

GENİTAL MUAYENE SUÇU (TCK. Madde 287)

*Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER**

GİRİŞ

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununda yer almayan genital muayene suçu, ceza hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı kanunla girmiş, gerek kanunlaşma aşamasında gerekse kanunlaştıktan sonra üzerinde en çok konuşulan ve en çok eleştirilen düzenlemelerden biri olmuştur.

Bu suç, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun suçların düzenlendiği “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının, “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde, “Genital Muayene” başlıklı 287. maddesinde düzenlenmiştir¹.

765 sayılı kanun zamanında sıkça karşılaşılan, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, yatılı okul ya da yurt yetkilileri tarafından veya ailelerce genç kızların bekaret kontrolü ya da kızlık muayenesi olarak adlandırılan böyle bir kontrole gönderilmeleri, insanlık dışı bir uygulama ve mağdurun kişilik haklarının ihlali olduğu, onun psikolojik olarak gelişim ve sağlığında onarılamaz yaralar açtığı gerekçeleriyle ağır şekilde eleştirilmiştir. Eleştirilmekle birlikte bu kontrolü yaptıran ya da yapanlara, böyle bir fiilin ceza kanunu ya da sair kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş olması, bu nedenle de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, herhangi bir adli işlem yapılamamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, bu konuda sadece hekimler açısından bir düzenleme mevcuttu. Bu ise kanuni bir düzenleme olmayıp meslek birliğine ait idari bir düzenlemeydi. Buna göre genital muayene yapan bir hekim hakkında, Türk Tabipleri Birliği tarafından

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Madde 287- (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

47. Genel Kurulda kabul edilip 01.02.1999 tarihinde yayınlanan, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının, “Cinsel İlişki Muayeneleri” başlıklı 39. maddesine göre hareket edilmekteydi. İlgili maddede hekimlerin, savcılıklar ve mahkemeler dışındaki kişi ya da kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene taleplerini dikkate alamayacaklarına, ilgilinin veya ilgili reşit değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamayacaklarına hükmedilmekteydi². Bu kurala aykırı davranan hekim ya da hekimler, fiilleri ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümlerince cezalandırılmaktaydı. Buradan anlaşılacağı üzere ilgili kurala aykırı genital muayene yapan hekim, fiili ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, herhangi bir ceza kovuşturmasına tabi tutulmamakta, ancak idari soruşturma ile cezalandırılabilmekteydi.

Çeşitli kadın kuruluşlarının ve sivil toplum örgütlerinin talep ve baskılarının da etkisiyle, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda genital muayene suçuna yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kimsenin genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması yasaklanmıştır.

I- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ceza kanunlarında yer alan suç tipleri belirli bir sistem içerisinde gruplandırılır. Bunun için çeşitli ölçütler³ olmakla birlikte yaygın olarak, korunan hukuki yarar ölçütü⁴ kullanılmaktadır. Bazı suç tipleri, birden fazla hukuki yararı korumaktadır. Böyle bir durumda kanun koyucu öncelik verdiği hukuki yarara göre ilgili suçu o grup içerisinde düzenlemektedir.

Ceza kanunumuzda genital muayene adliyeye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkardığımız sonuç, kanun koyucunun öncelik verdiği hukuki yararın, ceza yargısının, her türlü ihlal ve kötüye kullanımın engellenerek sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak

² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları için bkz.: http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, 03.01.2008, 01:57.

³ Bu ölçütler için bkz.: TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 45 vd.; TOROSLU, Nevzat, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar İle Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s. 118 vd.; EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994, s. 18 vd.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007, s. 4.

⁴ Hukuki yarar konusunda geniş bilgi için bkz.: ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 33 vd.

olduğudur. Başka bir ifadeyle, ceza yargılaması sürecinde adliyenin irade ve işleyişine karşı gelinmesini önlemektir. Böylelikle her türlü baskı, etki, yönlendirme ve kötüye kullanımın önüne geçilerek ceza yargılamasının sağlıklı, doğru, adil ve kanuna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.

Genital muayeneye ilişkin düzenleme incelendiğinde bu hükmün birden fazla hukuki yararı güvence altına aldığı görülür. Bunlar, bireyin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onur dokunulmazlığı ve nihayet çok dolaylı da olsa ve ancak bazı istisnai hallerde adliyenin irade ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesidir. Kanun koyucu, biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, bu yararlardan adliyenin irade ve işleyişini öncelikli yarar olarak kabul etmiştