makbul bir sebep olmaksızın boşanma vaki olursa hukuk-u umumiyye davası avdet eder.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu suç düzenlemesinin gerekliliği yönündeki tartışmalar için bkz. Sami SELÇUK, Kızlık Bozma Suçu, Ankara 1996, s. 19 – 21.

⁵⁶ Ayşe NUHOĞLU, “*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*”, DÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.2, 2019, s. 2989, 2990.

⁵⁷ Hymen muayenesinin, cinsel saldırı iddiaları bakımından kesin delil değerlendirmesine imkan vermemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Af Örgütü Türkiye, Kadınlara Yönelik Gözaltında Cinsel Şiddete Son, İstanbul 2003, s. 23 vd.

D. SAĞLIK MEVZUATINDA DÜZENLEMELER

TMK'nin 23. maddesinin *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* şeklindeki düzenlemesi; kişinin beden bütünlüğünün korunması ve kişilik haklarının dokunulmazlığını vurgulayarak tıp uygulamalarının sınırlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır⁵⁸. Yaşam hakkı ve beden bütünlüğünün korunulması hakkı vazgeçilmez haklardan olup bu madde uyarınca tıbbi müdahalelerden önce kişinin aydınlatılmış rızasının alınmasının zorunlu olduğu ve kişinin müdahaleyi ret hakkının bulunduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁵⁹.

TŞSTİDK'nin 70. maddesi *“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.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre tüm tıbbi müdahaleler bakımından hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması gerekmektedir.

TŞSTİDK'nin 70. maddesi 5728 sayılı Kanunla⁶⁰ gelen değişikliklerden önce rıza almayan hekimler ve diş hekimleri hakkında ilgilinin şikayeti üzerine adli para cezası

⁵⁸ Hasan Seçkin **OZANOĞLU**, *“Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”*, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 60, 61.

⁵⁹ Gürkan **SERT**, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, B. 2, Ankara 2019, s 142.

⁶⁰ 08.02.2008 tarih 26781 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş 5728 sayılı *“Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*.

öngörmekteyken yapılan değişiklik ile rıza almayan hekimler ve diş hekimleri hakkında idari para cezası uygulanmasını düzenlemektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁶¹’nin 13/3 maddesinde “*Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*” Hükümüne yer verilmiştir. Yine HHY⁶²’nin 12. maddesinde “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” ifadelerine yer verilerek tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı düzenlenmiştir.

TŞSTİDK ve HHY uyarınca hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde yasal temsilcisinin rızasının alınması gerekmektedir. HHY’nin 24. ve 31. maddesi de yine tıbbi müdahalelerde rıza zorunluluğunu ve bu rızanın nasıl olması gerektiğini ayrıntılarıyla açıklamaktadır.

HHY’nin 22. maddesi ise “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünölen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimnin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan*

⁶¹ 19.02.1960 tarih 10436 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş tüzük.

⁶² 01.08.1998 tarih 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş Hasta Hakları Yönetmeliği.

hallerde bu ameliye, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.” Bu yönetmelik hükmü, CMK m. 75 ve 76 hükümlerine paralel olarak düzenlenmiştir.

TTB’nin yayımlamış olduğu Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 39. maddesinde *“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.”* Bu hüküm doğrultusunda kişilerin rızası hilafına hymen muayenesi yapan hekimler hakkında TCK m. 287 uyarınca ceza yaptırımıyla birlikte TTB tarafından disiplin yaptırımı da uygulanabilecektir.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 123. ve 124. maddelerinde frengi, belsoğukluğu, yumuşak şankr, cüz zam ve marazı akliye hastalığı ile ilerlemiş sari verem hastalığının evlenme engeli olduğu düzenlenmiştir. Hastalığın sirayet etme riski kalmadığı yahut iyileştiği yönünde rapor almadıkça bu kişilerin evlenmeleri yasaktır.

Evlenmeye engel bu hastalıklara ilişkin muayene Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname⁶³’nin 2. fıkrasında *“Hususi tabiplerin ve hükümet tabibinden gayrı etibbayı resmiyenin verdiği sıhhat raporları mahalli hükümet tabipliği veya vekili tarafından tasdik edilmedikçe muteber olmaz. Hükümet tabipleri bu raporları tasdik etmezden evvel mevcut kuyudattan hakkında sıhhat raporu verilen evlenme namzedinin Umumi Hıfzısıhha Kanununun 123 ve 124. maddelerinde mezkûr evlenmeğe mani hastalıklardan biriyle malû olup olmadığını araştıracaklardır. Hükümet tabipliğinin*

⁶³ 21.09.1931 tarih 1904 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş tüzük.

resmi mühürünü ve tabibin imzasını havi olmayan sıhhat raporları muteber değildir.” ifadeleriyle düzenlenmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 106. maddesinde *“Zührevi hastalıklardan biriyle musap olduğundan şüphe ve bu hastalıkları etrafına neşrü tamim ettiğinden endişe edilen kimseleri muayeneye sevk ve sıhhi hallerine dair birer rapor talep etmeğe alakadar Sıhhat ve İctimai Muavenet Müdürleri ve Hükümet tabipleri mezundurlar. Bu gibi şahıslar arzu ettikleri takdirde kendilerini hususi bir tabibe muayene ettirerek ondan alacakları raporu ibraz edebilirler. Bu hususta imzasız ve adressiz ihbarat mesmu olamaz.”* ifadelerine yer verilmiştir. Bu hükme göre zührevi hastalık taşıdığından şüphe edilen ve bu hastalığı başka kişilere yaymasından endişe edilen kimselerin hekim tarafından muayene edilmesi ve sağlık durumları hakkında rapor tanzim edilmesi gerekmektedir.

TCK’nin *“Fuhuş Suçu”* başlıklı 227. maddesinin 8. fıkrasında bu suçtan zarar gören fuhşa sürüklenen kişiler bakımından bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, fuhşa sürüklenen kişi hakkında tedavi ve psikolojik terapiye hükmedilebilmektedir. Kanunun gerekçesinde bu hükmün fuhşa sürüklenen kişiye bir ceza yaptırımı olmadığı, özel bir güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁶⁴. Ceza hukukunda güvenlik tedbirleri belirli olup *“tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutma”* şeklinde bir güvenlik tedbiri bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir.⁶⁵ Kanun koyucunun amacı burada her ne kadar fuhşa sürüklenen kişinin selameti olsa da kişinin bu konuda

⁶⁴ Çetin ARSLAN/Bahattin AZİZAĞAOĞLU, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, Kasım 2004, s. 942.

⁶⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI/Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012, s. 358.

rızası olmaksızın tedaviye veya terapiye zorlanması mümkün değildir. Bu durum hem tıp etiğiyle hem insan haklarıyla bağdaşmamaktadır.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü⁶⁶'nin 25. maddesi uyarınca bütün genel kadın⁶⁷ların haftada iki defa, on sekiz yaşını bitirmiş ancak yirmi bir yaşını bitirmemiş genel kadınların ise on günde bir defa resmi hekim tarafından muayene edilmesinin zorunlu olduğunu düzenlenmiştir.

Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği⁶⁸'nin 18. maddesi uyarınca öğrenci adayları, öğrenciler, atamaları yapılacak memur adayları ve emniyet teşkilatında çalışan bütün hizmet sınıflarına ait personel yönetmeliğin üçüncü ekinde sınıflandırılmış hastalıklara dair rapor almakla yükümlüdür. Yönetmeliğin üçüncü ekinin “*Üroloji/ Kadın Hastalıkları ve Doğum*” isimli sekizinci bölümünde kişilerin genital muayenelerinin yapılmasını gerektirecek bazı hastalıklara yer verildiğinden bu yönetmelik uyarınca genital muayene yapılmaktadır.

⁶⁶ 19.04.1961 tarih 10786 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş tüzük.

⁶⁷ “*Genel Kadın*” ifadesi ilgili tüzükte terim olarak kullanılmış tüzüğün 15. maddesinde “*Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Genel kadın ifadesinin cinsiyetçi ve aşağılayıcı bir ifade olması nedeniyle yerine “seks işçisi kadın” yahut “fuhuş yapan kadın” kavramları tercih edilmektedir. Seks işçisi ifadesinin fuhuş meşrulaştırdığı ve bireylerin fuhuşa zorlandıklarını gerçeğini göz ardı ettiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüşler ve eleştirileri için bkz. Ozan **YILMAZ**, “Seks İşçiliği Terimi ve Öneriler” için bkz. kaosgl.org/gokkusagi-forumu-kose-yazisi/seks-isciligi-terimi-ve-oneriler (Erişim tarihi: 20.01.2022). Seks işçiliği kavramının fuhuş kavramından daha geniş olduğu, fiziksel bir cinsel münasebet gerçekleşmeyen seks işçisi çeşitlerinin bulunduğu (Eskortluk, telefon arkadaşlığı hizmetleri vb.) ve tüzüğün bulaşıcı hastalıklarla mücadele etme amacıyla düzenlenmesine rağmen yalnızca fuhuş yapan kadınlar bakımından hükümler öngörmesi cinsiyetçi ve eşitsiz bir uygulamaya sebep olduğundan fuhuş yapan erkekler ve trans bireylerin de düzenleme kapsamına alınarak “*fuhuş yapan kişiler*” ifadesinin tercih edilmesi yerinde olacaktır.

⁶⁸ 03.01.2018 tarih 30290 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş yönetmelik.

Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliđi⁶⁹'nin 35. maddesinde askeri okullara alınacak kız öğrencilerin genital muayenesinin yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddede açıkça kız öğrencilerde hymen muayenesi yapılamayacağı belirtilmiştir.



⁶⁹ 11.11.2016 tarih 29885 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş yönetmelik.

İKİNCİ BÖLÜM

GENİTAL MUAYENE SUÇUNUN YAPISI VE UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Ülkemizde “bekaret kontrolü” adı altında kadınların hymen muayenesi⁷⁰ gerçekleştirilmektedir. Ataerkil zihniyetin kadınlar üzerinde bir baskı aracı olarak kullandığı hymen kontrolleri zorla gerçekleştirilen genital muayenelerdir. Türkiye’de 1980li yıllardan 2000li yıllara kadar insanlık onuruna aykırı, aşağılayıcı bu uygulamaya sıkça rastlanmaktadır. Bu yıllar arasında eğitim kurumlarında ve eğitim yurtlarında kadın öğrencilere bu muayenelerin sıkça yaptırıldığı görülmektedir⁷¹. Mülga “Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Disiplin ve Ödül Yönetmeliği”⁷²,nin 17/ç-4 maddesi uyarınca “*iffetsizliği tespit edilmiş olmak, herhangi bir kimsenin iffet ve namusuna tecavüz etmek*” fiilleri örgün eğitim dışına çıkarma cezasını gerektirir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Yine Mülga Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Benzeri Kurumlar Yönetmeliği⁷³,nin 40/c hükmünde “*Yurt içinde veya dışında iffete mugayir*

⁷⁰ İki parmak muayenesi, bekaret kontrolü, kızlık zarı kontrolü olarak bilinen hymen muayenesi, bir kadının cinsel ilişkide bulunup bulunmadığının anlaşılabilmesi için yapılan bir muayenedir. Bu muayenenin bilimsel veya tıbbi açıdan bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu muayene evlenmemiş kadınlara yaptırılan “namus ve sosyal değerleri” değerlendirmek için yapılır. Hymen muayenesi aşağılayıcı, küçük düşürücü ve onur kırıcı bir muamele olup kişiye acı ve travma yaşatabilmektedir. DSÖ’nün hymen muayenelerine ilişkin yayımlamış olduğu “*Eliminating Virginity Testing: An Interagency Statement*” başlıklı metin için bkz. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/275451/WHO-RHR-18.15-eng.pdf?ua=1> (Erişim tarihi: 22.02.2022).

⁷¹ TTB’nin Kadın Hekimlik ve Kadın Sağlığı Kolu tarafından yayımlanan duyurusu için bkz. https://www.ttb.org.tr/kollar/kadinhekim/haber_goster.php?Guid=7f4c0914-b0b5-11eb-ac88-6f4a24d5c34f (Erişim tarihi: 17.02.2022).

⁷² 31.01.1995 tarih 22188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Disiplin ve Ödül Yönetmeliği.

⁷³ 04.12.1972 tarih 14381 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Benzeri Kurumlar Yönetmeliği.

harekette bulunmak” yurttan çıkarma cezası uygulamayı gerektirir fiil olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler doğrultusunda eğitim kurumlarında ve öğrenci yurtlarında iffetsizliğinin tespiti için kadın öğrenciler zorla genital muayeneye tabi tutulmuştur. Rıza hilafına gerçekleştirilen bu uygulamalar sonrasında öğrencilerin intihara kalkışmaları neticesinde tepkiler gündeme gelmiştir. Hukuka aykırı bu muayenelerin önüne geçilebilmesi için yurtlarda ve eğitim kurumlarında zorla genital muayene yapılmasını meşru kılan bu hükümler ilga edilmiştir⁷⁴.

TTB ve Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü’nün 1998 yılında yapmış olduğu araştırmaya katılan 30 kadın jinekologdan her birinin en az 15 kez hymen muayenesi yaptığı ve araştırmaya katılan 25 kadın jinekoloğun bu muayenenin yapılmasının gerekli gördüğü ortaya çıkmıştır. Yapılan başka bir araştırmada ise Türkiye’de ebe hemşirelerin %80.2’sinin bir kadın doğum uzmanı ile birlikte hymen muayenesi gerçekleştirdiği ortaya çıkmıştır⁷⁵.

Rıza hilafına gerçekleştirilen hymen muayeneleri, kişi üzerinde ciddi travmalar ve manevi zararlar doğmasına neden olmaktadır. 6000 intihar vakası üzerinde yapılan inceleme neticesinde bu vakaların 978’inin cinsel nedenlerden kaynaklandığı, 133’ünün ise bekaret kaybindan kaynaklandığı ortaya çıkmıştır⁷⁶.

⁷⁴ Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Disiplin ve Ödül Yönetmeliği’nin 17/4-ç hükmü 06.02.2002 tarih 24679 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Disiplin ve Ödül Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik madde 7 uyarınca yürürlükten kaldırılarak ilga edilmiştir. Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Benzeri Kurumlar Yönetmeliği’nin 40/c hükmü ise 17.03.1989 tarih 20111 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Öğrenci Yurtları ile Benzeri Kurumların Açılması, İşletilmesi, Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik madde 56 uyarınca yürürlükten kaldırılarak ilga edilmiştir.

⁷⁵ Hymen muayeneleri hakkında yapılan araştırmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elif GÜRSOY, “Kızlık Zarı Muayenesi/Bekaret Denetimi”, 2004, s. 5 vd.. http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kizlik_muiayenesi.pdf (Erişim tarihi: 21.02.2022).

⁷⁶ GÜRSOY, s. 5.

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bu muayenelere uygulamada sıkça rastlanılması, hatta bu muayenelerin yapılmasına izin veren mevzuat hükümlerinin varlığı karşısında bireyin özgürlüklerini ve bireyin adli makamlar karşısında korunmasını sağlamak için keyfi genital muayenelerin önüne geçmek amacıyla suç ihdas etme gereği ortaya çıkmıştır⁷⁷. İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch), Türkiye’de gerçekleştirilen hymen muayeneleri hakkında 1994 yılında rapor hazırlamıştır. Bu raporda, Türk hukukunda yalnızca cinsel saldırı şikayeti bulunan kadınların hakim veya savcı izni alınarak jinekolojik muayeneye tabi tutulabileceği yönünde hukuk reformuna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁸.

765 sayılı TCK’de karşılığı bulunmayan Genital Muayene Suçu *özgürlükçü ceza hukuku anlayışı*⁷⁹ gereği kişilerin adli keyfiliklerden zarar görmesini önlemek amacıyla ilk defa 5237 sayılı TCK’de özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabın “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hüküm*” başlıklı dördüncü kısmının “*Adliye Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde 287. maddede iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

Hükmün birinci fıkrasına göre “*Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla*

⁷⁷ NUHOĞLU, s. 2988.

⁷⁸ Human Rights Watch, “*A Matter of Power – State Control of Women’s virginity in Turkey*”, Haziran 1994, C. 6, S. 7 raporu için bkz. <https://www.hrw.org/reports/1994/turkey/TURKEY.pdf> (Erişim tarihi : 21.03.2022).

⁷⁹ Özgürlükçü ceza hukuku, hem özel ve kamusal sùjelerin saldırılarına karşı vatandaşın temel hak ve özgürlüklerini koruyan hem ortak yaşam için gerekli koşulları koruyan sosyal savunma ve özgürlükler arasında denge oluşturan bir ceza hukuku anlayışıdır. Bireylerin eşitlikçi ve özgürlükçü bir ceza hukuku düzeniyle adli keyfiliklerden zarar görmesinin engellenmesi hedeflenmektedir. Özgürlükçü ceza hukuku anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat **TOROSLU**, Türk Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 20, Ankara 2014, s. 22, 23.

kadar hapis cezasına hükmolunur.”⁸⁰. İkinci fıkrada “Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz” şeklinde düzenleme yapılarak hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bu hükme göre tedavi ve kamusal sağlığın korunması amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hallerde genital muayene yapılması hukuka uygundur⁸¹.

Hükmün gerekçesinde “Madde metninde hukuka aykırı biçimde genital muayene yapılması, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.” ifadesine yer verilmiştir⁸². Madde gerekçesinde suçu adliye karşı suçlar arasında düzenlenmesinin gerekçesine yer verilmemiş ve yalnızca hükmün kapsamını adli vakıalar dahilinde gerçekleşen hukuka aykırı genital muayenelerle sınırlamamıştır

Daha önce de belirtildiği üzere TCK m. 287’de düzenlenen suç bakımından kanun koyucu CMK m. 75 ve 76 hükümlerinde yer alan beden muayenesi kavramı yerine genital muayene kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu tercih yasa tasarısı esnasında komisyonda ve doktrinde eleştirilmiştir⁸³.

⁸⁰ TBMM Adalet Komisyonunda birinci fıkranın kabul edilen ilk hali “Yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde, fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklindedir. İktidar ve muhalefet partilerine mensup bazı milletvekillerinin değişiklik önergesi neticesinde muayeneyi yapan kişi bakımından açıklık bulunmadığı gerekçesiyle metne muayeneyi yapan sözcükleri eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinin ayrıntıları için bkz. İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, B. 3, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2006, s. 1056.

⁸¹ Süheyl DONAY, Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, İstanbul 2007, s. 410.

⁸² ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1056; Hasan GERÇEKER, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara 2011, s. 2942.

⁸³ TBMM Adalet Komisyonu’na kabul edilen TCK m. 287 hükmü CMK’de ayrıntılı olarak düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi, diğer kişilerin beden muayenesi hükümlerinden farklı olarak düzenlenmesi isabetli bulmayan karşı oy yazısı için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Y.:2, Sıra S.: 664, s. 678 için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> (Erişim tarihi: 22.11.2021).

II. HUKUKİ KONU

Her suç, bir hukuki himaye altındaki bir varlığın veya hukuki menfaatin ihlalidir⁸⁴. Suçun hukuki konusu, ceza normunun ceza tehdidi ile korumayı amaçladığı hukuki değer veya hukuki menfaattir⁸⁵. Doktrinde her suçun bir hukuki konusunun olduğu kabul edilmektedir.

Genital muayene suçunun hukuki konusuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, genital muayene suçunun TCK'nin "*Adliyyeye Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmesinden hareketle suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin adliyenin işleyişi, adliyenin faaliyetlerinin gereği gibi işlemesi olduğunu ileri sürmektedir⁸⁶. Bazı yazarlar ise bu suçla korunmak istenen hukuki menfaatin kişinin cinsel dokunulmazlığı, vücut dokunulmazlığı ve kişilerin özel yaşamının gizliliği olduğunu ileri sürmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, B. 1, Ankara 2019, s. 159.

⁸⁵ Zeki **HAFIZOĞULLARI**/Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 199.

⁸⁶ Ali **PARLAR**/Muzaffer **HATİPOĞLU**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, Ankara 2008, s. 3977; NUHOĞLU, s. 2992; Özgür **BEYAZIT**, "*Genital Muayene Suçu*", CHD, S. 13, Y. 5, Ağustos 2010, s. 154.

⁸⁷ Zeki **HAFIZOĞULLARI**/Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 233; Osman **YAŞAR**/Hasan Tahsin **GÖKCAN**/Mustafa **ARTUÇ**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Ankara 2014, s. 8432; Durmuş **TEZCAN**/Mustafa Ruhan **ERDEM**/Rıfat Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018, s. 1262; Yener **ÜNVER**, TCK'da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, Ankara 2016, s. 455; Özlem **YENERER ÇAKMUT**, "*Türk Ceza Yasasında Genital Muayene Suçu*", Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, İstanbul 2012, s. 51; Oğuzhan **DEMİR**, "*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*", SHD, C. 5, S. 2, Aralık 2017, s. 127; Fulya **EROĞLU**, "*Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)*", GSÜHFD, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 2, 2010/1, s. 1129; Nejdet **ŞATIR**, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2018, s. 606; Ercan **POYRAZ**, "*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*", THD, C.8, S. 82, Haziran 2013, s. 15, 16; İbrahim **DÜLGER**, "*Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287)*", EÜHFD, C. 3, S. 2, 2008, s. 47; Namık Kemal **TOPÇU**, "*Genital Muayene Suçu*", TIPHD, S. 5, İstanbul 2014, s. 121; Nesrin **ÖZKAYA**, "*Genital*

Doktrinde yer alan üçüncü bir görüş, bu suçla korunmak istenen birden fazla hukuki menfaatin bulunduğunu ve bu suçun birden fazla hukuki konusunun bulunduğunu ileri sürmektedir. Buna göre genital muayene suçunun korumak istediği menfaat hem adliyenin işleyişi hem bireyin vücut dokunulmazlığı, cinsel özgürlüğü ve özel hayatının gizliliğidir⁸⁸.

Ceza kanunun özel kısmının tasnif edilmesi hem yasama tekniği yönünden hem de ilmi yönden büyük önem taşımaktadır. Suçların tasnifinde; suçun manevi unsuru, saik, fail, pasif süje, ceza, hareket ve netice, zaman ve yer, suçun maddi konusu veya suçun hukuki konusu kriterleri esas alınabilir. Suçların tasnifinde suçun hukuki konusunun esas alınması klasik ceza hukuku okulunun çalışmalarının sonucudur. Doktrinde hakim anlayış ceza kanunun özel kısmının sistematığının ve dolayısıyla suçların tasnifinin suçların hukuki konularının farklılığına istinaden oluşturulması gerektiği yönündedir⁸⁹.

5237 sayılı TCK'nin özel hükümleri, suçların tasnifinde suçla ihlal edilen ve ceza ile korunmak istenen hukuki değer veya menfaati esas almaktadır⁹⁰. Bu nedenle suçun hukuki konusu tespit edilirken düzenlendiği yer göz önüne alınmalıdır. Her suçun bir hukuki konusu vardır ancak bir suçun birden fazla hukuki konusu olabilir. TCK'de

Muayene Suçu", TIPHD, S. 2, İstanbul 2012, s. 51, 52; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 1153; FIRAT, s. 65.

⁸⁸ Mehmet Nihat **KANBUR**, "*Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 287)*", CHD, S. 16, Y. 6, Ağustos 2011, s. 10; Aydın **AYGÜN**, "*Genital Muayene Suçu*", TAAD, Y. 7, S. 26, s. 379; Hasan Tahsin **KEÇELİGİL**, "*Türk Ceza Kanunu ve Genital Muayene Suçu*", THD, C. 11, S. 119, Temmuz 2016, s. 158; Hakan **HAKERİ**, Tıp Hukuku, B. 15, Ankara 2019, s. 582; Necati **MERAN**, Açıklamalı – İctihatlı Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 798.

⁸⁹ TOROSLU, Hukuki Konu, s. 72-81.

⁹⁰ Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Ankara 2014, s. 252.

düzenlenen birçok suçun birden fazla hukuki değeri korumayı amaçladığı söylenebilir⁹¹. Birden fazla hukuki değeri koruyan suçlar bakımından kanun koyucu menfaatlerden hangisini önemli görmekte ise normu kanunun o değere ilişkin bölümünde düzenlemektedir⁹².

Genital muayene suçu TCK'nin "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hüküm*" başlıklı dördüncü kısmının "*Adliye Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlenme yerine bakıldığında kanun koyucunun bu suçla korunmak istenen menfaati adliyenin işleyişi ve korunması olarak tayin ettiğini söylemek mümkündür. Genital muayene suçunun hukuki konusu düzenlendiği yer itibarıyla öncelikle adliyenin işleyişi ve iradesidir. Ancak bu suçun birden fazla hukuki konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Adliyenin işleyişi ve iradesinin yanı sıra kişi hürriyeti, vücut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği de bu suç düzenlemesiyle korunmak istenen hukuki menfaatlerdir. Bu nedenle genital muayene suçu çok ihlalli suçlardandır.

Genital muayene suçunun bir adli vaka kapsamında işlenmesi halinde failin fiili gerçekleştirmesiyle ceza normunun korumak istediği adliyenin gereği gibi faaliyet göstermesi, adliyenin iradesine karşı gelinmemesi menfaatini ihlal etmiş olacaktır. Ancak bu suçla kişilerin vücut dokunulmazlığının ve kişi hürriyetinin korunması da amaçlanmaktadır. Nihayetinde hukuka aykırı gerçekleştirilen her genital muayene kişinin vücut dokunulmazlığının da ihlali anlamına gelmektedir. Ayrıca hukuka aykırı genital muayenelerin adliyenin korunması menfaatini ihlal etmeyecek şekilde

⁹¹ TCK'de birden fazla değeri ihlal eden birçok suç düzenlemesi bulunmaktadır. Bu suçlara çok ihlalli suçlar denmektedir. Özellikle bileşik suçların birden fazla hukuki konusu bulunduğunu söylemek mümkündür. Birden fazla hukuki konusu bulunan suçlara her kısım ve bölümde rastlamak mümkündür. Örneğin yağma, konutta hırsızlık, iftira suçları çok ihlalli suçlardandır. Çok ihlalli suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 206.

⁹² SOYASLAN, s. 253, 254.

gerçekleşmesi de mümkündür. Adli bir vaka bulunmadığı halde kişiyi genital muayeneye gönderen ve bu genital muayeneyi yapan faillerin fiilleriyle adliyenin korunması menfaatinin ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle genital muayene suçunun birden fazla hukuki konusu bulunduğunu, bu suç düzenlemesiyle öncelikle adliyenin korunmasının amaçlandığını, bununla birlikte kişinin vücut dokunulmazlığı ve kişi hürriyetinin de bu suçla korunmak istenen menfaatlerden olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır.

Doktrinde genital muayene suçunun “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı bölümde düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Kanun koyucunun genital muayene suçunu adliyeye karşı suçlar başlığı altında düzenlemiş olması, bu suçla korunan öncelikli değer bireyin vücut dokunulmazlığı, bireyin özgür iradesine müdahale edilmemesi olarak görmediğini ortaya koymaktadır.

Kanun koyucu adliyenin irade ve işleyişini genital muayene suçu ile ihlal edilen asıl hukuki değer olarak belirlemiştir. Bu tercih, 5237 sayılı TCK’nin temel felsefesinin insan merkezli olduğu iddiasıyla çelişmektedir⁹³. Nitekim Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından yeni kanunda kişilere karşı suçların devletin şahsiyetine karşı suçlara göre öncelikli olarak düzenlendiği ifade edilerek bireyin sahip olduğu hukuki değerlerle hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ceza kanununun amacı olarak belirtilmiştir⁹⁴. Ancak genital muayene suçunun adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenerek bireyin temel hak ve özgürlükleri yerine idarenin işleyişinin öncelikli

⁹³ DÜLGER, s. 47; Eser **OLGUN**, “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287), KHÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 2013, s. 32, 33.

⁹⁴ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün “*Bakanlığımızca Hazırlanan Temel Ceza Kanunları ile Ceza Hukukumuzda Getirilen Yenilikler*” isimli yayımlanan yazısı için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/diger/kgmbrifing.doc (Erişim tarihi: 22.11.2021).

menfaat olarak belirlenmesi bireyi temel alan ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

Kanun koyucu bu suçu adliye karşı suçlar arasında düzenleyerek adliyenin iradesine karşı gelinmesi, adliyenin işleyişinin korunmasını suçla korunmak istenen esas menfaat olarak tayin etmiştir. Ancak bu suç düzenlemesiyle aynı zamanda kişinin vücut dokunulmazlığının, özel hayatının gizliliğinin de korunmak istendiği açıktır. Bu nedenle TCK m. 287’de düzenlenen bu suçun, bireyin beden bütünlüğünü ve vücut dokunulmazlığının korunması, cinsel dokunulmazlığını da kapsayacak geniş bir anlama sahip olması nedeniyle kanunun sistematigi açısından kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerekmektedir⁹⁵.

III. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, suçu oluşturan davranışın üzerinde meydana geldiği kişi veya şeydir⁹⁶. Ancak suçun maddi konusu davranışın somut olarak üzerinde gerçekleştirildiği her kişi veya şey değil suçun kanuni tanımında tarif edilen şahıs veya şeydir⁹⁷.

Doktrinde bazı yazarlar genital muayene suçunun maddi konusunun “*yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın yapılan genital muayene işlemi*” olduğunu ileri sürmektedirler⁹⁸. Ancak “*yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın yapılan genital*

⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1262; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 233; DÜLGER, s. 48; KEÇELİGİL, s. 158; BEYAZIT, s. 154; EROĞLU, s. 1129.

⁹⁶ Faruk EREM, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 15.

⁹⁷ TOROSLU, Suçun Hukuki Konusu, s. 184.

⁹⁸ MERAN, s. 800; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3978.

muayene işlemi” suçu oluşturan hareketlerden birisi olup suçun maddi konusunu oluşturmamaktadır⁹⁹.

Suçun konusu, genital muayeneye gönderilen veya muayene edilen bireyin genital organlarıdır. Nitekim suçun üzerinde işlendiği şey muayeneye gönderilen veya muayene edilen kişinin genital organları, bir başka deyişle üreme organlarıdır¹⁰⁰. Kişinin genital organlarına ilişkin ayrıntılı tanımlara çalışmanın birinci bölümünde genital muayene kavramı başlığı altında yer verildiğinden tekrar değinilmeyecektir.

Doktrinde kişinin anüs bölgesinin muayenesinin bu suçun kapsamına girip girmediği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar her ne kadar genital kavramı tıbbi terim olarak anüs bölgesini ihtiva etmese de hukuken anal muayenesinin genital muayene kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre CMK m. 75/4 hükmü anüs bölgesini de kapsamakta olup bu düzenlemeye paralel olarak genital muayene suçunun da anüs bölgesini kapsaması gerekmektedir¹⁰¹. Doktrinde anüs bölgesinin jinekolojik açıdan dış genital bölge olarak kabul edildiği, bu nedenle genital muayene fiili kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş de mevcuttur¹⁰².

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre; genital kavramı anüs bölgesini kapsamadığından yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişinin anal muayeneye

⁹⁹ DÜLGER, s. 48.

¹⁰⁰ HAKERİ, s. 582; DÜLGER, s. 48; ÖZKAYA, s. 53.

¹⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1263, 1264; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8434; MERAN, s. 800; TOPÇU, s. 123.

¹⁰² HAKERİ, s. 584; DEMİR, s. 131; Tuba ÖZALP/Faruk ÖZALP, Hekimin Cezai Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2016, 318; Ali PARLAR/Muzaffer HATİPOĞLU, Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 846.

gönderilmesi veya kişinin anal muayenesinin yapılması bu suça mevcudiyet vermeyecektir¹⁰³. Genital muayene kavramı, iç ve dış beden muayenesi kavramından farklıdır. TCK m. 287'nin mevcut düzenlemesi açık bir şekilde genital muayeneyi kapsamaktadır. “Genital” terimi anal ve oral bölgeyi kapsamamaktadır. Bu nedenle anal ve oral muayenelerin bu suç kapsamında değerlendirilmesi TCK m. 2/3 hükmü uyarınca kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmasına neden olacaktır¹⁰⁴. Bu nedenle anüs bölgesinin bu suçun kapsamında değerlendirilmesi yönündeki görüşe suça ve cezada kanunilik ilkesine¹⁰⁵ ve ceza hukukunda kıyas yasağına aykırılık teşkil ettiğinden katılmamaktayız.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir uzantısı olarak TCK m. 2/3 hükmünde kıyas yasağı düzenlenmiştir. Kıyas kanunun kapsamına dahil edilmemiş alanların benzer nitelikteki hükümler göz önüne alınarak somut olaya uygulanmasıdır. Bu anlamda kıyas; yorumdan farklı olarak kanun koyucunun iradesini ortaya koymak ve kanunun anlamlandırmak için değil boşlukların doldurulması amacıyla yapılır¹⁰⁶. Yorum ise; hukuk kuralından kanun koyucunun iradesinin ortaya konulmasıdır. Ceza hukukunda kıyasa varan genişletici yorum yasaktır. Bir diğer deyişle kanunda bulunan boşlukların genişletici yorum vasıtası ile doldurulması mümkün değildir¹⁰⁷.

¹⁰³ ÜNVER, s. 451; KANBUR, s. 11, 12; DÜLGER, s. 57, 58; DONAY, s. 410; AYGÜN, s. 385.

¹⁰⁴ ÜNVER, s. 449; DÜLGER, s. 57; POYRAZ, s. 16.

¹⁰⁵ Ceza hukukunda kanunilik ilkesi kişinin hürriyetlerinin sınırlarının çizilmesi ve bu sınırlar dahilinde hareket edilebilmesini güvence altına alan temel bir ilkedir. Aydınlanma düşüncesi ile devlet karşısında bireye değer atfedilmesi ve hukuk sistemi ile denetlenen devlet algısının geliştirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Kanunilik ilkesinin kavramsal ve tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Selami MAHMUTOĞLU/Serra KARADENİZ, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, B.2, İstanbul 2021, s. 6 – 26.

¹⁰⁶ Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2012, s. 112.

¹⁰⁷ DEMİRBAŞ, s. 119.

TCK m. 287 hükmü bakımından kişinin anüs muayenesine gönderilmesi veya anüs muayenesinin yapılması halinde suçun oluşup oluşmayacağı yönünden kanunda boşluk bulunmaktadır. Kanun koyucunun iradesinin anüs muayenesini de kapsayacak şekilde olduğu yönünde bir yorum ile suçun kapsamının kanun lafzına aykırı olarak genişletilmesi genişletici yorum yasağına aykırılık teşkil edecektir. Kanunda bulunan boşluğun kıyas yolu ile doldurulması mümkün değildir. Bu nedenle yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişinin anüs muayenesine gönderilmesi ve anüs muayenesinin yapılması halinde TCK m. 287 uyarınca suç oluşmayacaktır.

TBMM Genel Kurulu'nda genital muayene suçunun görüşüldüğü esnada genital kelimesinin anüs bölgesini de kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde teklifte bulunulmasına rağmen TBMM Genel Kurulu kanun metninde herhangi bir değişikliğe yer vermemiştir. Bu nedenle kanun koyucunun amacının, madde kapsamına anüs bölgesinin muayenesini dahil etmemek olduğunu ileri sürmek mümkündür¹⁰⁸.

Doktrinde anal muayenenin genital muayene kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ileri süren yazarlar tarafından mevcut düzenlemenin CMK m.75-76 hükümlerine paralel şekilde “*iç beden muayenesi*” ifadesinin kullanılacak şekilde değiştirilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁰⁹. Doktrinde yine anüs bölgesinin suç kapsamına alınabilmesi için genital muayene kavramı yerine “*cinsel ilişki muayenesi*” kavramının kullanılması önerilmiştir¹¹⁰. Ancak bu görüşe genital ve anal bölge muayenelerinin yalnızca cinsel ilişkinin tespiti anlamına gelmemesi nedeniyle katılmak mümkün değildir. Nitekim cinsel ilişki muayenesi kavramı tercih edildiğinde de

¹⁰⁸ Niyazi GÜNEY/Kenan ÖZDEMİR/Yusuf Solmaz BALO, Notlu - Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. ; KANBUR, s. 11.

¹⁰⁹ BEYAZIT, s. 164.

¹¹⁰ DÜLGER, s. 58.

cezaevlerinde yasaklı maddelerin saklanması önüne geçmek maksadıyla yapılan genital ve anal muayeneler gibi muayeneler kapsam dışında kalacaktır.

IV. FAİL

Kanunda suç olarak tanımlanmış olan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Bazı suç tiplerinde failin belirli bir hukuki veya fiili durumda bulunması gerekmektedir. Bir diğer deyişle kimi suçlar ancak belli kimseler tarafından işlenebilmektedir. Herkes tarafından işlenemeyen bu suçlara öğretide “*özgü(mahsus) suç*” denmektedir¹¹¹.

Genital muayene suçunun özgü suç olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayene gönderen kişi bakımından suçun failinin herkes olabileceği kabul edilmektedir. Kişiyi yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderen her gerçek kişi bu suçun faili olabilmektedir¹¹².

Doktrinde bazı yazarlar tarafından yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın genital muayeneyi yapan kişinin fiili bakımından suçun özgü suç olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre muayene kavramı tıbbi bir kavram olup yalnızca hekimler ve sağlık personelleri tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle diğer kişiler tarafından yapılan müdahalelerin muayene olarak kabul edilemeyecektir. Bu görüşe

¹¹¹ TOROSLU, Genel Kısım, s. 99, 100.

¹¹² DÜLGER, s. 49; HAKERİ, s. 582; BEYAZIT, s. 155; EROĞLU, s. 1131; KANBUR, s. 13; DEMİR, s.128; POYRAZ, s. 16; TOPÇU, s. 125.

göre sağlık mesleği mensubu olmayan kimselerin bu fiilleri yaralama suçunu veya şartları söz konusu ise cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır¹¹³.

Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise kanun koyucunun faile ilişkin herhangi bir belirleme yapmadığını, failin sağlık personeli olması gerektiğine dair dolaylı bir belirleme yapılmasının mümkün olmadığını bu nedenle genital muayene yapma fiili bakımından da suçun özgü suç niteliği bulunmadığı ileri sürülmektedir¹¹⁴.

Muayene kelimesinin daha önce yer verilen tanımı ve bu kelimenin tıbbi muayeneler dışı kullanım alanlarının da bulunduğu göz önüne alındığında bu görüşe katılmamaktayız. Muayene, yapılan bu tanımlara göre yalnızca sağlık personellerinin gerçekleştirebileceği bir işlem değildir. Doktrinde bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için sağlık personeli tarafından yapılmış olması şartı aranmaktadır¹¹⁵. Ancak bu durum muayene bakımından geçerli değildir. TCK m. 287 hükmünde tıbbi müdahale kavramı yerine genital muayene kavramı kullanılmış olup bu muayenenin sağlık personeli tarafından yapıp yapılmadığının bir önemi yoktur.

CMK'nin 75/3 hükmünde ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmelik'te beden muayenesinin ancak hekim ve sağlık personeli tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Ancak bu belirleme TCK m. 287 hükmünde fail için getirilmemiştir. Beden muayenesi için getirilen bu şart

¹¹³ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1056; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 1153; NUHOĞLU, s. 2994; HAKERİ, s. 583; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3978; DEMİR, s. 132; KANBUR, s. 15, 16; ŞATIR, s. 606; ÖZALP/ÖZALP, s. 317; AYGÜN, s. 382; Sunay AKYILDIZ/Hasan ÖZKAN, Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, B. 2, Ankara 2012, s. 204.

¹¹⁴ ÜNVER, s. 446; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1263; HAFIZOĞULLAR/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 233; YENERER ÇAKMUT, s. 52; EROĞLU, s.1133; BEYAZIT, s. 156; DÜLGER, s. 51; OLGUN, s. 37; FIRAT, s. 67, 70; ÖZKAYA, s. 54.

¹¹⁵ Mehmet AYAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 6.

yalnızca elde edilen bulguların ve hazırlanan raporların delil niteliği taşıması için getirilmiştir¹¹⁶. Bu nedenle CMK m. 75/3 ve yönetmeliğin 4, 7, 11. maddelerinde aranan niteliklerin genital muayene suçunun yapma seçimlik hareketi bakımından da arandığı görüşüne katılmamaktayız.

Gerçekten de kanunun düzenleniş şekline bakıldığında fail bakımından açık veya örtülü biçimde herhangi bir özellik aranmadığı, fail bakımından kısıtlama getirilmediği görülmektedir. Suçun iki seçimlik hareketi bakımından da kanun koyucu herhangi bir belirleme yapmadığından her gerçek kişi bu suçun faili olabilecektir. Bu nedenle bu suçun özgü suç olmadığını ve herkes tarafından işlenebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Hymen muayenesi, özel bir tıp bilgisi gerektirmeyen basit bir araştırmayla yapılması mümkün olan bir muayenedir. Bu tür muayenelerin ülkemizde sağlık personeli olmayan kişilerce yapıldığı bilinmektedir¹¹⁷. Bu nedenle genital muayene suçunun özgü suç olmadığının kabulü gerekmektedir.

Genital muayene suçunun faili bakımından bir diğer tartışmalı husus ebeveynlerin bu suçun faili olup olamayacağıdır. Doktrinde yer alan bir görüş ebeveynlerin bu suçun faili olamayacaklarını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; ebeveynler, reşit olmayan çocuk üzerinde rıza gösterme yetkisini haiz olduklarından çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkını da haizlerdirler¹¹⁸. Bu görüşü savunan bazı yazarlar anne ve babanın 18 yaşını doldurmamış çocukları bakımından koruma içgüdüğü ile hareket

¹¹⁶ POYRAZ, s. 18.

¹¹⁷ TOPÇU, s. 129.

¹¹⁸ HAKERİ, s. 582; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8433; BEYAZIT, s. 156.

edeceklerini ve velayet hakkını kullanarak çocuklarının vücutları üzerinde tasarrufta bulunabileceklerini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre koruma ve gözetme ödevleri bulunan ebeveynlerin suç işleme kastlarının olduğundan bahsetmek mümkün değildir¹¹⁹.

Ebeveynin koruma içgüdüğü ile hareket edeceği ön kabulü ile kastının olmadığı ileri süren görüş öğretilde eleştirilmiştir. Güdü ile eşanlamlı olarak saik kavramı ceza hukuku öğretisinde, faili harekete geçiren sebep olarak tanımlanmaktadır. Kast ise TCK m. 21’de suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmek ve istemek olarak tanımlanmıştır. Saik ile kast birbirinden farklı kavramlardır. Failin saiki suç, genel teorisine göre yalnızca kanun koyucu tarafından suçun bir unsuru olarak veya suça etki eden neden olarak özel olarak düzenlendiğinde önem taşır¹²⁰. Buna göre bu suç bakımından failin saiki bir önem arz etmemektedir¹²¹. Saik TCK m. 61/1 uyarınca cezanın kişiselleştirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılmaktadır¹²². Bu nedenle ebeveynin koruma saikiyle hareket ettiği takdirde kasten genital muayene suçunu işleyemeyeceğini ileri sürmek isabetli olmayacaktır. Ebeveynin saiki yalnızca TCK m. 61/1 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak dikkate alınacaktır¹²³.

¹¹⁹ BEYAZIT, s. 156.

¹²⁰ Sulhi **DÖNMEZER**/Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 14, İstanbul 2019 s. 473, 474.

¹²¹ EROĞLU, s. 1132.

¹²² Amaç ve saik kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk **TOROSLU**, “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 697 – 705.

¹²³ Failin saikinin cezanın bireyselleştirilmesine etkisi için bkz. Erdal **YERDELEN**, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Konya 2012, s. 231-235.

Ebeveynlerin bu suçun faili olamayacağını ileri süren bazı yazarlar, çocuğun belirli bir yaştan itibaren rıza gösterme yetkisinin bulunduğu hallerde yapılan muayeneye itiraz etme hakkının da bulunduğunu, bu nedenle çocuğun itirazı üzerine genital muayenenin yapılamayacağını ileri sürmektedirler¹²⁴.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre; ebeveynin çocuğu muayene götürmesi fiilinin kanunda seçimlik davranış modellerine uygun olmadığını ileri sürmektedir. Göndermek ile götürmek eylemleri farklılık gösterdiğinden ebeveynin çocuğu muayene götürmesi halinde suçun unsuru gerçekleşmeyecektir. Bu durum ciddi bir kanuni düzenleme hatası olup götüren kişi bakımından fiil suç teşkil etmeyecektir. Ancak aynı ebeveyn, çocuğunu genital muayeneye götürmek yerine gönderirse bu suçun faili olabilecektir¹²⁵. Daha sonra iştirak başlıklı kısımda değinileceği üzere götüren kişinin iştirakin diğer şartlarının bulunması halinde iştirak hükümlerince cezai sorumluluğu doğacaktır. Çocuğunu yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın hukuka aykırı olarak genital muayeneye götüren ebeveynin şartları mevcutsa bu fiilinin iştirak hükümlerince cezalandırılabilceğini söylemek mümkündür.

Doktrinde ebeveynin fail olup olamayacağı yönündeki tartışmaların özünü velayet hakkının kapsamı, bu hakkın sınırları oluşturmaktadır. 4721 sayılı TMK uyarınca 18 yaşını doldurmayan kişiler mahkemece aksine karar verilmediği müddetçe anne ve babanın velayeti altındadır. Velayetin asıl amacı çocuğun kişi varlığının korunması, mal varlığının korunması, çocuğun temsil edilmesi ve nihayetinde çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırmaktır. Bu amaç aynı zamanda velayet hakkının da sınırlarını belirlemektedir. Buna göre çocuğun korunması, temsil edilmesi, bağımsız bir kişilik

¹²⁴ HAKERİ, s. 582, 583.

¹²⁵ ÜNVER, s. 445, 446.

kazanması amacıyla gerçekleştirilmeyen müdahalelerin velayet hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemek mümkündür¹²⁶. TMK'nin 339. maddesi velayet hakkının kullanılırken çocuğun menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Yine TMK'nin 348. maddesi velayet hakkının çocuğun yararına kullanılmadığı hallerde velayetin kaldırılmasını düzenlemiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri de çocuğun üstün yararının gözetilmesi yönündedir. Bu sözleşmenin 16. maddesi açık bir şekilde çocukların özel yaşantısına keyfi müdahalede bulunulamayacağı, onur ve itibarına saldırlamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, velayet hakkı esasında çocuğun yararına hizmet eden, anne ve babanın kendi çıkarı doğrultusunda kullanılamayacak bir kurumdur¹²⁷.

Çocuğun bir rahatsızlığını veya hastalığını teşhis etmek için yapılan veya sağlığı bakımından zorunlu olan muayenelerin velayet hakkının kullanımı kapsamında kaldığı, bu nedenle bu hallerde çocuğunu genital muayeneye gönderen ebeveynin fiilinin genital muayene suçunu teşkil etmeyeceği hususunda öğretide görüş birliği vardır. Bu halde ebeveynlerin çocuklarının genital muayenelerinin yapılmasına dair verdikleri rıza koruma ve gözetme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi kapsamındadır¹²⁸.

Genital muayene suçunun ebeveynler tarafından işlenebileceğini ileri süren yazarlar, çocuğun bakım ve gözetimi bakımından zorunlu olmayan durumlarda çocuğun

¹²⁶ Rona **SEROZAN**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 250.

¹²⁷ Mustafa **DURAL**/Tufan **ÖĞÜZ**/Mustafa Alper **GÜMÜŞ**, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, B. 9, İstanbul 2014, s. 351.

¹²⁸ KEÇELİGİL, s. 159; AYGÜN, s. 380; DÜLGER, s. 50; KANBUR, s. 14; DEMİR, s. 128, 129; BEYAZIT, s. 155;

rızası olmaksızın genital muayeneye gönderilmesi halinde velayet hakkının sınırlarının aşılabacağını ileri sürmektedirler¹²⁹. Örneğin kızının erkek arkadaşı ile cinsel birliktelik yaşayıp yaşamadığını merak ettiği için rızası dışında çocuğunu hymen muayenesine gönderen ebeveynin fiili genital muayene suçunu oluşturacaktır.

Genital muayene suçunun ebeveynler tarafından işlenmesinin mümkün olduğunu savunan yazarlardan bazıları, çocuğun rızası hilafına cinsel ilişki yaşayıp yaşamadığının tespiti için genital muayeneye gönderilmesinin çocuğun cinsel dokunulmazlığına yönelik ağır bir müdahale olduğu, bu nedenle mağdurun yaşına göre TCK m. 102 uyarınca cinsel saldırı veya TCK m. 103 uyarınca cinsel istismar suçunun oluşacağını ileri sürmüşlerdir¹³⁰. Bu görüşe cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının yalnızca cinsel davranışlarla işlenebileceği için katılmamaktayız.

Kanunun düzenlenme biçimine bakıldığında faile ilişkin bir belirleme yapılmadığını bu nedenle suçun özgü suç olmadığına kabul edilmesinin isabetli olacağını belirtmiştik. Bu nedenle ebeveynler de suçun seçimlik hareketlerinden birini gerçekleştirdiği takdirde bu suçun faili olabilecektir. Ancak velayet hakkının kullanımı kapsamında çocuğun üstün yararının gözetildiği, koruma ve bakım yükümlülüğünün gerektirdiği hallerde çocuğun genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması halinde ebeveynin vereceği rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ebeveynlerin vereceği rızanın geçerliliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında incelenecektir.

¹²⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1262; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3978; KEÇELİGİL, s. 159; DÜLGER, s. 50; KANBUR, s. 14; DEMİR, s. 128, 129; EROĞLU, s. 1132.

¹³⁰ KANBUR, s. 14; AYGÜN, s. 381.

Bu suçun faili konusunda bir diğer tartışmalı husus CMK m. 75 ve 76 hükümlerine aykırı olarak karar veren hakim veya savcının fiillerinin bu suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Öğretide hakim veya savcının CMK m. 75 ve 76 hükümlerinde yer alan şartlara aykırı olarak bireyi genital muayeneye göndermesi halinde TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür¹³¹. Doktrinde bir diğer görüş hakim veya savcının şartları taşıdığını zannederek bireyi genital muayeneye gönderdiği takdirde TCK m. 30 uyarınca yanılmaya ilişkin hükümler uygulanacağından ve suçun taksirli halinin kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle hakim veya savcının genital muayene bakımından sorumluluğunun doğmayacağını ileri sürmüştür¹³².

Doktrinde hakim veya savcının şartları taşımadığını bildiği halde bireyi genital muayeneye göndermesi halinde ise cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçunun oluşacağı ileri sürülmüştür¹³³. Diğer bir görüşe göreyse yetkisiz hakim veya savcının kişiyi genital muayeneye göndermesi halinde TCK m. 287 uyarınca genital muayene suçu oluşacaktır¹³⁴.

Hakim veya savcının kişiyi CMK m. 75 veya 76'da düzenlenen şartları taşıdığı yanılışıyla muayeneye göndermesi halinde suçun manevi unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle oluşmayacağını söylemek mümkündür. Hakim veya savcının kişiyi şartları taşımadığını bildiği halde bu muayeneye göndermesi halinde görevi kötüye kullanma suçu bakımından sorumluluğu doğacaktır.

¹³¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1263; KEÇELİGİL, s. 160; DEMİR, s. 130; KANBUR, s. 13; BEYAZIT, s. 155; AYGÜN, s. 381.

¹³² NUHOĞLU, s. 2993.

¹³³ NUHOĞLU, s. 2993.

¹³⁴ DEMİR, s. 130.

Tüzel kişiler, fail olamazlar. Zira TCK'nin 20/2 maddesi hükmünde “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu nedenle fail gerçek kişi olmalıdır¹³⁵. Dolayısıyla kişi muayeneye bir tüzel kişilik adına gönderilmiş veya kişinin muayenesi bir tüzel kişilik adına gerçekleştirilmiş olsa dahi fail, tüzel kişi değil tüzel kişi adına karar veren, eylemi gerçekleştiren kişidir. Bu suç bakımında tüzel kişiler hakkında kanunda özel bir hüküm bulunmadığından güvenlik tedbirine hükmolunamaz¹³⁶.

Kanunun düzenleniş biçimine bakıldığında suçun failinin yalnızca yetkili hakim veya savcı kararı bulunmadığı halde kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan kişi olabileceği görülmektedir. Muayeneye götüren kişi bu suçun faili olamaz ancak şartları söz konusu ise iştirak hükümlerine göre cezalandırılır. Götüren kişinin cezai sorumluluğuna iştirak başlığı altında ayrıca değinilecektir.

V. MAĞDUR VE SUÇTAN ZARAR GÖREN

Genital muayene suçunun mağduru doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu suçun mağduru, üzerinde genital muayene işlemi yapılmak istenen kişidir. Bu görüşü savunan yazarlar, suçun mağdurunun herkes olabileceğini ileri sürmektedirler. Mağdurun, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması gerekmemektedir¹³⁷. Ancak

¹³⁵ ÜNVER, s. 444; DÜLGER, s. 49, 50; KEÇELİGİL, s. 159.

¹³⁶ ÜNVER, s. 444.

¹³⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8433; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 233; EROĞLU, s. 1133; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1263;

doktrinde suçun mağdurunun yalnızca adli amaçla genital muayeneye gönderilen veya genital muayenesi yapılan kişi olabileceğini ileri süren aksi yönde görüşler de mevcuttur¹³⁸.

Doktrinde bu suçun mağdurunun yalnızca adli amaçla genital muayeneye gönderilen kişi olabileceğini ileri süren görüş bu suçun yalnızca başlamış olan bir soruşturma veya kovuşturma dahilinde işlenmesi gerekmediğini, henüz bir soruşturma yahut kovuşturma bulunmasa da adli amaçla kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde de suçun oluşacağını kabul etmektedir. Buna göre cinsel saldırı suçunun mağduru bir kimsenin suç ihbarı için kolluğa başvurması üzerine genital muayeneye gönderilmesi halinde henüz başlamış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığı halde suç oluşacaktır¹³⁹. Bu görüşe göre suçun mağduru ancak başka bir suçun faili yahut mağduru olabilmektedir. Nitekim adli olmayan bir amaçla kişinin genital muayeneye gönderilmesi yahut genital muayenesinin yapılması halinde TCK m. 287 uyarınca suç oluşmayacaktır¹⁴⁰.

Suçun mağduru, suç ile ihlal edilen varlık veya suç düzenlemesi ile korunmak istenen hukuki menfaatin hamilidir. Bu nedenle mağdur yani suçun pasif süjesi, suçun

PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3978; YENERER ÇAKMUT, s. 52; HAKERİ, s. 583; DÜLGER, s. 52; BEYAZIT s. 157; DEMİR, s. 133; AYGÜN, s. 383; POYRAZ, s. 16; OLGUN, s.38; FIRAT, s. 70.

¹³⁸ NUHOĞLU, s. 2994; KANBUR, s. 18.

¹³⁹ Soruşturma aşaması suçları takiple yetkili Cumhuriyet savcılıklarının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği konusunda bilgi edinmesiyle başlar. Soruşturma evresi hakkında bkz. Nevzat **TOROSLU**/Metin **FEYZİOĞLU**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 262

¹⁴⁰ NUHOĞLU, s. 2994

hukuki konusu ile doğrudan bağlantılı olup mağdurun belirlenmesinde suçun hukuki konusu dikkate alınmalıdır¹⁴¹.

Doktrinde suç, adliye karşı suçlar arasında düzenlendiğinden mağdurunun devlet olarak tespit edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur¹⁴². Suçun mağdurunun belirlenmesinde suçun hukuki konusundan yola çıkmak gerekmektedir. Bu nedenle bu suçun mağdurunun muayeneye gönderilen veya muayene yapılan kişi olduğuna katılmamaktayız. Kanunda yapılacak bir düzenleme ile bu suçun kişilere karşı suçlar arasında yer alacak şekilde düzenlenmesi halinde suçun mağdurunun herkes olabileceği söylenebilirse de mevcut düzenleme doğrultusunda suçun mağdurunun adliye olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır.

Mağdur ve suçtan zarar gören çoğu suç bakımından örtüşse de bu kavramlar birbirinden farklıdır. Mağdur, suçun işlenmesinden zarar gören herkesi değil yalnızca suç ile korunmak istenen menfaatin hamili olan kişidir. Diğer hak ve menfaatlerin hamili suçtan zarar görendir¹⁴³.

Genital muayene suçu bakımından mağdur ile suçtan zarar gören örtüşmemektedir. Genital muayene gönderilen, üzerinde genital muayene yapılan kişi suçtan zarar görendir. Bu kişiler CMK m. 237 uyarınca suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılma hakkını, dolayısıyla katılanın sahip olduğu tüm hakları haizdir.

¹⁴¹ Tuğrul **KATOĞLU**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 660, 661.

¹⁴² Uğur **ORHAN**, “*Genital Muayene Suçu*”, Kadın Yazıları (Yayına Hazırlayan: Türkan YALÇIN), Ankara 2020, s. 376.

¹⁴³ KATOĞLU, s. 662.

VI. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

Suçun oluşabilmesi için dış dünyada bir değişiklik meydana getirmek amacıyla müspet veya menfi bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu fiilin suçun kanuni tanımına uygun olarak gerçekleştirilmesi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Genital muayene düzenlenme biçimine bakıldığında ilki muayeneye göndermek diğeri ise muayeneyi yapmak şeklinde iki seçimlik hareket tanımı yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle suçunun maddi unsuru; “*yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme ve bu muayeneyi yapma*” olarak tanımlanabilir.

Doktrinde bir görüş, bu suç bakımından seçimlik hareketlerin bulunmadığını ve genital muayeneye göndermek ve genital muayeneyi yapmak şeklinde iki farklı suç düzenlendiğini ileri sürmektedir¹⁴⁵. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, ikinci suçun gerçekleşebilmesi ilk suçun gerçekleşmesine bağlıdır¹⁴⁶.

Genital muayeneye gönderme ve genital muayeneyi yapma olarak iki bağımsız suç tipi olduğunu ileri süren yazarlardan bazıları ikinci suçun ilk suçtan tamamen

¹⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s. 77.

¹⁴⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 234; EROĞLU, s. 1135; HAKERİ, s. 585; DÜLGER, s. 53.

¹⁴⁶ HAKERİ, s. 585; DÜLGER, s. 53.

bağımsız olduğunu ve ilk suç oluşmasa dahi ikinci suçun unsurlarının bulunması halinde genital muayene yapma suçunun sübut bulacağını ileri sürmüşlerdir¹⁴⁷.

1. ÖNŞART: YETKİLİ HAKİM VE SAVCI KARARI OLMAMASI

Suçun önşartları, esasında suçun bir unsuru olup fiilden önce gerçekleşmesi gereken şartlardır. Suçun önşartının gerçekleşmemesi halinde suçun unsurları oluşmayacağından suç oluşmayacaktır¹⁴⁸. Suç oluşabilmesi için failin suçun kanuni unsurlarını bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu nedenle fiilin suç teşkil edebilmesi için failin önşartı da bilmesi gerekmektedir. Ancak suçun oluşabilmesi için failin önşartın gerçekleşmesini istemesi şartı aranmaz, önşartın gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesi yeterlidir¹⁴⁹.

Yetkili hakim veya savcı kararı olması, esasında TCK m. 24/2 uyarınca yetkili merciin emrinin uygulanması nedeniyle bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak kanun koyucu bu hukuka uygunluk nedenine kanunun lafzında yer vererek suçun önşartı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle hakim veya savcı kararının bulunması halinde hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu bahsetmek mümkün değildir. Bu halde suçun önşartı gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır. Genital muayene suçunun oluşabilmesi için suçu oluşturan seçimlik hareketlerden önce yetkili hakim veya savcı kararının olmaması önşartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yetkili hakim veya savcı kararının olması halinde kişinin genital muayene gönderilmesi veya muayenesinin

¹⁴⁷ EROĞLU, s. 1135.

¹⁴⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 165; DÖNMEZER/ERMAN, s. 12, 13.

¹⁴⁹ Veli Özer **ÖZBEK**/Koray **DOĞAN**/Pınar **BACAKSIZ**/İlker **TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Ankara 2018, s. 440.

yapılması hukuka aykırı olsa dahi TCK m. 287 uyarınca suçun önşartı bulunmadığından suç oluşmayacaktır.

Yetki kavramı, hukukta bir terim olarak mahkemenin davaya bakmakta yer yönünden yetkisini ifade etmektedir¹⁵⁰. Ancak TCK m. 287’de önşart olarak belirlenmiş olan yetkili hakim veya savcı kararı ifadesindeki yetkinin, yer yönünden yetki anlamında değil, sözlük anlamıyla “*bir işi veya görevi yapabilme hakkı*”¹⁵¹ anlamında olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁵².

Kanunun lafzında her ne kadar yetkili hakim ve savcı kararı şeklinde ifade edilse de “ve” bağlacının hatalı olarak kullanıldığı kabul edilmektedir. Nitekim ceza muhakemesinde genital muayene kararı hem hakim hem savcı tarafından birlikte verilmemektedir. CMK uyarınca kişinin genital muayene gönderilmesi kararı hakim tarafından verilmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısı da genital muayene kararı verebilmektedir. Bu nedenle önşartın yetkili hakim “veya” savcı kararı şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁵³.

Doktrinde, kanunun lafzında hakim ve savcı kararından bahsedilerek mahkeme makamının vermiş olduğu kararların tanıma eklenmemiş olması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre heyet halinde karar veren mahkemelerin kararları bakımından tereddüt

¹⁵⁰ Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, s. 105.

¹⁵¹ Yetki tanımı için bkz. YILMAZ, s. 831.

¹⁵² AYGÜN, s. 387; EROĞLU, s. 1136; BEYAZIT, s. 159; DÜLGER, s. 56.

¹⁵³ DEMİR, s. 137.

yaratmaması açısından madde metnine “*mahkeme kararları*” ibaresinin de eklenmesi gerekmektedir¹⁵⁴.

Doktrinde bir görüşe göre; yetkili hakim veya savcı kararının bulunmaması şartından hukuka uygun bir hakim veya savcı kararının bulunmaması gerektiği anlaşılmalıdır. Bu görüşe göre yetkili bir hakim veya savcının hukuka aykırı olarak verdiği genital muayene kararları suçun önşartını oluşturmaktadır. Bu görüşe göre hukuka aykırı olarak verilen genital muayene kararına dayanılarak kişinin genital muayeneye gönderilmesi ve bu muayenenin yapılması halinde suç oluşacaktır¹⁵⁵.

Doktrinde yer alan aksi görüşe göreyse hakim veya savcı kararının hukuka uygun olmaması halinde bu karar uyarınca kişiyi genital muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan kimseler bakımından suçun önşartı oluşmadığından suç oluşmayacaktır. Şartları var ise hukuka aykırı karar veren hakim veya savcı hakkında görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁵⁶.

Genital muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan faillerin yetkili bir hakim veya savcı tarafından verilmiş kararın hukuka uygunluğunu denetlemesi mümkün değildir. Aksi bir yorumda yetkili bir hakim veya savcı tarafından verilmiş bir karar doğrultusunda kişiyi genital muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan kişinin fiili kararın hukuka aykırı olduğundan bahisle suç teşkil edecektir. Bu nedenle yetkili bir hakim veya savcı kararının hukuka aykırı olması halinde önşartın oluşmayacağını kabul ederek TCK m. 287 uyarınca suç oluşmayacağını kabul etmek isabetli olacaktır. Bu

¹⁵⁴ DÜLGER, s. 56.

¹⁵⁵ KEÇELİGİL, s. 162; DEMİR, s. 130.

¹⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1263; KEÇELİGİL, s. 160; KANBUR, s. 13; BEYAZIT, s. 155.

durumda hukuka aykırı olarak karar veren hakim veya savcının sorumluluğu şartları var ise TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçu bakımından doğacaktır.

Önşart bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise kararın yetkisiz hakim tarafından verilmesi halinde genital muayene suçunun oluşup oluşmayacağı hususudur. Buna göre sulh ceza hakimi tarafından verilmesi gereken bir kararın sulh hukuk hakimi tarafından verilmesi halinde muayeneye gönderen veya muayeneyi yapan faillerin sorumluluğunun ne olacağı hususunda tereddüt ortaya çıkmaktadır.

Yer yönünden yetkisiz hakim veya savcının kararının icrası kapsamında bu suç oluşmayacağını kabul etmek isabetli olacaktır. Nitekim yetki kuralları kamu düzeninden olmayıp yetkisiz hakim veya savcı tarafından gerçekleştirilen işlemler ceza muhakemesinde geçerliliğini korumaktadır¹⁵⁷. Bu nedenle yer yönünden yetkisiz hakim veya savcının hukuken geçerli bir kararına dayanılarak gerçekleştirilen muayene de suçun önşartı oluşmayacağından suç teşkil etmeyecektir.

Soruşturma ve kovuşturmayı yürüten hakim veya savcı, yer yönünden yetkisiz olsa da genital muayene kararı hukuken geçerli kabul edilmektedir. Ancak soruşturma veya kovuşturmayı yürütmekle görevli hakim veya savcıdan başka bir hakim veya savcının verdiği genital muayene kararları hukuken geçerli olmayacaktır. Örneğin İstanbul mahkemelerinde görülen bir davanın tarafları hakkında davayla alakası bulunmayan Ankara mahkemeleri tarafından genital muayene kararı verilmesi halinde yetkisiz mahkemenin işleminin bariz hukuka aykırılık nedeniyle geçerli olmayacaktır. Bu durumda Ankara mahkemeleri tarafından verilen karar doğrultusunda kişinin genital muayeneye gönderilmesi yahut muayenesinin yapılması halinde suçun önşartı

¹⁵⁷ CMK m. 20: “Yetkili olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler, sadece yetkisizlik nedeniyle hükümsüz sayılmaz.”.

oluşacaktır. Ancak İstanbul mahkemeleri yetkili olmasına rağmen hatalı bir biçimde Ankara’da davanın görülmesi halinde Ankara mahkemelerinin genital muayene kararları geçerli olacaktır. Bu durumda Ankara mahkemelerinin vermiş olduğu karar neticesinde kişinin genital muayeneye gönderilmesi yahut muayenesinin yapılması halinde suçun önşartı oluşmayacağından suç oluşmayacaktır.

Bazı hukuki uyumsuzluklarda kişinin hymen muayenesinin yapılması gerekebilir. Örneğin boşanma davalarında uzun süreli evliliklerde cinsel birlikteliğin hiç gerçekleşmemesi evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak kabul edildiğinden¹⁵⁸ boşanma davalarında hymen muayenesi yapılması talep edilebilir. Ancak 6100 sayılı HMK; beden muayenesi veya genital muayeneye ilişkin düzenlemeler içermediğinden hukuk hakimi genital muayene kararı veremez. Bu halde yapılacak hymen muayenesi ancak kişinin rızasıyla mümkündür¹⁵⁹. HMK uyarınca genital muayene kararı verme yetkisi bulunmayan hukuk mahkemesi hakimlerinin davayı aydınlatmak amacıyla bu kararı vermesi halinde yetkili hakim kararının varlığından bahsedilemeyeceğinden suçun önşartı oluşacaktır. Ancak hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında daha sonra da inceleneceği üzere boşanma davasının tarafı olan kimse boşanma sebebinin varlığı ve kusur durumunu ispat etmek için rızası dahilinde genital muayene yaptırabilmektedir.

¹⁵⁸ Yargıtay 2. HD., 12.02.2016 tarih 2015/11847 E. ve 2016/2348 K. sayılı kararında “Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, dosya içindeki 07.01.2015 tarihli Adli Tıp Kurumu Raporu ve davalı-karşı davacı erkek tanıdığı olan babası ...'nun beyanına göre taraflar arasında cinsel birlikteliğin kurulamaması davalı karşı davacı erkekten kaynaklanmaktadır. Bu durumda davalı-karşı davacı erkek evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tam kusurludur. Gerçekleşen bu durum karşısında davacı-karşı davalı kadın yararına maddi ve manevi tazminata (TMK m.174/1-2) hükmedilmesi gerekirken, hatalı kusur tespiti ile buna bağlı olarak davacı-karşı davalı kadının tazminat taleplerinin reddi doğru görülmemiştir.” ifadelerine yer verilerek uzun süre cinsel ilişki kurulamaması boşanma davalarında evlilik birliğinin temelden sarsılması olarak değerlendirilmiş ve cinsel birlikteliğin kurulamamasında kusurlu bulunan taraf aleyhine tazminata hükmedilmiştir. İlgili karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2015-11847-k-2016-2348-t-12-2-2016> (Erişim tarihi: 02.03.2022).

¹⁵⁹ NUHOĞLU, s. 2990.

Bu durumda ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edileceğinden muayeneyi yapan kişi TCK m. 287 uyarınca sorumlu tutulmayacaktır.

Daha önce de değinildiği üzere CMK'nin 75. ve 76. maddeleri şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin beden muayenesini düzenlemiştir. CMK'nin iç beden muayenesine ilişkin hükümleri ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik hükümlerince yapılan genital muayeneler bu suçu oluşturmayacaktır. CMK m. 75 ve 76 hükümlerine göre alınmış yetkili bir hakim veya savcı kararının bulunduğu hallerde suçun önşartı oluşmayacağı için suç oluşturmayacaktır.

2. GENİTAL MUAYENEYE GÖNDERME

TCK m. 287'de düzenlenen suçun ilk seçimlik hareketi genital muayeneye gönderme fiilidir. Bu hareket bakımından suçun tamamlanması için göndermenin gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca kişinin muayene edilmesi yahut muayeneye götürülmesi şartı aranmaz.

Kanun koyucu, gönderen bakımından, zor kullanma, iradesini fesada uğratma, nüfuz kullanma şartları da aramamıştır. Bu durum doktrinde fiilin sınırlarının çizilmesini zorlaştırması ve fiilin kapsamının çok geniş tutulması bakımından eleştirilmiştir¹⁶⁰. Nitekim basit bir telkinle kişiyi genital muayeneye göndermenin madde kapsamında değerlendirilmesi bakımından failin sorumluluğu kabul edilemez

¹⁶⁰ Çağdaş bir ceza kanunu ihdas edilirken muğlak ifadelere yer verilmemesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle suç teşkil eden fiilin açık ve belirli olması, herkes tarafından neyin yasak neyin serbest olduğunun anlaşılabilmesi gerekmektedir. Ceza hukukunda belirlilik ve kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öykü Didem **AYDIN**, “*Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*”, TBB Dergisi, S. 53, Ankara 2004, s. 63 - 140.

biçimde genişlemektedir. Bu nedenle oluşabilecek bazı tereddütleri gidermek amacıyla kanunun “genital muayene yaptırmak” şeklinde düzenlenmesi önerilmiştir¹⁶¹.

Kanun koyucu, 287. maddede açıkça muayeneye gönderen kişinin sorumlu olacağını belirtmiş, götürün kişi bakımından bir ceza tayin etmemiştir. Bu nedenle doktrinde gönderme fiilinin götürme fiilini de kapsayıp kapsamadığı hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Götürme fiilinin gönderme fiilinin muhtevasına dahil olduğunu ileri süren yazarlar, götürün kişinin gönderen kişiden farklı olması halinde aralarında iştirak ilişkisinin bulunacağını savunmuşlardır. Bu görüşü savunan yazarlar götürme fiilinin başlı başına bağımsız bir fiil olmadığını ve gönderme fiilinin devamı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre götürün kişi müşterek fail olarak sorumludur¹⁶².

Götürme fiilinin gönderme fiilinden bağımsız bir fiil olmadığını ileri süren yazarlar, götürme fiili olmadan da göndermenin gerçekleşebileceğini ancak gönderme olmaksızın götürmenin mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Örneğin yurt müdürünün, genital muayeneye gitmediği takdirde yurttan atılacağından bahisle öğrenciyi muayeneye göndermesiyle öğrencinin kendi başına muayeneye gitmesi halinde götürün bir kişi bulunmamaktadır. Ancak yurt müdürünün başka hiçbir makamdan talimat almaksızın bir öğrenciyi muayeneye götürmesi halinde yurt müdürü hem gönderen hem götürendir¹⁶³.

¹⁶¹ ORHAN, s. 387.

¹⁶² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1264; BEYAZIT, s. 162; EROĞLU, s. 1140; DÜLGER, s. 53; AYGÜN, s. 386; EROĞLU, s. 1135; NUHOĞLU, s. 2995; BEYAZIT, s. 157; KANBUR, s. 19, 20; KEÇELİGİL, s. 161; DEMİR, s. 136; HAKERİ, s. 589; FIRAT, s. 90.

¹⁶³ DÜLGER, s. 53.

Göndermek fiili sözlükte; “*bir yere doğru yola çıkarmak, yollamak, ulaşmasını sağlamak, irsal etmek, yetki vererek gitmesini sağlamak*” olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁴. Bu tanıma gönderme fiili, kişinin genital muayeneye gönderilmesi hakkında karar verilmesi ve muayene yapılması için bulunduğu yerden gönderilmesiyle gerçekleşmiş olacaktır. Götürme fiili, gönderme fiilinin devamı niteliğinde olsa da bu fiilin muhtevasına dahil değildir. Bu nedenle gönderenin götürenden farklı bir kişi olması halinde götürenin fiilini gönderenin fiiliyle birlikte değerlendirmek ceza hukukunda kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir¹⁶⁵.

Doktrinde birçok yazar her ne kadar götürme fiili ile gönderme fiilinin farklı anlamlar taşıdığı bilinse de hakkaniyet gereği ve kanunun gayesi gereği götürme fiilinin göndermenin içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır¹⁶⁶. Ancak kanunun eksik ve hatalı düzenlenmesinden kaynaklanan adaletsizliklerin kıyasa varacak yorumla giderilmesi mümkün değildir. Kanunun amacına uygun olarak düzenlenmesi ve götüren kişinin bu suçun doğrudan faili olacağı hususunun kanun metnine eklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde götüren kişinin sorumluluğu ancak şartları varsa iştirak hükümlerine göre belirlenebilmektedir.

Genital muayeneye gönderme fiili bakımından tartışılan bir diğer husus ise gönderme kararının adli soruşturma yahut kovuşturma kapsamı içerisinde verilmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Daha önce de değinildiği üzere kanun koyucu genital muayene suçunu adliye karşı suçlar arasında düzenleyerek korumak istediği hukuki menfaati, adliyenin işleyişi olarak tayin etmiştir. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar bu suçun ancak adli soruşturma veya kovuşturma kapsamında işlenebileceğini ileri

¹⁶⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük için bkz. sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 22.11.2021).

¹⁶⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 54; ÜNVER, s. 448.

¹⁶⁶ AYGÜN, s. 386; KANBUR, s. 19, 20; EROĞLU, s. 1135.

sürmekte. Bu görüşe göre yurt müdürünün kadın öğrenciyi hymen muayenesine göndermesi halinde adliyenin işleyişi bakımından tehlike yaratmayacağından bu suç oluşmayacaktır¹⁶⁷.

Doktrinde yer alan aksi yöndeki görüşe göre ise TCK m. 287 uyarınca genital muayene suçunun oluşabilmesi bakımından kanun metninde, yürütülmekte olan bir adli soruşturma veya kovuşturma olması şartını aramamıştır. Bu nedenle adli bir vakıya dayanmadan gerçekleştirilen genital muayeneye gönderme fiili bu suça mevcudiyet verecektir¹⁶⁸.

Suçun hukuki konusu tespit edilirken bu suçun birden fazla hukuki konusunun bulunduğunu belirtmiştik. Genital muayene suçu her ne kadar hatalı biçimde adliyeye karşı suçlar arasında düzenlense de gerek maddenin gerekçesinden gerek kanunun lafzından bu suç düzenlemesiyle adliyenin işleyişinin yanı sıra kişi hürriyetinin, vücut dokunulmazlığının korunması amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu bu hukuki menfaatler arasından önceliği adliyenin işleyişine vermiş olsa da suçun düzenlenme yerinden hareketle kişi hürriyetini korumak istemediği sonucuna varılması isabetli değildir.

Kanun koyucu bir suça ilişkin delil değerlendirmek amacıyla yapılmak istenen genital muayenelerin yalnızca yetkili hakim veya savcı kararıyla yapılması gerekliliğinin yanı sıra kamusal bir menfaat olmaksızın kişilerin keyfi olarak genital muayeneye tabi tutulmasının da önüne geçmek istemiştir. Bu nedenle bu suçun yalnızca

¹⁶⁷ KANBUR, s. 22; AYGÜN, s. 387.

¹⁶⁸ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1059; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3979; HAKERİ, s. 585.

adliyenin işleyişini korumayı hedeflediği düşüncesiyle adli tahkikat içerisinde işlenebileceğine dair görüşe katılmamaktayız.

Kanun koyucunun, TCK m. 287/2 hükmüyle bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümler uyarınca yapılan genital muayenelerin suç kapsamında olmadığını düzenlemesinin amacı esasında adli soruşturma ve kovuşturma kapsamında yapılmayan bu muayenelerin genital muayene suçuna vücut vermeyeceğini vurgulamaktır. Hükmün ikinci fıkrası kanun koyucunun iradesinin yalnızca adli vakıalara ilişkin olmadığını tezahürüdür. Kanun koyucu, abesle iştiğal etmeyeceğinden genital muayene suçunun yalnızca adli soruşturma yahut kovuşturma kapsamında işlenebileceği yönündeki görüşe katılmamaktayız.

Doktrinde genital muayeneye gönderme ve genital muayene yapma fiillerinin birbirinden bağımsız iki bağımsız suç tipi olduğunu ileri süren yazarlardan bazıları, gönderme fiilinin tamamlanması için muayenenin yapılmış olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre muayenenin yapılmaması halinde gönderme suçu tamamlanmayacağından teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır¹⁶⁹.

Genital muayene bakımından kanunda belirtilen bu hareketlerin seçimlik hareket olarak düzenlenmiş olması ve iki hareket arasında “veya” bağlacının kullanılması nedeniyle bu görüşe katılmamaktayız. Genital muayeneye gönderme ve genital muayeneyi yapma iki ayrı bağımsız suç tipi olarak değil bir suçun iki seçimlik hareketi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle genital muayene gerçekleşmese dahi genital

¹⁶⁹ MERAN, s. 800.

muayeneye gönderme fiilinin tamamlanmasıyla gönderen kişi tamamlanmış genital muayene suçundan sorumlu tutulmalıdır.

3. GENİTAL MUAYENE YAPMA

Genital muayene suçunun ikinci seçimlik hareketi genital muayene yapma fiilidir. Doktrinde bazı yazarlar fiziksel temas olmaksızın sadece görüntüye alma, gözlemleme şeklindeki fiillerin genital muayene kapsamında olmadığını ileri sürmektedir¹⁷⁰. Ancak genital muayene kavramı açıklanırken bahsedildiği üzere bu muayene elle fiziksel temas kurarak, gözle yahut tıbbi cihazlar yardımıyla yapılabilir¹⁷¹. TCK m. 287 bakımından genital muayenenin hangi yöntemle yapıldığı önem taşımamaktadır.

Suçun failinin tespitinde daha önce değinildiği üzere doktrinde bu seçimlik fiilin yalnızca sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünen yazarlar vardır¹⁷². Ancak madde metninden suçun özgül suç olduğuna dair bir anlam çıkarılamadığından bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim daha önce fail başlığı altında muayene kavramının yalnızca tıbbi bir terim olmadığı ve genital muayenenin herkes tarafından yapılması mümkün bir muayene türü olduğuna değinilmiştir. Genital muayene yapma seçimlik hareketi herkes tarafından gerçekleştirilebilir.

Yine genital muayene suçunun bu seçimlik hareketi bakımından da yapılan genital muayenenin adli vakıalara ilişkin olması gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur. Bu

¹⁷⁰ DÜLGER, s. 54, 55.

¹⁷¹ ORHAN, s. 388; BEYAZIT, s. 157.

¹⁷² ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1056; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 1153; NUHOĞLU, s. 2995; HAKERİ, s. 583; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3978; DEMİR, s. 132; KANBUR, s. 15, 16; ŞATIR, s. 606; ÖZALP/ÖZALP, s. 317; AYGÜN, s. 382; AKYILDIZ/ÖZKAN, s. 204.

görüŖe göre adli bir soruŖturma yahut kovuŖturma olmaksızın kiŖinin genital muayenesinin yapılması bu suça mevcudiyet vermeyecektir¹⁷³. Örneğın bir annenin kız çocuğunu hymen muayenesine göndermesi üzerine doktorun bu muayeneyi yapması halinde TCK m. 287 uyarınca suç oluşmayacaktır.

Gerek maddenin düzenlenme amacı gerekse düzenlenme biçimine bakıldığında genital muayene yapma suçunun yalnızca adli tahkikat içinde gerçekleşebileceğı görüşüne katılmamaktayız¹⁷⁴. Dolayısıyla aile bireylerinden birinin diğerini rızası hilafına genital muayeneye göndermesi üzerine bu muayenenin yapılması halinde TCK m. 287 uyarınca suç oluşacaktır¹⁷⁵.

Bu seçimlik hareket bakımından değerdendirilmesi gereken bir diğer husus ise henüz adli mercilerin haberdar olmadığı adli vakıalara ilişkin gelen muayene talepleridir. Muayene yapacak sağıık mesleğı mensubu bir suç işlendiğine dair bir belirti ile karşılaştığında bunu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Bu nedenle gerek muayene sonucunda elde ettiğı izlenimler gerekse hastanın öyküsü nedeniyle edindiğı bilgiler doğrudusunda bir suç iddiası ile karşılaşan sağıık mesleğı mensubunun TCK m. 280 doğrudusunda bu durumu yetkili makamlara bildirmesi gerekmektedir¹⁷⁶.

Genital muayene yapma seçimlik hareketinin suç oluşturabilmesi için genital muayeneye gönderme hareketinin gerçekleşmiş olması gerektiğini ileri süren görüşler

¹⁷³ AYGÜN, s. 386, 387; KANBUR, s. 22.

¹⁷⁴ DEMİR, s.129, 136.

¹⁷⁵ MERAN, s. 801.

¹⁷⁶ AYGÜN, s. 387; MERAN, s. 801.

bulunmaktadır¹⁷⁷. Aksi görüş ise bu iki fiilin birbirinden bağımsız seçimlik hareketler olması sebebiyle ikinci hareketin suç oluşturmamasının ilk hareketin tamamlanmış olmasına bağlı olmadığını ileri sürmektedir. Buna göre kendi isteği ile hekime başvuran kişinin hakim savcı kararı veya tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızası hilafına bu muayenenin yapılması halinde suç oluşacaktır¹⁷⁸.

Genital muayeneye gönderme ve genital muayene yapma fiillerinin iki bağımsız suç tipi olarak kabul eden bazı yazarlar, muayene yapma suçunun oluşması için gönderme suçunun oluşması şartını aramamaktadır. Örneğin öğrencilerini bizzat kendisi muayene eden yurt müdürünün bu fiili genital muayene suçunu oluşturacaktır¹⁷⁹.

4. SUÇUN TAMAMLANMA ANI

Ceza hukukunda suçlar; fiilin icrasının devam edip etmemesine göre “ani suç” ve “mütemadi (kesintisiz) suç” olarak tasnif edilirler. Bu ayrıma göre; kanunda tanımlanan hareketin yapılmasıyla tamamlanan suçlara “ani suç”, hareketin icrasının devam ettiği suçlara ise “mütemadi (kesintisiz) suç” denmektedir¹⁸⁰.

Genital muayene suçu ani bir suç olup suçun kanuni tanımında yer alan seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla tamamlanır. Muayeneye göndermek fiili bakımından gönderme fiilinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır. Kişinin genital muayenesinin yapılması amacıyla yola çıkarılmasıyla, bulunduğu yerden ayrılmasıyla bu suç

¹⁷⁷ HAKERİ, s. 585; DÜLGER, s. 53.

¹⁷⁸ TEZCAN/ERDEM ÖNOK, s. 1264.

¹⁷⁹ EROĞLU, s. 1135.

¹⁸⁰ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2014, s. 243.

tamamlanacaktır. Yolda geçen süre bu suçu mütemadi suç haline getirmeyecektir¹⁸¹. Kişinin muayene amacıyla bulunduğu yerden gönderilmediği halde suç tamamlanmayacaktır. Örneğin yalnızca gönderme kararı verildiği ancak kişinin muayene amacıyla yola çıkarılmadığı durumda TCK m. 35 uyarınca teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

TCK'nin 36. maddesinde gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiştir. Buna göre, fail suçun icrai hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği yahut suçun tamamlanmasını veya neticenin ortaya çıkmasını önlediği takdirde teşebbüsten cezalandırılmaz. Ancak vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen fiillerin ayrı bir suç teşkil etmesi halinde, fail bu suçtan sorumlu olur. Gönüllü vazgeçmenin teşebbüsten farkı failin fiilinin kendiliğinden sona erdirmesidir. Fail iradi olarak suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine engel olmaktadır¹⁸². Genel hükümler arasında düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumu genital muayene suçu bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde kişinin muayeneye gönderilmek amacıyla hukuken önemsiz sayılamayacak müddet hareket etmesiyle suçun tamamlanacağı ileri sürülmüştür¹⁸³. Ancak bu görüşün kabul edilmesi halinde suçun tamamlanma anının tespiti güçleşecektir. Bu nedenle kişinin muayeneye gönderilmek amacıyla bulunduğu yerden ayrılmasının suçun tamamlanma anı olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

¹⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 234; ÜNVER, s. 456; YENERER ÇAKMUT, s. 58; KEÇELİGİL, s. 166; ŞATIR, s. 607.

¹⁸² DÖNMEZER/ERMAN, s. 147.

¹⁸³ AYGÜN, s. 386.

Genital muayene yapma fiili bakımından da suç ani suçtur¹⁸⁴. Muayenenin uzun veya kısa sürmesi bu suçu mütemadi suç haline getirmeyecektir. Bu nedenle muayenenin yapılmasıyla bu suç oluşacaktır. Muayene yapılmadan evvel fiilin kesintiye uğramış olması halinde şartları varsa TCK m. 35 uyarınca teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Genital muayene yapma seçimlik hareketiyle suç, muayenenin gerçekleştirilmesi, yani kişinin genital organları veya genital bölgesinin kontrol edilmesiyle tamamlanır¹⁸⁵. Muayene öncesindeki muayene ortamının düzenlenmesi, kullanılacak cihazların hazırlanması hazırlık hareketi niteliğindedir¹⁸⁶.

Genital muayene neticesiz bir suçtur. Kanun koyucu bu suçun oluşması için bir neticenin gerçekleşmesini aramamaktadır. Suçun kanuni tanımına bakıldığında bir zarar oluşmasının da aranmadığı görülmektedir. Buna göre genital muayene suçu tehlike suçudur¹⁸⁷.

Tehlike suçları da kendi içinde soyut tehlike suçları ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut tehlike suçlarında, hareketin suçun konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratılmadığına bakılmaksızın hareketin gerçekleştirilmesiyle tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Somut tehlike suçlarında ise hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin oluşturulmuş olması şartı

¹⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 234; ÜNVER, s. 456; YENERER ÇAKMUT, s. 58; KEÇELİGİL, s. 166; ŞATIR, s. 607.

¹⁸⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8434; DÜLGER, s. 55; ŞATIR, s. 607;

¹⁸⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 235.

¹⁸⁷ FIRAT, s. 77.

aranır¹⁸⁸. Genital muayene suçunun kanuni tanımında zarar tehlikesi oluşturulmuş olması şartı aranmadığından bu suç soyut tehlike suçudur.

5. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN BULUNMAMASI

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, bir diğer deyişle işlenen fiili ceza normunun amacına aykırı hale getirmeyen nedenlere “hukuka uygunluk nedenleri”¹⁸⁹ denir¹⁹⁰. Hukuka uygunluk nedenleri, ceza kanunları ile yasaklanmış bir fiilin işlenmesine yönelik yetki veren ya da fiilin işlenmesini emreden bir normun varlığı nedeniyle fiilin suç kabul edilmesini engelleyen özel durumlardır. Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri ve özel hukuka uygunluk nedenleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel nedenler, tüm suç tipleri bakımından uygulama alanı bulan TCK’nin genel hükümler kısmında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleridir. Özel nedenler ise belli bir suç tipi veya suç grupları için öngörülen hukuka uygunluk nedenleridir.¹⁹¹

Genel hukuka uygunluk nedenleri TCK’nin 24., 25. ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre genel hukuka uygunluk nedenleri; hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, kanunun hükmünü yerine getirme, amirin emrini uygulama, meşru

¹⁸⁸ Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989, s. 60, 61.

¹⁸⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun bir unsuru olup olmadığı yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur. Suçun maddi ve manevi unsurdan ibaret olduğunu ileri süren klasik ikili anlayışı savunan yazarlara göre hukuka aykırılık yapısal bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. Bu görüşe göre hukuka aykırılık her bir unsurun içerisinde erimiş haldedir. Suçun üçlü ayrımını kabul eden yazarlara göre ise suçun maddi ve manevi unsurunun yanı sıra objektif hukuka aykırılık halinin de unsur olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun unsuru olup olmadığı yönündeki ayrıntılı inceleme için bkz. Tuğrul KATOĞLU, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 127 – 141.

¹⁹⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 249.

¹⁹¹ TOROSLU, Genel Kısım, s. 149.

savunma ve zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir. Genel hukuka uygunluk nedenleri uygun düştüğü ölçüde tüm suç tiplerine uygulanır.

Meşru savunma halinin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce ortada bir hakka yönelmiş mevcut bir haksız saldırı ve bu saldırıya karşı zorunlu ve orantılı bir savunma olmalıdır. Zorunluluk halinde ise başka suretle korunma ihtimali bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlike hali olmalıdır¹⁹². Bu nedenle meşru savunmanın ve zorunluluk halinin genital muayene suçu bakımından uygulama alanı bulamayacağını söylemek mümkündür.

Genital muayene suçu bakımından incelenmesi gereken en önemli hukuka uygunluk nedeni bir hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır. Bir hakkın kullanılması, TCK m. 26'da "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*" şeklinde düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ilgilinin rızası, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" şeklinde tanımlanmıştır. Kişinin genital bölgesini, cinsel organlarını ve üreme sistemini muayene ettirmesi mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır¹⁹³. Buna göre yetkili hakim veya savcı kararı bulunmadığı halde kişi genital muayeneye gönderilse dahi genital muayeneye tabi tutulacak kişinin rızası bulunduğu takdirde fiil hukuka aykırı olmayacaktır. Bu durumda muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan kişilerin fiilleri hukuka uygun hale gelecek ve cezalandırılmayacaktır.

¹⁹² TOROSLU, Genel Kısım, s. 154-163.

¹⁹³ DÜLGER, s. 62; AYGÜN, s. 389.

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için rızanın hukuken geçerli olması gerekmektedir. Rızanın fesada uğratılmış olması halinde hukuka uygun bir rızadan bahsedilemez¹⁹⁴. Rızanın fiilin tamamlandığı süre zarfında bulunması gerekir. Doktrinde tamamlanmış bir hareketten sonra açıklanan rızanın da cezasızlık nedeni olacağını ileri süren görüşler bulunsun bile rızanın hareketin tamamlanması veya neticenin ortaya çıkmasından sonra açıklanması halinde fiilli hukuka uygun hale getirmeyeceğini kabul etmek doğru olacaktır. İlgili rızasından icrai veya ihmali hareketler başladıktan sonra vazgeçtiğinde fail bu hareketleri sonlandırmak zorundadır. Bu durumda rızadan vazgeçildiği ana kadarki fiiller hukuka uygun kabul edilecektir¹⁹⁵.

Doktrinde şüpheli veya sanığın genital muayenesinin yapılmasına dair vermiş olduğu rızanın fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı yönünde görüşler de mevcuttur. Bazı yazarlar tarafından CMK'nin 76/2 hükmü uyarınca rızanın yalnızca mağdur tarafından verilebileceği, şüpheli veya sanık tarafından verilecek rızaya hukuken itibar edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre şüpheli veya sanığın genital muayeneye rıza göstermesi halinde dahi yetkili hakim veya savcı kararı bulunmaksızın kişinin genital muayenesinin yapılamayacağı, yapıldığı takdirde genital muayene suçunun oluşacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁶.

Doktrinde kişinin genital muayenesinin adli soruşturma yahut kovuşturma kapsamında yapılması söz konusu ise ilgilinin şüpheli, sanık ya da mağdur olmasına bakılmaksızın vereceği rızanın geçerli olmadığı da savunulmuştur¹⁹⁷. Kişinin adli

¹⁹⁴ DÜLGER, s. 62.

¹⁹⁵ Carlotta CASSANI, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, Çev. Muharrem ÖZEN/Mustafa ÖZEN, TBB Dergisi, C. 21, S. 77, Temmuz 2008, s. 245.

¹⁹⁶ MERAN, s. 372.

¹⁹⁷ KANBUR, s. 25; AYGÜN, s. 389, 390.

soruşturma yahut kovuşturma sürecine dahil olup olmadığına bakılmaksızın ilgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getireceğini kabul etmek gerekir¹⁹⁸. Nitekim şüpheli veya sanığın kendi genital muayenesine rıza göstererek bu muayeneyi yaptırması ile elde edilecek delillerin dosyada esas alınmasının engellenmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde suç şüphesi altında bulunan bireyin bu suç isnadından kurtulmak amacıyla genital muayenesinin yapılmasını talep etmesi ve bu talebin yetkili hakim veya savcı tarafından reddedilmesi halinde şüpheli veya sanığın bu muayeneyi yaptırarak lehine delil elde etmesinin önüne geçilebileceği anlamına gelmektedir. Bu durum şüphelinin veya sanığın lehine olan delilleri toplamasına engel olacaktır. Şüpheli veya sanığın suçsuzluğunu ispat imkanından mahrum bırakılması savunma ve adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır¹⁹⁹.

CMK m. 76/2’de yer alan mağdurun rızası hükmünün CMK m. 75’te yer almaması şüpheli veya sanığın rızası dahilinde yapılan genital muayeneyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir²⁰⁰. Ancak bu şekilde yapılan muayene sonucunda elde edilecek delil CMK m. 75 anlamında değerlendirilemeyecektir. Bu muayenenin sonucunda alınan rapor CMK m. 67/6 uyarınca uzman mütalaası²⁰¹ olarak değerlendirilmelidir²⁰².

¹⁹⁸YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8436; EROĞLU, s. 1137; BEYAZIT, s. 160.

¹⁹⁹ Fahri Gökçen **TANER**, “*Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma Hakkı)*”, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan, C. 2, Ankara 2013, s. 618, 619.

²⁰⁰ EROĞLU, s. 1137.

²⁰¹ Uzman Mütalaası CMK’nin 67/6 hükmünde “*Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaası alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Uzman mütalaası maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından tarafların yargılamaya konu olayla ilgili olarak uzmandan görüş almasıdır. Bu nedenle “*taraf bilirkişiliği*” olarak da adlandırılan bu kurum, savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kanunda düzenlenmiştir. Uzman mütalaası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim **DÜLGER**, “*Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, GÜHFD, C. 9, S. 1-2, Ankara 2007.

İlgilinin rızası bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus Türk hukukuna göre reşit olmayan ve kısıtlıların bu muayeneye rızasının geçerli olup olmadığı hususudur. Rızanın geçerli olabilmesi, kişinin rıza ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Kanunun açıkça rıza ehliyetine ilişkin belirleme yapmadığı hallerde rıza ehliyetinin varlığının tespiti hususunda tereddütler ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş, rıza ehliyetinin varlığının tespitinde hukuki işlem ehliyetinin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak bu görüş hukuki işlem ehliyetine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için fail ile rıza gösteren kişi arasında hukuki bir işlem bulunması gerektiği düşüncesi ile eleştirilmiştir²⁰³.

Rıza ehliyetinin belirlenmesinde hukuki işlem ehliyetine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini kabul eden görüş verilen rızanın malvarlığına ilişkin değerler ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuksal değerler bakımından ayırım yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Bu görüşe göre malvarlığına ilişkin haklar bakımından rıza verecek kişinin ehliyeti hukuki işlem ehliyetine göre belirlenmelidir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından verilecek rıza, kişinin ayırt etme yeteneğine sahip olup olmamasına göre geçerlilik kazanmalıdır²⁰⁴.

Ayırt etme gücünü haiz olmayan küçük ve kısıtlılar bakımından rızanın yasal temsilciden alınması gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır²⁰⁵. Ancak

²⁰² ORHAN, s. 392.

²⁰³ Rıza ehliyetinin tespiti için belirlenecek ölçütler hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Meral **EKİCİ ŞAHİN**, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 132-151.

²⁰⁴ EKİCİ ŞAHİN, s. 142.

²⁰⁵ Elif Fulya **AYDIN**, Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Ankara 2019, s. 71.

TMK'nin 16. maddesinde ayırt etme gücünü haiz küçükler ve kısıtlılar hakkında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmaları için yasal temsilcisinin rızası aranmayacağı düzenlenmiştir. Kişinin bedeni üzerindeki tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkı mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır²⁰⁶. Bu nedenle ayırt etme gücünü haiz küçüklerin ve kısıtlıların bedenlerine yönelen müdahaleler bakımından rıza açıklaması yapmaya, tıbbi müdahaleler bakımından tek başına rıza veya ret açıklaması yapmaya ehil olduklarını kabul etmek gerekir²⁰⁷.

Doktrinde bir görüş; TŞSTİDK'nin 70. maddesinde ve HHY'nin 24/1 maddesinde ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizler bakımından rızanın yasal temsilciden alınabileceğine dair hükümlerin bulunması nedeniyle sınırlı ehliyetsizin rızasının yeterli olmayacağı, yasal temsilciden de rıza alınması gerektiğini ileri sürmüştür²⁰⁸. HHY 24/2 maddesinde “*Kanuni temsilcisinin 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.*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre küçüğün veya kısıtlının ayırt etme gücünü haiz olması halinde bilgilendirilmesi ve görüşünün alınması önemlidir. Bu durum hekimin etik bir yükümlülüğüdür. Tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücünü haiz küçük ve kısıtlılar adına yasal temsilcinin tek başına rıza açıklamaya yetkili

²⁰⁶Ekrem **KURT**, “*Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları*”, İKÜHFD, C. 15, S. 2-2, Ağustos 2016, s. 138, 139; Ezgi **AYGÜN EŞİTLİ**, “*Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti*”, TBB Dergisi, C. 26, S. 106, Mayıs 2013, s. 284.

²⁰⁷ Özge **YÜCEL**, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*, Ankara 2018, s. 53.

²⁰⁸ Mustafa **DURAL**/Tufan **ÖĞÜZ**, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, C. 2, B. 15, İstanbul 2014, s. 107.

olduğunu ileri süren bu görüş rızayla birlikte küçük veya kısıtlının görüşünün de alınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁰⁹.

Kanaatimizce kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından ayırt etme gücünü haiz bireyin kendi rızasını açıklaması yeterli olacaktır. TŞSTİDK ve HHY’de tıbbi müdahaleler bakımından rıza ehliyetine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiş olsa da TMK’nin 16. maddesi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yasal temsilci rızasının aranmayacağını açıkça düzenlemektedir. Ayrıca, rızanın hukuki temelini oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkı ayırt etme gücünü haiz herkesin sahip olduğu bir haktır²¹⁰. Bu nedenle kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı mutlak bir hak olup müdahaleye rızanın bizzat kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ayırt etme gücünü haiz küçük veya kısıtlılar TMK m. 16 uyarınca rıza vermeye ehil olarak kabul edilmeli ve ayrıca yasal temsilcinin rızası aranmamalıdır. Küçük veya kısıtlının müdahale önemini, kapsamını ve gerekliliğini anlayabilecek yeterliliğe sahip olduğu takdirde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını bizzat kullanabilmelidir²¹¹. Nitekim Yargıtay içtihatlarında ayırt etme gücüne sahip küçük bireyin genital muayeneye vermiş olduğu rızanın hukuken geçerli bir rıza olduğunu ve küçüğün rızasının varlığı halinde genital muayene suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir²¹².

Ayırt etme gücünün tespitinde ilgilinin; kendisine yönelen fiillerin niteliğini ve sonuçlarını anlayıp anlamadığı, haklarının kapsamını ve önemini, bu hakları

²⁰⁹ AYDIN, s. 73-75.

²¹⁰ EKİCİ ŞAHİN, s. 320.

²¹¹ Zarife ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 76; Ayşe ÇAKAL, Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara 2018, s. 83, 89.

²¹² Yargıtay 14. CD., 17.05.2021 tarih 2016/8402 E. ve 2021/3450 K. sayılı karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 22.11.2021).

kullanmaktan vazgeçmesinin mümkün olduğunu algılayabilme yeteneğinin olup olmadığına dikkat edilmelidir²¹³. Küçüğün veya kısıtlının ayırt etme gücünü haiz olup olmadığının tespiti hekim tarafından yapılmalıdır²¹⁴.

Üzerinde genital muayene yapılacak olan ilgili rıza göstermeye ehil değilse, bir diğer deyişle ayırt etme gücünü haiz olmayan çocuk ve kısıtlılar bakımından rızayı gösterecek olan veli ya da vasinin rıza açıklamasının geçerli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayırt etme gücünü haiz olmayan küçük veya kısıtlı adına rıza açıklamaya yetkili yasal temsilci bu hususta tamamen serbest değildir. Yasal temsilci çocuğun veya kısıtlının menfaatini gözetken bir karar vermekle yükümlüdür²¹⁵. Veli ya da vasi, kişiyi tıbbi bir zorunluluk olduğunda yahut çocuğun veya kısıtlının suç mağduru olduğu yönünde şüphe duyulması halinde rıza açıklamasında bulunabilir. Ancak veli ya da vasi, tıbbi zorunluluk veya suç şüphesinin bulunmadığı hallerde keyfi olarak yasal temsilcisi olduğu kişinin genital muayenesine rıza gösteremez. Örneğin hymen muayenesinin yapılması amacıyla çocuğunu genital muayeneye gönderen velinin bu yöndeki rıza açıklaması hukuken geçerli olmadığından fiili hukuka uygun hale getirmez²¹⁶.

Rızanın varlığı, yalnızca cezai sorumluluk bakımından değil aynı zamanda hekimin hukuki ve disiplin sorumluluğu bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim her tıbbi müdahale aynı zamanda kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğindedir.

²¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1266.

²¹⁴ ŞENOCAK, s. 77.

²¹⁵ Feridun YENİSEY, “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 876 - 879.

²¹⁶ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1058; YENERER ÇAKMUT, s. 57; NUHOĞLU, s. 2996; OLGUN, s. 40.

Bir diğ er deyişle hukuken h  k m ifade eden geçerli bir rızaya dayanmayan veya kanunen yetki verilmeksizin yapılabilen zorunlu tıbbi müdahaleler dışında tüm tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır²¹⁷. Kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen genital muayenesi tıbbi etikle de bağıdaşmamaktadır. İnsan haklarına aykırı ve etik olmayan bu muayenelerin gerçekleştirilmesi hekimin disiplin sorumluluğuna da sebebiyet verecektir²¹⁸. Bu nedenle özünde bir tıbbi müdahale olan genital muayene öncesinde de hekimin ilgilinin rızasını alması gerekmektedir.

İlgilinin rızasının hukuken geçerli olması rızanın hekim tarafından aydınlatılmış hasta tarafından verilmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümlüsü hekim olup kural olarak bu yetki hekimden başkasına devredilemez²¹⁹. Aydınlatma y k ml l ğ ²²⁰ hukuken geçerli rızanın  n şartıdır, rıza verilmeden önce bu yükümlülüğün gerçekleştirilmesi zorunludur. Aydınlatma yükümlülüğü kişinin irade serbestisi

²¹⁷  zlem **YENERER ÇAKMUT**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 238; **OZANOĞLU**, s. 59.

²¹⁸ Bora **BÜKEN**/Erhan **BÜKEN**/Zeki **SOYSAL**/Sadi **ÇAĞDIR**, “Zorla Yapılan Kızlık Muayenesiyle İlgili Etik ve Hukuki Sorunlar”, Adli Obstetrik/Jinekoloji – Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu (Ed. Zeki **SOYSAL**), C. 2., İstanbul 2005, s. 1544.

²¹⁹ **OZANOĞLU**, s. 73.

²²⁰ Hekimlik Meslek Etiğ i Kuralları m. 26’da aydınlatılmış onam “*Hekim hastasını, hastanın sağık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yöntemlerinin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağık ı için taşıd ı 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  zen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağıkla ilgili her türlü girişim, kişinin  zg r 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 veremeyeceğı durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağık ını tehdit ettiğ  için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediğ  zaman geri alabilir.*” ifadeleriyle düzenlenmiştir.

bakımından önemli olup eksik yahut hatalı bilgilendirilen kişinin serbest irade ile rıza gösterdiğinden bahsedilemez. Bu durum kişilik hakkının ihlalini teşkil edecektir²²¹.

Genital muayene suçunun ilgilinin rızası halinde hukuka uygun hale gelmesi, verilen rızanın hukuka uygun olmasına, bir diğer deyişle hekim tarafından muayene öncesinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi neticesinde verilmiş olmasına bağlıdır. Nitekim kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin gerçek iradesi ancak tam ve doğru bilgilendirme neticesinde oluşacaktır.

TCK'nin 24/1 hükmünde kanun hükmünün yerine getirilmesi, “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Amirin emrini uygulama ise, bir hukuka uygunluk nedeni olarak TCK m. 24/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*”. Ancak TCK’nin 24/3 hükmü uyarınca emrin içeriğinin suç teşkil etmesi halinde emir yerine getirilemez. Getirildiği takdirde emri yerine getiren ve emri veren amir birlikte sorumlu olur. Emrin, hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emrin gerçekleştirilmesinden yalnızca emri veren amir sorumlu olur.

Emri alan memur, emri yerine getirmeden önce bu emrin biçimsel meşruiyetini araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırmayı yapmadan gayri meşru emri yerine getiren memur hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanamaz²²². Ancak emrin açıkça suç teşkil etmediği ve ilk bakışta hukuka aykırılığın anlaşılamadığı hallerde memurun, amirin

²²¹ Fabio Massimo **CARAMUZZINO**, “İtalya’da Hekimlerin sorumluluğu ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza)”, çev. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, YÜHFD, C.6/2, S.2, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2009, s. 31.

²²² TOROSLU, Genel Kısım, s. 153.

emrinin hukuka uygun olacağı inancıyla hareket etmesi mümkündür. Bu halde TCK m. 24/3 uyarınca hukuka uygunluk nedeninin varlığı sebebiyle memurun fiili hukuka uygun hale gelecektir²²³.

Yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen amirin emrini yerine getiren memur konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirdiği için iştirak hükümlerine göre bu suçtan sorumlu tutulacaktır. Ancak memurun gerekli araştırmayı yapmış olmasına rağmen emrin konusunun suç oluşturmadığı yönünde hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanacağını kabul etmek gerekir. Örneğin yetkisiz bir hakim tarafından verilen genital muayeneye gönderme kararının yetkili bir hakim tarafından verildiğini düşünerek kişiyi bu muayeneye götüren memur hukuka uygunluk nedenleri bakımından hataya düşmüş olacaktır. Failin bu hatası kastı ortadan kaldıracığı için hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda bulunduğu inancıyla hareket eden failin fiil üzerinde hataya düştüğünü ve bu hatasından yararlanacağını kabul etmek isabetli olacaktır²²⁴.

Kanun koyucu TCK'nin 287. maddesinin 2. fıkrasında genital muayene suçu bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlemiştir. Buna göre; bulaşıcı

²²³ Doktrinde amirin emrinin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemelerin hatalı yerde düzenlendiği, esasında bu kurumun hata hükümleri ile ilgili olduğu ve kusura ilişkin hükümler arasında yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Diğer bir görüş ise emrin bağlayıcılığı nedeniyle genel hata hükümlerine bakılmaksızın memurun özel bir mazereti oluşturulduğundan hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesinin yerinde olduğunu ileri sürmüştür. Bu hususta ayrıntılı tartışmalar için bkz. Yağmur Müge **ERDOĞAN**, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara 2021, s. 216 – 221.

²²⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinde yapılan hatanın hangi gerekçe ile mazeret kabul edileceği hususunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar, hukuka aykırılığın suç unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki tartışmaları da etkilemiştir. Hukuka aykırılık, suçun olumsuz – negatif unsuru olarak değerlendiren görüş, hukuka uygunluk nedenlerinde hata hususunu açıkça düzenlemeyen ceza kanunları bakımından hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın suçun kanuni unsurunda hata olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Hukuka uygunluk nedenleri bakımından hata hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim **GÜNGÖR**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

hastalıklar dolayısıyla kamu sağığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler genital muayene suçunun oluşturmayacaktır. Doktrinde bu düzenlemenin TCK'nin 24. maddesinde düzenlenen kanun hükmünü yerine getirme kapsamında olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle TCK m. 287/2 hükmü gereksiz ve özensiz bir düzenleme olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir²²⁵.

TCK'nin 287. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar TCK m. 24'te düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin bir tekrarı mahiyetinde düzenlense de 24. maddeden farklı olarak kanunla birlikte tüzük ile öngörülen hükümlere uygun yapılan muayeneleri de hukuka uygun hale getirmektedir. Bu fıkra kaleme alınış biçimi bakımından doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim hukuki dayanağı kanun maddesi olmakla birlikte muayenenin usulünün tüzükle değil bir yönetmelik hükmüyle düzenlenmiş olmasının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmesi hususunda açıklık bulunmamaktadır²²⁶. Bu durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hükmün yönetmelik hükümleri değil; yönetmelik hükmünün dayanak alındığı kanun hükmü olduğunun kabulü gerekmektedir²²⁷.

Evlenmek isteyen kadın ve erkeğin Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname uyarınca genital muayenesinin yapılmaktadır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 123 ve 124. maddelerinde evlenme engeli olan hastalıklar düzenlenmiştir. Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname'nin 2. maddesinde bu hastalıkların bulunup bulunmadığının araştırılabilmesi için kadın ve

²²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1265; ÜNVER, s.454; EROĞLU, s. 1138, 1139; DEMİR, s. 138; OLGUN, s. 39

²²⁶ ÜNVER, s. 454.

²²⁷ DÜLGER, s. 61.

erkeğin muayene edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu nizamname uyarınca yapılan muayeneler TCK m. 287 uyarınca suç teşkil etmeyecektir.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 106. maddesi uyarınca yapılan muayeneler hukuka uygundur. Doktrinde zührevi hastalık taşıdığı ve bu hastalığı yaydığından şüphe edilen kimseler bakımından yapılacak genital muayene için aranan şüphenin ciddi olması gerektiği savunulmuştur. Ayrıca kanun hükmü doğrudan genital muayene öngörmediğinden kan, idrar, sperm tahlili ile yapılabilecek bir tahlil söz konusu olduğunda zorunluluk hasıl olmadıkça genital muayeneye başvurulmaması gerektiği savunulmuştur²²⁸.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25. maddesi uyarınca yapılan genital muayeneler de TCK m. 287/2 uyarınca suç teşkil etmeyecektir.

Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 4. maddesi dayanak alınarak hazırlandığından, bu yönetmelik hükümlerince yapılan genital muayeneler TCK m. 24/1 uyarınca kanun hükmünü yerine getirme sebebiyle hukuka uygun hale gelecektir.

Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği; 7179 sayılı Askeralma Kanunu uyarınca hazırlandığından, bu yönetmelik hükümlerince yapılan genital muayeneler TCK m. 24/1 uyarınca kanun hükmünü yerine getirme sebebiyle hukuka uygundur.

²²⁸ DÜLGER, s. 60.

B. MANEVİ UNSUR

1. KAST

Genital muayene suçu, kastla işlenebilen bir suçtur. Bir suçun taksirle işlenebilmesi için kanunda taksirli halinin düzenlenmiş olması gerekmektedir. Genital muayene suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle genital muayene suçu taksirle işlenemez.

TCK'nin 21. maddesine göre; *“Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* Bu tanıma göre kastın varlığından söz edebilmek için bilme ve isteme unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bilme, kastın düşünme ve öngörme unsurlarını; isteme ise irade unsurunu ifade etmektedir²²⁹.

TCK'nin 21/2 hükmüne göre; *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”* Olası kastta, fail suçun unsurlarının gerçekleşmesini öngörmekte yani kastın bilme unsurunu gerçekleştirmektedir. Ancak fail suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini umursamamaktadır. Yani failin istememe gibi bir iradesi bulunmadığından açıkça olmasa da isteme unsuru gerçekleşmektedir²³⁰.

Genital muayene suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre genital muayene suçunun olası kast ile işlenmesi

²²⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 464.

²³⁰ Yargıtay CGK 03.06.1985 tarihli 1985-83/330 K. sayılı kararı için bkz. Vural SAVAS/Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. I, Ankara 1999, s. 831.

mümkün değildir²³¹. Aksi görüşe göre ise bu suç hem doğrudan kast ile hem olası kast ile işlenebilmektedir²³². Bu görüşe göre muayeneye gönderilen kişiyi tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı halde kişinin rızası olup olmadığını yeterince araştırmadan bu muayeneyi yapan kişinin olası kast ile hareket ettiğini kabul etmek mümkündür. Bu durumda muayene yapan kişi, suçun kanuni unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini umursamamaktadır ve cezai sorumluluğu tayin edilirken TCK m. 21/2 uyarınca kastla işlenmesi halinde öngörülen cezadan üçte birden yarısına kadar indirim yapılacaktır²³³.

Olası kast, failin neticeyi öngördüğü ancak bu neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kaldığı hallerde söz konusudur²³⁴. Daha önce de değinildiği üzere genital muayene suçu neticesiz suçtur. Olası kast sadece neticeyle belirlenebilir.²³⁵ Genital muayene suçu neticesiz bir suçtur. Bu nedenle genital muayene suçunun iki seçimlik hareketi bakımından da olası kast mümkün değildir.

Faili suçu belli bir saikle işlemesinin gerekmediği, bir diğer deyişle hareketin ve neticenin fail bakımından bilinmesi ve istenmesinin yeterli olduğu hallerde, genel kasttan söz edilir²³⁶. Genital muayene suçunun genel kastla işlenebileceği, bu suçun varlığı için özel kast aranmadığı yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.

²³¹ MERAN, s. 375; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3979; ORHAN, s. 395.

²³² İdris TAŞCAN/Suat ÇALIŞKAN, Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları, İstanbul 2018, s. 968; ÜNVER, s. 456; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8435; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1265; NUHOĞLU, s. 2996; YENERER ÇAKMUT, s. 58; DEMİR, s. 137; DÜLGER, s. 58, 59; EROĞLU, s. 1136; KEÇELİGİL, s. 165; OLGUN, s. 39.

²³³ EROĞLU, s. 1136; DÜLGER, s. 59; KEÇELİGİL, s. 165.

²³⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 266, 267.

²³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 388.

²³⁶ Nur CENTEL/Hamide ZAFER/Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 5, İstanbul 2008, s. 391.

2. HATANIN ETKİSİ

Suçun manevi unsuru incelenirken üzerinde durulması gereken bir diğer husus hatadır. Hata ceza hukuku alanında fiili hata ve kural üzerinde hata olarak karşımıza çıkar. Kural üzerinde hata, mazeret olarak kabul edilmez ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²³⁷. Fiili hata, suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları üzerinde hatadır. Suçun unsurlarında hataya düşülmesi kastın bilme unsurunu doğrudan etkilediği için kastı ortadan kaldırır²³⁸.

Yetkili hakim veya savcı kararı olduğu veyahut da kişinin rızası olduğu yönünde hataya düşen failin hatası hukuka uygunluk nedenlerinde hatadır. Fail bu hatasından yararlanacaktır. Bu durumda failin kastı ortadan kalkacağı için cezai sorumluluğu da olmayacaktır. Fail hataya düşmekte taksirli olsa bile suçun taksirli hali düzenlenmediğinden cezalandırılmayacaktır²³⁹.

Doktrinde Cumhuriyet savcısının, beden muayenesine dair talebinin hakim tarafından reddine rağmen kişiyi genital muayeneye göndermesi halinde bu muayeneyi yapan kişinin Cumhuriyet savcısının bu kararını denetleme imkanının olmaması

²³⁷ Kural üzerinde hata, bir diğer deyişle hukuki hata mazeret sayılmamaktadır. TCK'nin 4. maddesi “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” ifadelerine yer vererek ceza kanunları üzerindeki hataların mazeret sayılmayacağını açıkça düzenlemiştir. Mülga 765 sayılı TCK'nin 44. Maddesinde ise “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Yeni kanunda sadece ceza kanunundan söz edilmesi ceza kanunu dışında kalan kanunlar üzerinde hatanın fiil üzerinde hataya dönüşmesi halinde mazeret sayılabileceği anlamına gelmektedir. Ceza kanunu dışında kalan kanun üzerinde düşülen hatanın ne zaman fiil üzerinde hataya dönüşeceği ve mazeret sayılacağı hususu *a priori* olarak çözümlenemez. Her somut olayda hatanın kural üzerinde hata olarak kalıp kalmadığı, fiilli hataya dönüşüp dönüşmediği belirlenmelidir. Kural üzerinde hatanın fiili hataya dönüşmesi hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 251.

²³⁸ GÜNGÖR, s. 24.

²³⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 236; HAKERİ, s. 587; DÜLGER, s. 59; BEYAZIT, s. 159; ORHAN, s. 395.

nedeniyle muayeneyi yapan failin hatasından yararlanacağı kabul edilmiştir. Ancak genital muayene talebi yalnızca kolluk tarafından yapılmışsa yani ortada bir savcı yahut hakim kararı olmadığı açıksa, muayeneyi yapan kişiden kolluğun böyle bir yetkisinin bulunmadığını bilmesi beklenir. Bu durumda muayene yapan fail hakkında hata hükümleri uygulanmamalıdır²⁴⁰.

Doktrinde bir görüşe göre; failin kişide hataya düşmesi, bir diğer deyişle beden muayenesi yapılması yönünde hakkında yetkili hakim veya savcı kararı olan kişi yerine başka bir kişinin genital muayeneye gönderilmesi yahut genital muayenesinin yapılması halinde failin bu hatası esaslı bir hata olarak değerlendirilmez²⁴¹. Bu görüşün aksine failin kişide hataya düştüğü takdirde hatasının esaslı olacağı ve bu hatasından yararlanacağı kanaatindeyiz.

VII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Bir suçun kanuni tanımında yer alan neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olur²⁴². TCK'nin 35. maddesine göre; işlemeyi kastedilen suçun elverişli hareketlerle doğrudan icrasına başlandıktan sonra failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanmaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Bir suçun teşebbüs aşamasında kalması, suçun cezasına oranla daha az ceza ile cezalandırılır. Suçun teşebbüs aşamasında kaldığında TCK m. 35/2 uyarınca cezasında indirim uygulanır.

²⁴⁰ İsmail **MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s. 2552; BEYAZIT, s. 158.

²⁴¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 236.

²⁴² DÖNMEZER/ERMAN, s. 108.

Doktrinde bir suçun tamamlanması bakımından dört aşama incelenir²⁴³. İlki suç fikri ve bu fikrin açıklanmasıdır. İkincisi hazırlık aşamasıdır. Fiillerin bu iki aşamada sonlanması halinde suç oluşmaz. Elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlandıktan sonra fiillerin sonlanması halinde teşebbüs aşaması gerçekleşir. Son olarak neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır²⁴⁴.

TCK'nin 35. maddesi uyarınca failin teşebbüs aşamasında kalmış fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için kanunda yer alan dört koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Öncelikle failin suç işleme kastı bulunmalıdır. Taksirli suçlar bakımından teşebbüs mümkün değildir²⁴⁵.

Olası kast ile işlenen suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar olası kastın netice ile ortaya çıktığı düşüncesiyle olası kastla işlenen suçun tamamlanmaması halinde teşebbüsün cezalandırılmayacağını ileri sürmektedir²⁴⁶. Olası kast ile işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını ileri süren bazı yazarlar, bu durumun failin sorumluluk alanını katlanılamayacak kadar genişlettiğini bu nedenle kişi özgürlüğünü korumak amacıyla olası kasta teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²⁴⁷. Bazı

²⁴³ Suç çeşitli aşamalardan geçtikten sonra dış dünyada ortaya çıkmaktadır. Suçun bu çeşitli aşamalarına “*iter criminis*” bir diğer deyişle “*suç yolu*” denmektedir. Suç yolu, failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için izlediği yoldur. Doktrinde suç yolu farklı başlıklara ayrılarak incelenmiştir. Suç yolunun ikili, üçlü, dördü ve beşli ayrımları için bkz. Pervin **AKSOY İPEKÇİOĞLU**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 19 – 25.

²⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN, S. 108; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 554, 555.

²⁴⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 309.

²⁴⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 113; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 309.

²⁴⁷ İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Ankara 2018, s. 488; SOYASLAN, s. 286.

yazarlarsa kanunda yalnızca kast teriminin kullanılmasıyla kastın her çeşidi bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu ileri sürmektedir²⁴⁸.

Teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin elverişli hareketlerde bulunması gerekmektedir. Hareketin elverişliliğinin tespiti bakımından doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; bir hareketin elverişli olarak kabul edilebilmesi için failin neticeyi oluşturmaya uygun biçimde hareket etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Diğer görüşe göre ise hareketin elverişli olup olmadığı kişiye bağlı değildir. Hareketin elverişliliği objektif unsurlara göre belirlenmelidir. Örneğin silahla ateş eden bir kimse acemiliği nedeniyle hedefe isabet ettiremese de silahla ateş etmek elverişli bir harekettir²⁴⁹.

TCK m. 35 uyarınca teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin icraya başlaması gerekmektedir. Buna göre failin hazırlık hareketleri cezalandırılmayacaktır. Kanunda yer alan doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü belirgin bir ölçüt olmayıp bir fiilin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olup olmadığının tespiti bakımından doktrinde farklı görüşler mevcuttur²⁵⁰. Bir hareketin icra hareketi olarak değerlendirilebilmesi için failin doğrudan bir suçu işlemeye yöneldiğinin anlaşılması

²⁴⁸ Adem SÖZÜER, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 162.

²⁴⁹ Elverişlilik teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 114 – 118.

²⁵⁰ Kanunda teşebbüsle ilgili olarak “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü getirilmiş olup 35. maddenin gerekçesinde buna ilişkin olarak “... Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi veya yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir...” ifadelerine yer verilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun icrasına başlanmadan evvel failin kastının cezalandırılmayacağı vurgulanmıştır. Madde gerekçesinin tamamı için bkz. Remzi GÜNDÜZ/Veysel GÜLTAŞ, 2006-2007-2008 İtihatları ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2009, s. 258.

gerekmektedir. Bu hareketin aşaması gereği failin artık hareketi sonuçlandırma amacı olduğu yönünde kuşku bulunmamalıdır²⁵¹.

Son olarak teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin icra hareketlerinin elinde olmayan sebeplerle son bulması gerekmektedir. Aksi takdirde TCK m. 36'da düzenlenmiş gönüllü vazgeçme kurumu uygulama alanı bulacaktır. Buna göre fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçtiği halde teşebbüsten cezalandırılmaz. Fakat failin fiillerinin tamamlanmamış hali ile bir suç oluşturması halinde o suç bakımından sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Neticesiz suçlar bakımından teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Ancak icra hareketlerinin parçalara bölünebilir ve zamana yayılabilir nitelikte olduğu kimi suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁵².

Doktrinde genital muayene suçuna teşebbüsün mümkün olmadığını ileri süren görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre, genital muayene suçunun ani bir suç olması nedeniyle gönderme fiili bakımından kişinin muayene yapılmak üzere yola çıkarılmasıyla suçun tamamlanacağı, bu aşamadan önceki gönderme kararı verilmesi, yol hazırlığı yapılması şeklindeki fiiller hazırlık fiillerini oluşturduğundan bahisle suçta teşebbüs mümkün değildir²⁵³. Muayene yapma fiili bakımından ise muayene

²⁵¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 312, 313.

²⁵² DÖNMEZER/ERMAN, s. 154, 155; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 572; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 324.

²⁵³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 234; HAKERİ, s. 588; MERAN, s. 801, 802.

hazırlığının hazırlık hareketleri olarak değerlendirilmesi gerektiği ve muayene yapma fiili bakımından da bu suça teşebbüs edilemeyeceği ileri sürülmüştür²⁵⁴.

Genital muayene suçu neticesiz suçtur. Ancak genital muayene suçunun hareketleri parçalara bölünebilir olduğundan bu suça teşebbüs mümkündür²⁵⁵. Genital muayeneye gönderme fiili bakımından suçun gönderme fiilinin tamamlanmasıyla oluşacağını daha önce belirtmiştik. Bu nedenle gönderme fiili henüz tamamlanmadan yani yola çıkılmadan evvel ancak icrai faaliyetler başladıktan sonra fiilin failin elinde olmaksızın kesintiye uğraması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır.

İcrai faaliyetlerin nerede başlayacağı sorununu doktrinde tartışmalara neden olmuş ve bu sorunun çözümü için teoriler üretilmiştir. Ancak bu teoriler bu sorunu çözmede yetersiz kalmıştır. Bu nedenle doktrinde her somut olay bakımından hakimnin teorilerden yararlanarak failin hareketlerinin icrai mi yoksa hazırlık hareketi mi olduğuna karar vermesi gerektiği savunulmuştur²⁵⁶.

Genital muayeneye gönderme fiili bakımından; cinsel saldırı suçunun mağduru olduğu iddiasıyla kolluk kuvvetlerine başvuruda bulunmuş ancak muayene yaptırmak istemediğini belirten kişinin kolluk tarafından rızası hilafına yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderilmesi yönünde talimat verilmesi ancak muayene edilecek kişi bulunduğu yerden henüz gönderilmeden avukatının gelmesiyle

²⁵⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 235.

²⁵⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8437, 8435; ÜNVER, s. 456, 457; NUHOĞLU, s. 2997; YENERER ÇAKMUT, s. 58; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3980; ORHAN, s. 396; DEMİR, s. 141; BEYAZIT, s. 162; POYRAZ, s. 18, 19; OLGUN, s. 41; KANBUR, s. 26, 27; AYGÜN, s. 390; ŞATIR, s. 608; ÖZALP/ÖZALP, s. 324; TOPÇU, s. 140; FIRAT, s. 89.

²⁵⁶ TOROSLU, Genel Kısım, s. 284, 285.

suçun tamamlanamamış olması halinde suçun icrai hareketlerine başlanılmış olması sebebiyle teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.

Genital muayene yapma fiili bakımından; hekimin bir kişiyi bütün itirazlarına rağmen muayene koltuğuna oturarak muayene yapmak amacıyla giysilerini çıkartmaya çalışırken ihbar üzerine harekete geçen kolluk tarafından bu muayenenin engellenmesi halinde muayene yapılamazsa hekim bakımından teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu durumda gönderen fail bakımından fiil tamamlanmış olacağından bu kişiler bakımından suçun tamamlanmış hali ile sorumluluk söz konusu olacaktır²⁵⁷.

B. İŞTİRAK

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi halinde iştirak hükümleri uygulama alanı bulur²⁵⁸. İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için iştirakin şartlarının oluşması gerekmektedir.

İştirakin ilk şartı suç tanımından kaynaklanan bir zorunluluk olmadığı halde birden fazla failin var olması ve bu faillerin her birinin harekette bulunmasıdır. İştirakin ikinci şartı hareketlerin illi olmasıdır. Bir diğer deyişle kişinin neticeden sorumlu tutulabilmesi için hareketi ile netice arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir.²⁵⁹ İştirakin üçüncü şartı, faillerden her birinin suça iştirak bilincinde olması ve iştirak iradesi içerisinde hareket etmesi gerekliliğidir. Dördüncü şart ise bir suçun icrasına başlanmasıdır. İcra hareketleri niteliğinde olmayan hazırlık

²⁵⁷ ORHAN, s. 396.

²⁵⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 746.

²⁵⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 766.

hareketlerine iştirak hükümleri uygulanması mümkün değildir²⁶⁰. Ancak iştirak hareketlerinin cezalandırılabilmesi için suçun tamamlanmış olması şartı aranmaz teşebbüse iştirak hükümleri uygulanabilmektedir²⁶¹.

İştirak hükümleri TCK'nin 37. ile 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca ceza hukukumuzda üç tip iştirak nevi düzenlenmiştir. Bunlar; faillik, azmettirme, yardım etmedir.

Fail, TCK'nin 37. maddesinde düzenlenmiştir. Birinci fıkrada fiili birlikte gerçekleştiren müsterek faillik, ikinci fıkrada başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan dolaylı faillik düzenlenmiştir. Müsterek faillikte; birden fazla fail, bir suç işleme kararı kapsamında hareket ederek suçun oluşmasında doğrudan etkili fiilleri gerçekleştirmektedir. Dolaylı faillikte ise suçun icra hareketlerini gerçekleştiren fail üzerinde hakimiyet kuran, doğrudan faili araç olarak kullanan dolaylı bir fail bulunmaktadır²⁶².

Azmettirme, TCK'nin 38. maddesinde düzenlenmektedir. Azmettirme, bir suçun ilk ve etkili sebebini oluşturmak anlamına gelmektedir. Suç işleme niyetinin azmettirilene nakledilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren doğrudan faildeki suç fikri azmettirene aittir²⁶³.

²⁶⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 503 - 505.

²⁶¹ Faruk EREM, “Suça İştirak”, AÜHFM, C. 3, S. 1, İstanbul 1946, s. 74.

²⁶² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 509 – 511; Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Ankara 2016, s. 435.

²⁶³ EREM, Suça İştirak, s. 83.

İştirak nevilerinden yardım etme; TCK m. 39'da düzenlenmiştir. Buna göre suç işlemeye teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat eden, suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösteren, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, fiilin işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunan kişiler; yardım eden sıfatıyla iştirak hükümlerince sorumlu tutulmaktadır.

Genital muayene suçunun iki seçimlik hareketine de iştirakin her nevi mümkündür. TCK'nin iştirake ilişkin genel hükümleri bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu suç tipi iştirak hükümleri bakımından bir özellik arz etmemektedir.

TCK'nin 287. maddesinde, genital muayeneye gönderme ve genital muayeneyi yapma fiilleri iki seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle muayeneye gönderen fail ile muayeneyi yapan fail arasında ortak bir suç işleme iradesi bulunsa dahi iştirak söz konusu değildir. Nitekim bu seçimlik hareketler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır²⁶⁴.

Doktrinde genital muayeneye gönderme ve genital muayene yapma fiillerinin birbirinden bağımsız farklı suç tipleri olduğunu ileri süren yazarlara göre gönderen ve yapan kişiler, farklı suçların failleri olduklarından aralarında iştirak ilişkisi bulunmamaktadır²⁶⁵.

Failler arasında iştirak iradesinin bulunması iştirakin şartlarındandır. Bu iradenin suçun tekemmülünden önce var olması gerekmektedir. Suçun tamamlanma anından

²⁶⁴ AYGÜN, s. 391; DÜLGER, s. 66; POYRAZ, s. 19; EROĞLU, s. 1140; BEYAZIT, s. 162.

²⁶⁵ Hasan Tahsin **GÖKCAN**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s.857.

sonra ortaya çıkan anlaşmalar iştirak kurumu kapsamında değerlendirilemez ancak şartları mevcut ise müstakil suçlara sebebiyet verebilirler²⁶⁶.

Doktrinde genital muayeneye götüren kişinin sorumluluğu bakımından iştirak hükümleri uygulanacağı ileri sürülmüştür²⁶⁷. Genital muayeneye gönderme suçu, ani bir suç olup gönderme fiiliyle birlikte tamamlanmaktadır. Bu nedenle götüren kişinin bu suç tamamlandıktan sonra suça iştirak etmesi mümkün değildir. Ancak suç tamamlanmadan evvel iştirak iradesi söz konusuysa diğer şartların varlığı halinde iştirak hükümlerince sorumluluğu doğacaktır. Götürenin iştirak iradesi muayenenin yapılmasına ilişkin ise bu durumda genital muayene yapma suçuna iştirak ettiğinden söz edilebilir.

Genital muayene yapma fiili bakımından suçu özgülü suç olarak nitelendiren görüşler sağlık mesleği mensubu dışındaki kimselerin bu fiillerinden iştirak hükümlerince sorumlu tutulabileceklerini ileri sürmektedirler²⁶⁸. Bu görüşün kabul edilmesi halinde de sağlık mesleği mensubu dışındaki kişilerin iştirak hükümlerince sorumlu tutulabilmesi için iştirakin diğer tüm kurallarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁶⁹.

²⁶⁶ EREM, Suça İştirak, s. 67.

²⁶⁷ YENERER ÇAKMUT, s. 54; ÜNVER, s. 448; ORHAN, s. 387, 388.

²⁶⁸ AYGÜN, s. 391; NUHOĞLU, s. 2997; DEMİR, s. 142.

²⁶⁹ Özgülü suçlara kanunda aranan niteliklere sahip olmayan kişilerin iştiraki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş OKUYUCU ERGÜN, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, s. 132 – 135.

C. İÇTİMA

Ceza hukukunda, “suçların içtimalı” ve “cezaların içtimalı” olmak üzere iki çeşit içtima söz konusudur. Suçların içtimalı suç genel teorisi ile alakalı iken cezaların içtimalı yaptırımla alakalıdır²⁷⁰. Bu nedenle bu başlık altında incelenen içtima suçların içtimaıdır.

Bir kimsenin birden çok ceza normunu ihlal etmesi halinde içtima hükümleri uygulanır. TCK’de suçların birleşmesine ilişkin hükümler 42, 43 ve 44. maddelerinde fikri içtima, bileşik suç ve zincirleme suç şeklinde düzenlenmiştir²⁷¹. Fikri içtima, bileşik suç veya zincirleme suç kapsamında olmayan suç birleşmeleri halinde gerçek içtima kuralları uygulanır. Gerçek içtima, birden fazla suç tipinin gerçekleştiği hallerde faile her suç için ayrı ceza verilmesidir²⁷².

TCK’nin 42. maddesinde düzenlenen bileşik (*mürekkep*) suç; kanunda yer alan suç tanımlardan birinin diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesi halinde söz konusu olur. Bileşik suç iki bağımsız suçtan meydana gelmektedir. Bu halde failin sorumluluğu iki ayrı suçtan değil bileşik suça göre belirlenir. Gerçek içtima kuralları uygulanmaz²⁷³. Genital muayene suçu bakımından kanun bileşik suç düzenlemesinde bulunmamıştır.

²⁷⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 644.

²⁷¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 354.

²⁷² Bernd HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım – II, Ankara 2015, s. 400.

²⁷³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 495.

TCK m. 43'te zincirleme suç (*müteselsil suç*) hükümleri düzenlenmiştir. Maddeye göre “Bir suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.”. Zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulması için aynı suçun bir kişiye karşı birden fazla kez işlenmesi gerekmektedir. Suç işleme kararında birliğin tanımı kanunda yapılmamıştır. Doktrinde suç işleme kararının birliğin tespiti bakımından; suçun işleniş biçimi, failin fırsatları değerlendirışı, fiiller arası zaman aralığı, ihlal edilen menfaatlerin benzerliği, failin davranışları gibi somut olayda yer alan verilerden yararlanılması gerektiği savunulmuştur²⁷⁴.

TCK'nin zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin 2. fıkrasında aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda 1. fıkrada yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Örneğin bir kişinin aynı sözle birden fazla kişiye hakaret etmesi durumunda failin sorumluluğu TCK m. 43/1 uyarınca belirlenecektir. TCK m. 43/2 kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından uygulama alanı bulmaz. Bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır²⁷⁵.

Genital muayene suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Öncelikle değerlendirilmesi gereken husus gönderen ve yapan kişinin aynı kişi olması halinde failin sorumluluğudur. Genital muayeneye gönderme ve genital muayene yapma fiillerinin bir suçun seçimlik hareketleri olarak düzenlendiğinden failin

²⁷⁴ Kayıhan İÇEL, Suçların İçtiması, İstanbul 1972, s. 105-110; Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, B. 11, Ankara 2011, s. 316, 317.

²⁷⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 660.

hem gönderme hem yapma fiilini gerçekleştirmesi halinde tek bir suçtan sorumluluğu doğacaktır²⁷⁶.

Götürme fiilinin gönderme fiilinin uzantısı olarak kabul eden yazarlar götürmenin aynı zamanda muayene yapan kişi olması halinde, seçimlik hareketin icrasından sonraki hareketlerin cezalandırılmaması ilkesi gereği tek bir suçtan sorumlu tutulacağını ileri sürmektedir. Örneğin yurt müdürünün genital muayene yapması için hekimi arayarak çağırması üzerine gelen hekimin öğrencileri muayeneye götürmesi ve bu muayeneyi yapması halinde hekimin sorumluluğu tek bir genital muayene suçu üzerinden belirlenecektir²⁷⁷.

Zincirleme suç hükümlerinin seçimlik hareketler bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Gönderme fiili bakımından hem TCK m. 43/1 hem TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç mümkündür. Bir kimsenin aynı kişi tarafından farklı zamanlarda genital muayeneye gönderilmesi halinde şartları varsa TCK m. 43/1 oluşacaktır²⁷⁸. Örneğin daha önce cinsel ilişkiye girip girmediğini öğrenmek için nişanlısını genital muayeneye gönderen kişinin bu muayenenin hekim tarafından reddedilerek yapılmaması neticesinde farklı bir hekime göndermesi halinde TCK m. 43/1 uyarınca bir cezaya hükmedilecek ancak zincirleme suç hükümleri kapsamında hükmedilen ceza artırılabacaktır.

²⁷⁶ AYGÜN, s. 392; BEYAZIT, s. 162; DEMİR, s. 142; FIRAT, s. 94; KANBUR, s. 27; KEÇELİGİL, s. 166; POYRAZ, s. 19; ÜNVER, s. 457.

²⁷⁷ DEMİR, s. 142, 143.

²⁷⁸ YENERER ÇAKMUT, s. 59; DEMİR, s. 143; DÜLGER, s. 64; EROĞLU, s. 1140; FIRAT, s. 93; KANBUR, s. 27; KEÇELİGİL, s. 166; NUHOĞLU, s. 2997; OLGUN, s. 41; ORHAN, s. 397; ÖZALP/ÖZALP, s. 324; POYRAZ, s. 19; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1267; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8438.

Gönderme fiili bakımından TCK m. 43/2 hükmü uygulama alanı bulması mümkündür. Gönderen kişinin tek bir kararla birden fazla kişiyi genital muayeneye göndermesi halinde tek bir genital muayene suçu oluşacaktır²⁷⁹. Örneğin kendilerine aynı anda cinsel saldırıda bulunulduğu iddiası ile başvuran iki mağduru hakim veya savcı kararı almaksızın genital muayeneye gönderen karakol amirinin sorumluluğu TCK m. 43/2 uyarınca belirlenecektir.

Genital muayeneyi yapma fiili bakımından TCK m. 43/1 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Failin, bir kimseyi aynı suç işleme kararı kapsamında birden fazla kez muayene etmesi halinde failin sorumluluğu TCK m. 43/1 hükmü uyarınca tayin edilecektir²⁸⁰. Örneğin bir ebeveynin, çocuğunun cinsel ilişkiye girip girmediğini anlamak için muayene ettiği çocuğunu tecrübesizliği nedeniyle emin olmak için yeniden muayene etmesi halinde sorumluluğu TCK m. 43/1 uyarınca belirlenecektir.

Genital muayene yapma fiili bakımından TCK m. 43/2 uygulanamaz. Nitekim bir kimsenin tek bir fiil ile birden fazla kişiyi muayene etmesi imkansızdır²⁸¹. Bu durumda fiilin tekliğinden bahsetmek mümkün olmadığından muayene edilen kişi sayısının suç oluşacaktır. Bu durumda failin sorumluluğu gerçek içtima hükümlerince

²⁷⁹ YENERER ÇAKMUT, s. 59; DEMİR, s. 143; DÜLGER, s. 64; EROĞLU, s. 1141; FIRAT, s. 93; HAKERİ, s. 589; KANBUR, s. 27; KEÇELİGİL, s. 166; NUHOĞLU, s. 2997; OLGUN, s. 41; ORHAN, s. 397; ÖZALP/ÖZALP, s. 324; POYRAZ, s. 19; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1297; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8438.

²⁸⁰ YENERER ÇAKMUT, s. 59; DEMİR, s. 143; EROĞLU, s. 1141; KANBUR, s. 27; KEÇELİGİL, s. 166; FIRAT, s. 93; NUHOĞLU, s. 2997; OLGUN, s. 41; ORHAN, s. 397; ÖZALP/ÖZALP, s. 324; POYRAZ, s. 19; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1267; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8438.

²⁸¹ Kanunda kullanılan “tek fiil” ifadesinin “tek davranış” olarak anlaşılması gerektiği yönündeki eleştiriler için bkz. TOROSLU, Genel Kısım, s. 338, 339; Türkan YALÇIN SANCAR, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, TBB Dergisi, S. 70, Ankara 2007, s. 251.

belirlenecektir²⁸². Doktrinde genital muayene yapma fiili bakımından tek fiille birden fazla kişinin muayene edilebileceği yönünde aksi yönde görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre örneğin bir sağlık personelinin birden fazla kişiyi aynı pozisyonda tıbbi cihaz kullanarak kayıt altına alması halinde TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir²⁸³. Bu örnekte kişinin muayenesinin ancak genital bölgesinin incelenmesi araştırılması ve kontrol edilmesiyle gerçekleşebileceğinden sağlık personelinin fiilinin tekliğinden söz edilemeyeceğini kabul etmek isabetli olacaktır. Failin muayene edilen her kişi bakımından ayrı bir inceleme, kontrol etme fiili gerçekleştireceği gözetilerek TCK m. 43/2 hükmünün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

TCK m. 44'te fikri içtima düzenlenmiştir. Kanuni tanımına göre bir fiil ile birden fazla suça sebebiyet veren fail hakkında gerçek içtima kuralları uygulanmaz, sorumluluğu oluşan suçlardan yaptırımı daha ağır cezayı gerektiren suç yönünden belirlenir. Fikri içtimanın oluşabilmesi için tek ve aynı fiilin birden fazla ceza normunu ihlal etmesi şartı aranmaktadır²⁸⁴.

Genital muayene suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) suçu arasındaki içtima ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar bileşik suç olarak genital muayene suçunun bir unsuru olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenmemiş olduğundan gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı savunulabilirse de doktrinde hürriyetten yoksun kılma fiilinin bu suçun doğal bir unsuru

²⁸² YENERER ÇAKMUT, s. 59; DÜLGER, s. 65; EROĞLU, s. 1141; FIRAT, s. 93; KANBUR, s. 27; HAKERİ, s. 589; KEÇELİGİL, s. 166; NUHOĞLU, s. 2998; OLGUN, s. 41; ORHAN, s. 397; ÖZALP/ÖZALP, s. 325; POYRAZ, s. 19; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8438.

²⁸³ DEMİR, s. 143.

²⁸⁴ Kayıhan İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 2017, s. 575.

olduğu kabul edilmektedir. Nitekim genital muayene suçu yapısı gereği kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan işlenebilir bir suç değildir. Bu nedenle fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmamalıdır²⁸⁵.

Bir suçun kanuni tanımında yer alan fiil zorunlu olarak daha hafif bir fiili muhteva ediyorsa karma suçtan söz edilir. Karma suçta birden fazla hukuki menfaat ihlali ve birden fazla netice söz konusudur ancak bu neticelerden hafif olanı ağır olan içerisinde erimektedir²⁸⁶. Farklı hukuki konular ihlal edilmiş olmasına rağmen karma suç söz konusu olduğunda faile yalnızca hafif fiili kapsayan ağır fiil dolayısıyla ceza verilmelidir²⁸⁷.

Genital muayene suçunun tanımı zorunlu olarak hürriyetten yoksun kılma suçunu da ihtiva etmektedir. Bu nedenle karma suç teorisi uyarınca faile ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu uyarınca ceza verilmemelidir. Ancak failin hürriyetten yoksun kılma fiili, muayeneye gönderme veya yapma fiilleri bakımından gereken zorunluluğu aşacak ölçüde ise ayrıca hürriyetten yoksun kılma suçu oluşacaktır²⁸⁸. Örneğin okul müdürünün zorla genital muayeneye gönderdiği öğrencisini muayene zamanına dek dersliğe kilitlemesi halinde ayrıca hürriyetten yoksun kılma suçu oluşacaktır.

²⁸⁵ AYGÜN, s. 392; DÜLGER, s. 65; FIRAT, s. 95; GÖKCAN, s. 858; KANBUR, s. 28; KEÇELİGİL, s. 167; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1268.

²⁸⁶ Karma suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 646, 647.

²⁸⁷ Uygulamada karma suç kavramı açıkça kabul edilmese de Yargıtay tarafından karma suç teorisinin sonuçları bileşik suç veya fikri içtima kavramı içerisinde uygulanmaktadır. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun insan ticareti suçunun bir unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu iki suçtan ayrı ayrı mahkumiyet kurulmasının yerinde olmadığı yönündeki görüşü için Yargıtay 18. CD. 04.11.2015 tarihli 2015/24178 E. ve 2015/10157 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 22.11.2021)

²⁸⁸ NUHOĞLU, s. 2998; DÜLGER, s. 65.

Doktrinde genital muayene suçu için gereken hürriyetten yoksun kılma fiilinin ne kadar süre için makul görülebileceği yönünden tahdidin muayene edilecek yere varmak için gerekli süre ve muayenede geçen süreyle sınırlı olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bu süreleri aşan hürriyetten yoksun kılmanın orantılılığından söz edilemeyeceğinden ayrıca hürriyetten yoksun kılma suçu oluşacaktır²⁸⁹.

Doktrinde genital muayene suçu işlenmesinden önce veya sonra orantısız biçimde hürriyetten yoksun kılınması halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı ileri sürülse²⁹⁰ de bu durumda tahdidin, gönderme veya yapma fiillerinden ayrı bir fiil olması nedeniyle tek bir fiilden söz edilemeyeceğinden fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulmayacaktır.

Genital muayene suçu ile cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının içtima ilişkisi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre genital muayene esnasında gereklilik bulunmadığı halde kişiye organ yahut sair cisim sokulmak suretiyle muayene gerçekleştirilirse cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu oluşacaktır²⁹¹. Bu durumda failin sorumluluğu gerçek içtima hükümlerince belirlenecektir.

Doktrinde gereklilik bulunsa bile muayenenin organ veya sair cisim sokularak gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı yahut mağdurun yaşına göre cinsel istismar suçu oluşacağından fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür²⁹².

²⁸⁹ FIRAT, s. 95.

²⁹⁰ DEMİR, s. 141.

²⁹¹ AYGÜN, s. 392; DÜLGER, s. 65; EROĞLU, s. 1141, 1142; KEÇELİGİL, s. 167.

²⁹² DÜLGER, s. 65; KEÇELİGİL, s. 166.

Aksi yönde bir diğer görüş gereklilik bulunduğu takdirde cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun oluşmayacağını ileri sürmüştür²⁹³.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre; TCK m. 102/1 ve 103/1 hükümlerinde failin cinsel duyguları tatmin saikiyle hareket etmesi arandığından yalnızca bu saik ile hareket edilmesi halinde fail, cinsel saldırı veya istismar suçundan cezalandırılacaktır. Genital muayene yapan failin böyle bir maksadı bulunmadığı takdirde yalnızca genital muayene suçundan sorumlu tutulacaktır. Ancak TCK m. 102/2 ve 103/2 hükümlerinde failde cinsel duyguları tatmin saiki aranmadığından genital muayenenin organ yahut cisim sokularak yapılması halinde tek bir hareket ile birden fazla ceza normu ihlal edilmiş olacağından fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Gereklilik bulunmadığı halde organ yahut cisim sokularak muayene edilmesi halinde cinsel saldırı veya cinsel istismar ve genital muayene suçlarından ayrı ayrı ceza tayin edilecektir²⁹⁴.

Doktrinde TCK m. 102/2 ve 103/2 bakımından cinsel duyguları tatmin şartının aranmadığı görüşüne katılmamaktayız. Nitekim bir suçun nitelikli halinin suçun basit halinde yer alan bütün unsurları ihtiva ettiği düşünülmelidir. Kanunun lafzında suçun basit halinde var olan bir unsurun nitelikli halinde zikredilmemesi o unsurun nitelikli halinde aranmayacağı anlamına gelmemektedir²⁹⁵.

TCK m. 102/1 ve 103/1 hükümlerinde cinsel davranış fiilinin sübjektif anlamının 102/2 ve 103/2 hükümlerinde objektif anlamının kullanılması isabetli değildir. Bu halde uygulamada tutarsız sonuçlar ortaya çıkacağı gibi kasten yaralama, işkence gibi

²⁹³ BEYAZIT, s. 163.

²⁹⁴ YENERER ÇAKMUT, s. 59; DÜLGER, s. 65; POYRAZ, s. 19.

²⁹⁵ Zeki **HAFIZOĞULLARI** / Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2015, s. 161; TOROSLU, Özel Kısım, s. 63; ORHAN, s. 399.

suçlar ile cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasındaki sınırın çizilmesi de güçleşecektir. Bu nedenle TCK m. 102/2 ve 103/2 hükümlerinin ancak failin cinsel davranışlar doğrultusunda fiili gerçekleştirmesiyle uygulama alanı bulacağının kabul edilmesi gerekmektedir²⁹⁶. Diğer görüşe göreyse cinsel suçlar bakımından failin cinsel duygularını tatmin saikiyle hareket etmesi arandığından cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu ile genital muayene suçu arasında içtima ilişkisi bulunmamaktadır²⁹⁷.

Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının cinsel davranışla işlenmesi gerekmektedir. Cinsel davranış İtalyan Yüksek Mahkemesi'ne göre; mağdurun cinsel bütünlüğünü ihlal eden, cinsel seçimlerini özgürce yapma hakkını tehlikeye koymaya elverişli ve vücut teması gerektiren davranıştır²⁹⁸. Bu nedenle genital muayene suçu ile cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Zira cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için failin cinsel dürtüleri tatmin saikiyle hareket etmesi gerekmektedir²⁹⁹.

Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının cinsel davranışla işlenmesi gerektiğinden failin kastı ya genital muayene yapmak yönünde ya da cinsel saldırı yahut istismar fiilini gerçekleştirmek yönündedir. Bu nedenle bu suçlar arasında içtima ilişkisinden söz edilemez. Failin kastının muayeneye ilişkin olması halinde genital

²⁹⁶ TOROSLU, Özel Kısım, s. 63; Türk öğretisinde objektif görüş incelemeleri için bkz. Fahri Gökçen **TANER**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, B. 2, Nisan 2017, s. 103, 104.

²⁹⁷ OLGUN, s. 42; ORHAN, s. 398; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8438; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1268.

²⁹⁸ İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin bu tanımı için bkz. **TANER**, s. 104.

²⁹⁹ **FIRAT**, s. 68.

muayene suçu, cinsel davranışlarla cinsel dürtülerini tatmin etmeye ilişkin olması halinde cinsel saldırı suçu oluşacaktır³⁰⁰. Bu halde genital muayene yapan failin ayrıca cinsel suçlar bakımından sorumlu tutulabilmesi için kastının yenilenmesi ve fiilin kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal edecek nitelikte bir vücut temasıyla gerçekleşmesi gerekmektedir³⁰¹.

Doktrinde, muayeneyi yapan failin başlangıçta cinsel bir amacı bulunmadan muayene yapmaya başlamasının ardından cinsel dürtülerinin etkisine kapılarak cinsel davranışlarla kişinin vücut boşluklarına organ veya sair cisim sokarak nitelikli cinsel saldırı fiilinde bulunulması halinde muayene için organ veya cisim sokulması gerekliliğine bakılmaksızın fikri ıçtima hükümleri uygulanacağı savunulmuştur³⁰². Bu durumda failin fiilinin tekliğinden bahsedilemeyeceği için fikri ıçtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Fail hem genital muayene hem cinsel saldırı suçundan, gerçek ıçtima hükümlerince sorumlu tutulmalıdır.

Genital muayene suçu ile yaralama suçu (TCK m. 86) arasındaki ıçtima ilişkisinin de incelenmesi gerekmektedir. Kasten yaralama suçunun oluşabilmesi için kişinin vücuduna kasten acı verilmesi, sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunması gerekmektedir. Genital muayene yapılarak aynı zamanda kişinin vücuduna acı verilmesi halinde failin kastına bakılması gerekmektedir. Failin kastının yaralama olmadığı hallerde TCK m. 86 uyarınca suç oluşmayacaktır. Ancak genital muayene esnasında muayene edilen kişinin aynı zamanda muayeneye zorlanırken kasten

³⁰⁰ FIRAT, s. 85.

³⁰¹ TANER, s. 256.

³⁰² ÖZALP/ÖZALP, s. 325, 326.

yaralanması halinde hem yaralama hem genital muayene suçu oluşacaktır³⁰³. Örneğin muayene yapılamaması için sürekli hareket eden hastaya tokat atarak muayeneye zorlayan hekimin sorumluluğu hem genital muayene suçu hem de yaralama suçu bakımından doğacaktır.

Doktrinde bir görüş, genital muayene yapma fiili esnasında hymenin bozulması halinde yapan failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu olacağını ileri sürmüştür³⁰⁴. Kasten yaralama suçunun kanuni tanımında; failin kasten kişinin vücuduna acı vermesi, kasten sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması aranmıştır. Bu nedenle failin muayene yapılan kişinin vücuduna acı verilmesi yahut sağlığının bozulması kastı bulunmadığı takdirde bu suçun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Yaralama suçunun taksirli halinin kanunda düzenlenmiştir. Yargıtay içtihatları bu durumda taksirle yaralama hükümleri uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir³⁰⁵.

³⁰³ BEYAZIT, s. 163; DÜLGER, s. 65; FIRAT, s. 95; KANBUR, s. 28; ORHAN, s. 397, 398.

³⁰⁴ FIRAT, s. 95.

³⁰⁵ Yargıtay 12. CD. 02.11.2015 tarih 2015/810 E. ve 2015/16523 K. sayılı kararında “Sanığın aşamalarda alınan tüm beyanlarından; katılanın bakire olup olmadığının sanık doktor tarafından katılana muayenenin hiçbir aşamasında sorulmadığı, muayenenin olayı riskleri ve sonuçları açısından da katılanın aydınlatılmadığı, sanığın; katılanın 40 yaşında, üniversite mezunu olması ve şikayetini kısmen tıbbi kelimelerle izah etmesinin de aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, sanığın, katılanın bakire olmadığını düşünerek ve dış genital muayenede herhangi bir bulgu saptanmamasına rağmen, katılanın aydınlatılmış rızasını almadan iç muayeneye devam edip spekulum aletiyle muayene edip katılanın kızlık zarının yırtılmasına neden olmasında, katılanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlama yükümlülüğünün sanık doktora ait olacağı, gerekli aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ve katılanın aydınlatılmış rızasını almadan, muayenenin muhtemel sonuçlarının risklerini katılana bildirmeksizin tıbbi müdahaleye devam etmesi sebebiyle sanığın kusurlu olduğunun kabulü gerekirken hatalı değerlendirme ile kusursuz olduğundan beraatine karar verilmesi Kabule göre de; Hükmün esasını teşkil eden kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm kısmında, sanık hakkında beraat hükmü kurulurken, uygulanan kanun maddesinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine aykırı hareket edilmesi, Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA 02.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu karara göre hymen zarının yırtılması bakımından hekimin aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve onam almaması dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiş ve sanığın

Genital muayene suçunun failinin kamu görevlisi³⁰⁶ olması halinde işkence suçu ile (TCK m. 94) arasındaki içtima ilişkisinin de incelenmesi gerekir. TCK'nin 94. maddesinde işkence suçu genel kast ile işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde işkence suçunun yaralama, cebir, hakaret gibi benzer suçlardan ayırt edilmesini güçleştirmesi nedeniyle eleştirilmiştir. İşkence suçunun benzer suçlardan ayırt edilebilmesi için belli bir saikle işlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁰⁷. Nitekim Yargıtay da içtihatlarında işkence kastının varlığının kabul edilebilmesi için bazı saiklerle hareket etmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁰⁸. Bu nedenle kişiyi yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan kamu görevlisi failin sorumluluğunun tespiti bakımından kastının araştırılması isabetli olacaktır.

Genital muayene suçu ile cebir suçu (TCK m. 108) arasındaki içtima ilişkisine değinmek gerekir. Genital muayene suçu doğası gereği cebir suçunu da ihtiva etmektedir. Tıpkı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi bu suçun oluşması için cebir de uygulanması olağandır. Ayrıca faile cebir suçundan ceza verilmez.

taksirle yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 12. CD. 02.11.2015 tarih 2015/810 E. ve 2015/16523 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-810-k-2015-16523-t-2-11-2015> (Erişim tarihi: 17.02.2022).

³⁰⁶ Kamu görevlisi kavramının kapsamı ve tanımı hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. OKUYUCU ERGÜN, s. 40-61.

³⁰⁷ Timur **DEMİRBAŞ**, İşkence Suçu, B. 2, Ankara 2016, s. 105.

³⁰⁸ Yargıtay 4. CD. 09.05.2007 tarih 2007/2313 E. ve 2007/4406 K. sayılı kararında “Emniyet karakol görevlisi olan sanıkların katılanın şikayeti üzerine başlatılan soruşturma sırasında olayları bildirmesini engellemek ve beyanlarını değiştirmesini sağlamak amacıyla katılanı karakola çağırıp gözlerini bağlayarak dövmek suretiyle kötü muamelede bulunma eylemlerinin işkence suçunu oluşturabileceği...” şeklinde hüküm kurarak failin belli bir saikle hareket ettiği takdirde suç vasfının değişebileceğini belirtmiştir. Yargıtay 4. CD'nin bu kararı için bkz. legalbank.net (Erişim tarihi : 21.03.2022)

Genital muayene suçu işlenirken genital muayene yapılan kişiye ayrıca hakaret edilmesi halinde gerçek içtima hükümlerince hem hakaret hem genital muayene suçundan ayrı ayrı ceza verilmelidir³⁰⁹.

Kişinin genital muayenesi, özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle bu suç bakımından incelenmesi gereken bir diğer suç tipi özel hayatın gizliliğinin ihlalidir. TCK m. 134'te bu suç “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın kişinin rızası hilafına yapılan genital muayenelerin aynı zamanda kişilerin özel hayatının gizliliğini de ihlal ettiği söylenebilir.

Özel hayatın gizliliği ve genital muayene suçları arasında karma suçun bir çeşidi olan geçitli suç ilişkisi olduğunu düşünmek mümkündür. Geçitli suç teorisine göre failin daha ağır olan suçu işleyebilmesi için daha hafif olan suçu işlemesi gerekmektedir. Bu durumda faile yalnızca daha ağır sonucu olan suçtan ceza verilmelidir³¹⁰. Bu nedenle failin özel hayatın gizliliğini ihlal ederek genital muayene suçunu işlemesi halinde yalnızca genital muayene suçundan sorumlu tutulmalıdır.

Doktrinde genital muayene yapma fiili bakımından suçun özgü suç olduğunu kabul eden bazı yazarlar, sağlık mesleği mensubu olmayan failin sorumluluğunun şartlarına göre cinsel saldırı, cinsel istismar veya yaralama suçuna mevcudiyet

³⁰⁹ DÜLGER, s. 65; ORHAN, s. 397, 398.

³¹⁰ 5237 sayılı TCK'de geçitli suçta birçok örnek bulmak mümkündür. Örneğin kasten öldürme suçunun gerçekleşebilmesi için öncelikle failin önce kasten yaralaması gerekmektedir. Geçitli suç teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 649 – 651.

vereceğini ileri sürmüşlerdir³¹¹. Suçun özgü suç niteliği olduğu kabul edilse dahi failin kastının cinsel saldırı, cinsel istismar yahut yaralama olmaması halinde yalnızca genital muayene eyleminin bu suçları oluşturmayacağı kabul edilmelidir.

D. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

Suçta etki eden nedenler, suçların ağırlığına etki eden, suçun bir unsuru sayılmayan nedenlerdir. Zararlı ve tehlikeli görülen beşeri davranışlar, suç sayılırken bunların yalın hallerinin yanı sıra nitelikli halleri de düzenlenmiştir³¹². Suça etki eden nedenlerin bulunması halinde “nitelikli suç”tan söz edilir³¹³.

Suçta etki eden nedenler suçun ağırlığını etkiler. Suç, nedene bağlı olarak daha ağır veya daha hafif bir hale gelir. Bu nedenle de suçun basit haline göre verilecek olan ceza artırılır veya azaltılır. Suça etki eden nedenler, genel ve özel olarak ayrılırlar. Bu ayrıma göre tüm suç tiplerine uygulanabilen nedenlere genel nedenler, bir veya bir grup suç tipi için öngörülen nedenlere ise özel nedenler denmektedir³¹⁴.

TCK m. 287’de düzenlenen bu suç bakımından özel bir ağırlaştırıcı veya hafifletici neden düzenlenmemiştir. Bu nedenle TCK’nin “*Genel Hükümler*” başlıklı birinci kitabında düzenlenen ve tüm suçlar için geçerliliği bulunan hafifletici nedenler bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

³¹¹ HAKERİ, s. 589.

³¹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 366.

³¹³ TOROSLU, Genel Kısım, s. 261.

³¹⁴ TOROSLU, Genel Kısım, s. 263.

TCK'nin 29. maddesinde hafifletici bir neden olarak haksız tahrik kurumuna yer verilmiştir. Bu hükme göre suçun, haksız bir fiil karşısında duyulan hiddet veya şiddetli elem etkisi altında işlenmesi halinde verilecek cezada indirim yapılmaktadır. Genital muayene suçu bakımından haksız tahrik indiriminin uygulanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Haksız tahrik altında işlenen suç bir tepki suçu olup tahrikçiye yönelmiş ve hiddet veya şiddetli elemin bastırarak boyutta olmalıdır. Bir diğer deyişle tepki suçu ile haksız tahriki oluşturan davranışın birbirine uygun olması gerekmektedir³¹⁵. Nitekim doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında da suç ile tahrikin birbirine uygun olması gerektiğine değinilerek cinsel saldırı ve yağma suçları bakımından haksız tahrik kurumunun uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir³¹⁶.

Genital muayene suçu bakımından da haksız tahrik indirimi uygulanamayacağını kabul etmek gerekir. Nitekim failin hiddet veya şiddetli elem duygularını bastırmak amacıyla kişiyi genital muayeneye göndermesi yahut bu muayeneyi yapması söz konusu olamayacağından bu suç ile haksız tahrik kurumu bağdaşmamaktadır. Haksız tahrik hükümleri bu suç bakımından uygulama alanı bulamayacaktır.

³¹⁵ Devrim **AYDIN**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, Y. 2005, s. 240.

³¹⁶ Cinsel suçlar bakımından haksız tahrik kurumunun ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. TANER, s. 231.

VIII. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI

Suçların takibine kural olarak re'sen başlanır. Ancak TCK'de bazı suçlar bakımından soruşturmaya başlanması ve ceza davası açılması suçtan zarar görenin şikayetine bağlanmıştır. Takibi şikayete bağlı suçların kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir³¹⁷. Genital muayene suçu şikayete tabi bir suç olmayıp soruşturulması ve kovuşturulması re'sen gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle bu suçun işlendiğine dair yapılan bildirim CMK m. 158 uyarınca ihbar niteliğindedir³¹⁸.

4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca kamu görevlileri uyarınca görevleri esnasında işledikleri iddia olunan suçlar bakımından soruşturma yürütülebilmesi için yetkili merciden izin alınması gerekmektedir. Ancak CMK m. 161/5 hükmünde “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.*” ifadelerine yer verildiğinden genital muayene suçunun faili olan kamu görevlisi hakkında yetkili merciden izin alınmaksızın doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma başlatılmaktadır.

CMK'nın uzlaştırmayı düzenleyen 253/1-c bendi uyarınca failin, suça sürüklenen çocuk olması halinde üst sınırı üç yılı geçmeyen suçlar şikayete tabi olup olmadığına bakılmaksızın uzlaştırmaya tabidir. Ancak uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi

³¹⁷ Devrim GÜNGÖR, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara 2009, s. 35, 36.

³¹⁸ DEMİR, s. 145.

için suç mağdurunun gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması gerekmektedir. Mağdurun kamu tüzel kişisi olması halinde uzlaştırma hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır³¹⁹.

Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan liste incelendiğinde Genital Muayene Suçu, failin çocuk olması halinde uzlaştırmaya tabi suçlar arasında yer aldığı görülmektedir³²⁰. Genital muayene suçu her ne kadar adliye karşı suçlar arasında düzenlense de Adalet Bakanlığı'nın Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nın yayımlandığı liste gereği uzlaştırma kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durum dahi aslında suç düzenlemesinin düzenlenme yerinin hatalı olduğunu gösterir niteliktedir. Uygulamada, adliye karşı suçlar arasında düzenlenmesine ve suçun mağduru adliye olarak belirlenmesine rağmen genital muayene suçundan zarar gören ilgilinin fail ile uzlaşması mümkündür. Genital muayene suçu ön ödemeye ve seri muhakeme usulüne tabi suçlardan değildir.

6545 sayılı Kanun³²¹,un 46. ve 49. maddeleri uyarınca ceza muhakemesinde görev hususunda bazı değişiklikler yapılmış ve sulh ceza mahkemeleri, sulh ceza hakimlikleri olarak değiştirilmiştir. Bu kanun yürürlüğe girmeden evvel 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca genital muayene suçu bakımından görevli mahkeme sulh ceza mahkemeleri iken yapılan değişiklik ile asliye ceza mahkemeleri görevli hale

³¹⁹ Olgun **DEĞİRMENCİ**, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, B. 2, Ankara 2021, s. 174.

³²⁰ Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nın uzlaştırma kapsamında yer alan suç tiplerini yayımladığı liste için bkz. alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/uzlastirma-kapsamina-giren-suc-listesi (Erişim tarihi: 22.11.2021).

³²¹ 28.06.2014 tarih Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş 6545 sayılı "Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun".

gelmiştir. Yetkili mahkeme ise CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir. CMK’de yer alan özel yetki kuralları bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

IX. YAPTIRIM

Genital muayene suçunun yaptırımı TCK m. 287’de üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Mahkeme, sanık hakkında isnat edilen suçun işlendiğinin sabit olması halinde, TCK m. 61 ve 62. uyarınca alt sınırı üç ay üst sınırı bir yıl olacak şekilde ceza tayin eder.

TCK m. 49 uyarınca bir yıl ve daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezalarıdır. Genital muayene suçu nedeniyle hükmolunacak hapis cezası “kısa süreli hapis cezası” niteliğindedir. Kısa süreli hapis cezaları TCK m. 50’de yer alan diğer şartların mevcudiyeti halinde adli para cezasına çevrilebilir. TCK m. 51’de yer alan diğer şartların mevcudiyeti halinde hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilir. Aynı şekilde CMK m. 231’de yer alan şartların bulunması halinde sanık hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına da karar verilebilir.

Ceza hukukunda dava zamanaşımı TCK’nin 66. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre genital muayene suçunun dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. Bu sürenin dolmasıyla birlikte açılmış olan kamu davasında düşme kararı verilmesi gerekir. Henüz soruşturma aşamasında dava zamanaşımı süresinin dolduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısının hangi yönde karar vereceğine ilişkin kanunda belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle mülga 765 sayılı TCK döneminde kabul edilen uygulamanın devam ettirilmesi ve dava zamanaşımı süresinin dolduğu fark

edilen soruştırmalar neticesinde kamu davası açılmaması isabetli olacaktır³²². Dava zamanaşımı kesen nedenlerin bulunsa bile TCK m. 67/4 uyarınca dava zamanaşımı en geç on iki yılda dolmaktadır.

TCK'nin 68. maddesinde ceza zamanaşımı düzenlenmiştir. Kesin hüküm üzerinden kanunda öngörülen srelerin geçmesiyle ceza zamanaşımı dolar. Ceza zamanaşımının dolmasıyla hükmün infaz edilmesi mümkün olmaz³²³. Genital muayene suçunun yaptırımı beş yıldan az hapis cezası olduğundan TCK m. 68/1-e bendi uyarınca ceza zamanaşımı on yıldır. Kesin hükümden itibaren on yıl geçmesiyle cezanın infaz edilme imkanı ortadan kalkar.

³²² Fahri Gökçen **TANER**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 121.

³²³ TANER, Zamanaşımı, s. 135.

SONUÇ

TCK m. 287'nin gerekçesinde de vurgulandığı üzere hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen muayenelerin engellenmesi amacıyla genital muayene suçu düzenlenmiştir. Buna göre hakimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, kişinin genital muayenesini yapılmasına ilişkin karar verdiği haller dışında gerek kamusal bir menfaat temini için gerekse özel hayatın araştırılması maksadıyla gerçekleştirilen rıza dışı muayeneler hukuka aykırıdır. Kişiyi hakim veya savcı kararı bulunmadığı halde genital muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan fail hakkında TCK m. 287 uyarınca üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Genital muayene ile ihlal edilen vücut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği, anayasada, uluslararası sözleşmelerde ve uluslararası insan hakları metinlerinde güvence altına alınmıştır. Anayasanın 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. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.

CMK'nin 75 ve 76. maddelerinde şüphelinin, sanığın ve diğer kişilerin beden muayenesi düzenlenmiştir. Kanunun bu maddeleri her ne kadar hakim veya savcının rızası dışında kişiyi genital muayeneye gönderebileceği şeklinde düzenlenmiş olsa da kişinin rıza göstermemesi halinde kararın uygulanabilmesi için zora başvurulması mümkün değildir. Nitekim şüpheli, sanık veya diğer kişilerin zor kullanılarak gerçekleştirilen muayeneleri neticesinde elde edilen delil değerlendirmeleri hukuka aykırı olacaktır. Aksinin kabulü, şüpheli veya sanığın kendisinin işlediğinden şüphe

edilen bir fiil nedeniyle işkenceye tabi tutulmasını savunmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle uluslararası insan hakları metinleriyle yer alan güvencelerin CMK'nin beden muayenesine ilişkin maddelerine hakim veya savcı kararıyla dahi kişinin rızası dışında genital muayeneye tabi tutulamayacağına ilişkin hüküm eklenmesi isabetli olacaktır.

Genital Muayene Suçu, TCK'nin ikinci kitabının “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hüküm*” başlıklı dördüncü kısmının “*Adliye Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde 287. maddede düzenlenmiştir. Bu suçun adliye karşı suçlar arasında düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim kanunun yapılış amacı olarak belirtilen bireyi temel alan ceza hukuku anlayışının bir tezahürü olarak bu suçun koruduğu hukuki menfaatin öncelikle kişi hürriyeti olarak tercih edilmesi gerekmektedir. Nitekim madde gerekçesi suç düzenlemesiyle adliyenin işleyişinin yanı sıra kişi hürriyetinin korunmasının amaçlandığını destekler niteliktedir.

Suçun maddi konusu, genital muayeneye tabi tutulan kişinin genital organlarıdır. Genital terimi üreme, tenasül organlarını kapsamakta olup anüsü ihtiva etmemektedir. Bu nedenle rıza hilafına gerçekleştirilen anüs muayeneleri kanunilik ilkesi gereği bu suça mevcudiyet vermeyecektir. Kanunun lafzına rağmen anüs muayenesinin suç kapsamında değerlendirilmesi genişletici kıyas yasağına aykırıdır. Bu nedenle kanun hükmünde genital muayene kavramı yerine CMK m. 75 ve 76 hükümlerinde düzenlenen beden muayenesi kavramının kullanılması, kanunun amacına ve ceza hukuku sistematığına uygun olacaktır.

Suçun faili yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan kişidir. Doktrinde suçun genital muayene yapma fiili bakımından özgü suç olduğu yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre

genital muayenenin sağlık mesleği mensupları tarafından yapılması halinde suçta mevcudiyet verecektir. Kanaatimizce, kanunun düzenleniş biçimi gerekse kanunun düzenlenme amacı yorumlandığında bu suçun özğü suç olmadığına kabulü gerekmektedir.

Doktrinde ebeveynlerin bu suçun faili olup olamayacakları hususu da tartışmalıdır. Bazı yazarlar suçun adliye karşı suçlar arasında düzenlenmesinden hareketle yalnızca adli vakıalar kapsamında işlenebileceğinden bahisle ebeveynlerin bu suçun faili olamayacaklarını ileri sürmektedir. Ancak bu suçla korunmak istenen birden fazla hukuki olduğunu ve adli vakıalar dışında da bu suçun işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Çocuğun bir rahatsızlığının veya hastalığının teşhisi için gerçekleştirilen yahut sağlığı bakımından zorunlu muayeneler dışında ebeveynleri tarafından genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenenin yapılması halinde suç oluşacağını kabul etmek isabetli olacaktır.

Suçun mağduru, suçun hukuki konusunun hamilidir. Genital muayene suçta adliye karşı suçlar arasında düzenlendiğinden suçla korunmak istenen öncelikli menfaatin adliyenin işleyişi olduğu gözetilerek suçun mağduru adliye olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda üzerinde genital muayene yapılan kişi mağdur değil suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilir. Bu durum bireyi temel aldığı iddia edilen ceza kanunun amacıla bağdaşmamaktadır.

Kanun koyucu bir hukuka uygunluk nedeni olan yetkili hakim ve savcı kararının bulunmasını kanun metninin içine dahil ederek suçun önşartı olarak düzenlemiştir. Bu durumda CMK m. 75 ve 76 hükümlerince verilen beden muayenesi kararı kapsamında gerçekleştirilen muayeneler bu suçta mevcudiyet vermeyecektir. Metinde “ve”

bağlacının kullanılması hatalıdır. Zira ceza muhakemesince genital muayene kararı hakim tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunması halinde savcı tarafından verilebilmektedir. Hakimin ve savcının birlikte beden muayenesi kararı vermesi hukuken mümkün değildir.

Genital muayene suçu bakımından genital muayeneye gönderme veya genital muayene yapma şeklinde iki farklı seçimlik hareket öngörülmüştür. Kanun koyucu götürme fiilini suç olarak düzenlememiştir. Doktrinde her ne kadar götürme fiilinin gönderme fiilinin muhtevasına dahil olduğu ileri sürülse de gönderme fiilinin kişinin sevk edilmesiyle tamamlanacaktır. Götürenin sorumluluğu şartları mevcut ise iştirak hükümlerine göre belirlenmelidir. Suçun seçimlik hareketleri arasına genital muayeneye götürme fiilinin de eklenmesi uygulamada oluşacak adaletsiz sonuçların önüne geçecektir. Düzenlemenin şu anki hali ile götürenin müşterek fail olarak değerlendirilmesi kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırıdır.

Doktrinde bu suçun yalnızca adli vakıalar kapsamında işlenebileceği ileri sürülmektedir. Her ne kadar kanunun amacı, gerekçesi ve düzenleniş biçimi göz önüne alındığında failin fiilinin adli bir soruşturma yahut kovuşturma kapsamında gerçekleşmesi şartı aranmasa da suçun düzenlenme yeri dikkate alınarak yorum yapılması halinde tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bu tereddütlerin ortadan kalkması için suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmesi isabetli olacaktır.

TCK'nin genel hükümler kitabında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri koşullarının varlığı halinde bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 287/2 uyarınca bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kamu sağlığının korunması amacıyla yasalar ve yönetmelikler uyarınca yapılan muayeneler bu suça mevcudiyet

vermeyecektir. TCK m. 24 uyarınca kanun hükmünün yerine getirilmesi genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğinden ikinci fıkranın ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Genital muayene suçu hem düzenleniş yeri bakımından hem de düzenleniş biçimi bakımından incelendiğinde kötü bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Zira kanun koyucunun öncelikli hukuki menfaat olarak adliyenin işleyişini tercih etmesi birçok tartışmaya neden olmaktadır. Adliyenin işleyişinin bireyin temel hak ve özgürlüklerinin önünde tutulması kanunun getiriliş amacıyla çelişmektedir. Bu sistematik hata hukuki konunun ve mağdurun tespiti bakımından birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Aynı şekilde suçun yalnızca adli vakıalar dahilinde işlenebileceği yönünde bir yoruma neden olmaktadır.

Madde metninde beden muayenesi kavramı yerine genital muayene kavramının kullanılması hatalıdır. Nitekim kanun, adalet komisyonunda tasarı halindeyken genital muayene kavramı yerine beden muayenesinin kullanılması önerilmiş ancak bu öneri dikkate alınmamıştır. Kanun koyucunun bu bilinçli tercihinin gerekçesi bilinmemektedir. Bu yönüyle kişinin rızası dışı gerçekleştirilen anüs muayenesinin suç oluşturmaması gibi adaletsiz sonuçlar doğmaktadır.

Kanun koyucu gönderme fiilinin failini cezalandırmakta ancak götürenin sorumluluğunu düzenlememektedir. Düzenleme bu yönüyle de eksik ve hatalıdır. Nitekim suç tanımındaki bu eksiklik, beraberinde götüren kişinin sorumluluğu yönünden belirsizlikler ve tereddütler oluşturmaktadır.

Genital muayene suçu gerek eksik düzenlemeler gerek hatalı düzenlemeler gerekse hatalı bağlaç kullanımı ile özensiz bir düzenlemedir. İkinci fıkra hükmü ise

halihazırda zaten genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak genel hükümlerde düzenlendiği için gereksizdir.

Sonuç olarak doktrinde haklı olarak eleştirilen genital muayene suçunun kişi hürriyetini, vücut dokunulmazlığını, özel hayatın gizliliğini de kapsayacak şekilde TCK'nin “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmelidir. Genital muayene yerine beden muayenesi terimi tercih edilmeli, hatalı bağlaç kullanımı düzeltilmeli ve belirsizlikleri gidermek amacıyla madde metnine “götüren” ibaresi eklenmelidir.

KAYNAKÇA

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin : “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, İÜHFM, C. 70, S. 19, İstanbul 2012, s. 19 – 38.

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin : Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009

AKYILDIZ Sunay/ÖZKAN Hasan : Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, B. 2, Ankara 2012.

ALOVA Erdal : Latince Türkçe Sözlük, B. 8, İstanbul 2017.

ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin : Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, Kasım 2004.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner : Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2014.

AYAN Mehmet : Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN Devrim : “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik*”, AÜHFD, C. 54, S. 1, Y. 2005, s. 225 - 254.

AYDIN Elif Fulya : Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Ankara 2019.

AYDIN Öykü Didem : “*Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*”, TBB Dergisi, S. 53, Ankara 2004, s. 63-140.

AYDOĞAN Ayfer /AYDOĞAN Sami : Medical Translation Dictionary, Ankara 2013.

AYGÜN Aydın : “*Genital Muayene Suçu*”, TAAD, Y. 7, S. 26, s. 377-394.

AYGÜN EŞİTLİ Ezgi : “*Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti*”, TBB Dergisi, C. 26, S. 106, Mayıs 2013, s. 277-290.

BEYAZIT Özgür : “*Genital Muayene Suçu*”, CHD, S. 13, Y. 5, Ağustos 2010, s.151 – 166.

BİLGE Yaşar : Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002.

BİLGE Yaşar : Adli Tıp Kılavuzu, Ankara 2010.

BÜKEN Bora/BÜKEN Erhan/SOYSAL Zeki/ÇAĞDIR Sadi : “*Zorla Yapılan Kızlık Muayenesiyle İlgili Etik ve Hukuki Sorunlar*”, Adli Obstetrik/Jinekoloji – Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu (Ed. Zeki SOYSAL), İstanbul 2005, s. 1543 - 1544.

CASSANI Carlotta : “*Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza*”, Çev. Muharrem ÖZEN/Mustafa ÖZEN, TBB Dergisi, C. 21, S. 77, Temmuz 2008, s. 236-248.

CELBİS Osman/KARACA Mehmet/ÖZDEMİR Bora/ISIR Aysun Baransel : “*Cinsel Suçlarda Muayene*”, HÜTFD, S. 1(4), Şanlıurfa 2004, s. 48 - 52.

CENTEL Nur : “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım*”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan, İzmir 2001, s. 495 – 520

CENTEL Nur/ZAFER Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 7, İstanbul 2010.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem : Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 5, İstanbul 2008.

ÇAKAL Ayşe : Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara 2018.

DEĞİRMENCİ Olgun : Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, B. 2, Ankara 2021.

DEMİRBAŞ Timur : Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2012.

DEMİRBAŞ Timur : İşkence Suçu, B. 2, Ankara 2016.

DEMİR Oğuzhan : “*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*”, SHD, C. 5, S. 2, Aralık 2017, s. 123 - 150.

DONAY Süheyl : Türk Ceza Kanunu Şerhi, B. 1, İstanbul 2007.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 14, İstanbul 2019.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan : Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. 2, B. 15, İstanbul 2014.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, B. 9, İstanbul 2014.

DÜLGER İbrahim : “*Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, GÜHFD, C. 9, S. 1-2, Ankara 2007.

DÜLGER İbrahim : “*Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287)*”, EÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2008, s. 45 – 70.

EKER KAZANCI Behiye : “*Türkiye’de Tutuklu Bulunan Bir Alman Bayanın Genital Muayenesi*”, FHD, C. 2, S. 10, Ankara 2010, s. 22 – 25.

EKİCİ ŞAHİN Meral : Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.

ERDOĞAN Yağmur Müge : Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara 2021.

EREM Faruk : “*Suçta İştirak*”, AÜHFM, C. 3, S. 1, İstanbul 1946.

EREM Faruk : “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, AÜHFD, C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 11-33.

EROĞLU Fulya : “*Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)*”, GSÜHFD, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 2, 2010/1, s. 1127 – 1142.

FEYZİOĞLU Metin : Tanıklık, Ankara 1996.

FIRAT Tarık : Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021.

GERÇEKER Hasan : Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, Ankara 2011.

GÖKCAN Hasan Tahsin : Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013.

GÖZLER Kemal : Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, B. 1, C. 2, Bursa 2011.

GRAY Henry : Gray’s Anatomy, E – Kitap Projesi, İstanbul 2016.

GÜLSOY Mehmet Tevfik/KÖK Ahmet Nezih : “*Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*”, AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, Erzincan 2005, s. 1 – 21.

GÜNDÜZ Aslan : Milletlerarası Hukuk (Ed. Reşat Volkan GÜNEL), B. 7, İstanbul 2014.

GÜNDÜZ Remzi/GÜLTAŞ Veyssel : 2006-2007-2008 İçtihatları ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2009.

GÜNEY Niyazi/ÖZDEMİR Kenan/BALO Yusuf Solmaz : Notlu - Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.

GÜNGÖR Devrim : 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara 2009.

GÜNGÖR Devrim : Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

GÜNTÜRK Mümin Serdar : Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Ankara 2012.

GÜRİSOY Elif : “Kızlık Zarı / Bekaret Denetimi”, 2004, (Erişim : www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/Sayfa/Dosya/kizlik_muiayenesi.pdf).

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, B. 4, Ankara 2015.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, B. 1, Ankara 2016.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar, B.1, Ankara 2012.

HAKERİ Hakeri : Tıp Hukuku, B. 15, Ankara 2019.

HANCI İsmail Hamit : Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara 2002.

HARRIS David/O’BOYLE Michael/WARBRICK Colin :, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev. Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN), B.1, Ankara 2013.

HEINRICH Bernd : Ceza Hukuku Genel Kısım – II, Ankara 2015.

İÇEL Kayıhan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 2017.

İÇEL Kayıhan : Suçların İctimai, İstanbul 1972.

İNAL Nihat : Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, Ankara 2003.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları, Çev. Serkan **CENGİZ/Nilgün TORTOP**, TBB Dergisi, S. 52, Ankara 2004, s. 365 – 372.

KANBUR Mehmet Nihat : “*Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 287)*”, CHD, S. 16, Y. 6, Ağustos 2011, s. 7 – 31.

KATOĞLU Tuğrul : Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KATOĞLU Tuğrul : “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 657 - 693.

KEÇELİGİL Hasan Tahsin : “*Türk Ceza Kanunu ve Genital Muayene Suçu*”, THD, C. 11, S. 119, Temmuz 2016, s. 156 - 169.

KIZILARSLAN Hakan : Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi, Örnek Alma, Ankara 2007.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Ankara 2016.

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005.

KURT Ekrem : “*Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları*”, İKÜHFD, C. 15, S. 2-2, Ağustos 2016, s. 121-187.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra : Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, B.2, İstanbul 2021.

MALKOÇ İsmail : Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.

MERAN Necati : Açıklamalı – İctihatlı Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007.

NUHOĞLU Ayşe : “*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.2, Y. 2019, s. 2987 - 2999.

OKUYUCU ERGÜN Güneş : Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008.

OLGUN Eser : “*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*”, KHÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 2013, s. 29 - 44.

ORHAN Uğur : “*Genital Muayene Suçu*”, Kadın Yazıları (Yayına Hazırlayan: Türkan YALÇIN), Ankara 2020, s. 371 - 404.

Oxford Dictionary of English, Oxford University Press, B.3, 2010.

OZANOĞLU Hasan Seçkin : “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara 2003.

ÖNDER Ayhan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989.

ÖNTAN Yaprak : Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2014.

ÖZALP Tuba/ÖZALP Faruk Hekimin Cezai Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2016.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Ankara 2017.

ÖZGENÇ İzzet : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Ankara 2018.

ÖZGENÇ İzzet : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, B. 3, ABEDB Yayını, Ankara 2006.

ÖZKAYA Nesrin : “*Genital Muayene Suçu*”, TIPHD, S. 2, İstanbul 2012, s. 47 – 61.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan : Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, B. 11, Ankara 2011.

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer : Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007.

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer : Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, Ankara 2008.

POLAT Oğuz : Klinik Adli Tıp, B.6, Ankara 2013.

POYRAZ Ercan : “*Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)*”, THD, C.8, S. 82, Haziran 2013, s. 14-21.

SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık : Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I-IV, Ankara 1999.

SCARAMUZZİNO Fabio Massimo : “*İtalya’da Hekimlerin sorumluluğu ve ‘Consenso Informato’ (Bilgilendirilmiş Rıza)*”, çev. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, YÜHFD, C.6/2, S.2, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2009, s. 29 - 42.

SELÇUK Sami : Kızlık Bozma Suçu, Ankara 1996.

SEROZAN Rona : Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SERT Gürkan : Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, B. 2, Ankara 2019.

SOYASLAN Doğan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Ankara 2014.

SÖZÜER Adem : Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

ŞATIR Nejdet : Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, B. 2, Ankara 2018.

ŞENOCAK Zarife : “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, AÜHFD, C. 50, S. 4, Ankara 2001.

TAŞCAN İdris/ÇALIŞKAN Suat : Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları, İstanbul 2018.

TANER Fahri Gökçen : Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008

TANER Fahri Gökçen : “*Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı*”, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan, C. 2, Ankara 2013.

TANER Fahri Gökçen : Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, B. 2, Nisan 2017.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat : İnsan Hakları El Kitabı, B. 6, Ankara 2016.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rifat Murat : Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 16, Ankara 2018.

TOPÇU Namık Kemal : “*Genital Muayene Suçu*”, TIPHD, S. 5, İstanbul 2014, s. 115 -144

TOROSLU Haluk : “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 697 – 705.

TOROSLU Nevzat : Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, B.1, Ankara 2019.

TOROSLU Nevzat / FEYZİOĞLU Metin : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

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, ABY, C. 2, Ankara 2000, s. 325 - 328.

TOROSLU Nevzat : Türk Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 20, Ankara 2014.

Uluslararası Af Örgütü Türkiye, Kadınlara Yönelik Gözaltında Cinsel Şiddete Son, İstanbul 2003.

ÜLKER Süreyya : Açıklamalı Küçük Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2002.

ÜLKER Süreyya : Tıp Terimleri Sözlüğü: Latince – Türkçe Türkçe – Latince, B. 4, İstanbul 1986.

ÜNVER Yener : TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, B. 3, Ankara 2016.

YALÇIN SANCAR Türkan : “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç*”, TBB Dergisi, S. 70, Ankara 2007.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa : Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Ankara 2014.

YAVUZ Fatih/SOYSAL Zeki : “*Kadın Genital Sistemi Travmaları ile İlgili Adli Tıp Sorunları*”, Adli Obstetrik/Jinekoloji – Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu (Ed. Zeki SOYSAL), C. 3., İstanbul 2005, s. 1001 – 1038.

YELBAŞI Cengiz : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014.

YENERER ÇAKMUT Özlem : Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003

YENERER ÇAKMUT Özlem : “*Türk Ceza Yasasında Genital Muayene Suçu*”, Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, İstanbul 2012, s. 49 - 65.

YENİSEY Feridun : “*Tedavi Açısından İlgilinin Rızası*”, Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 868-879.

YERDELEN Erdal : Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Konya 2012.

YERDELEN Erdal : “*Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)*”, THD, C. 2, S. 3, Y. 2013, s. 43 - 74.

YILMAZ Ejder : Hukuk Sözlüğü, B.9, Ankara 2005.

YILMAZ Ozan : “*Seks İşçiliği Terimi ve Öneriler*” , (Erişim : kaosgl.org/gokkusagi-forumu-kose-yazisi/seks-isciligi-terimi-ve-oneriler).

YÜCEL Özge : Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Ankara 2018.

İNTERNET KAYNAKLARI

alternatifcozumler.adalet.gov.tr
apps.who.int
hudoc.echr.coe.int
kaosgl.org
kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr
legalbank.net
sakaryaism.saglik.gov.tr
sozluk.gov.tr
www.cancer.gov
www.ceza-bb.adalet.gov.tr
www.huksam.hacettepe.edu.tr
www.hrw.org
www.jinekolognet.com
www.kazanci.com
www.lexpera.com.tr
www.medicalpark.com.tr
www.tbmm.gov.tr/
www.ttb.org.tr/

ÖZET

5237 sayılı TCK'nin ikinci kitap, dördüncü kısım, ikinci bölümünde genital muayene suçu düzenlenmiştir. “Genital Muayene” kenar başlıklı 287. madde, kişilerin vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği, adliyenin gereği gibi işleyişini korumak amacıyla ihdas edilmiştir. Bu çalışmada genital muayene suçunun detaylı bir analizinin sunulması amaçlanmıştır. Hazırlanan tez iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; genital muayene kavramı üzerinde durulmuş ve bu muayeneye ilişkin mevzuat hükümleri detaylı şekilde incelenmiştir. İkinci bölümde suç tipinin yapısı ve unsurları incelenmiştir. Bu bölümde suç; hukuki konu, maddi konu, fail, mağdur, suçun unsurları (maddi unsur – manevi unsur), suçun ortaya çıkış biçimleri, suçun soruşturulması ve kovuşturulması, yaptırım başlıklarına ayrılarak incelenmiştir.

Bu çalışmada genital muayene suçuna ilişkin öğretideki görüşlere, Yargıtay ve AYM kararlarına yer verilmiştir. Bu metotlar izlenirken olması gereken hukuk bakımından yapılması gereken değişikliklere dikkat çekilmiştir.

ABSTRACT

In the second book, the fourth part, and the second chapter of the Turkish Penal Code numbered 5237, crime of genital examination have been regulated. Article 287, with the margin title “Genital Examination” has created in order to protect to bodily integrity of individuals, the privacy of private life, and the proper functioning of the courthouse. In this study, it is aimed to present a detailed analysis of genital examination crime. The prepared thesis, prepared consist of two parts.

In the first part, the concept of genital examination is emphasized and the provisions of the legislation regarding this examination are examined in detail as well. In the second part, the structure and elements of the crime type are analyzed. In this section, the crime is examined under headings. The legal issue, the material issue, the perpetrator, the victim, the elemens of the crime (material element – moral element), the emergence of the crime, the investigation and prosecution of the crime, and the sanction.

In this study, the opinions in the doctrine concerning the crime of genital examination and the decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court were frequently mentioned. While following this method, attention was drawn to the necessary changes to be made in terms of the ideal law.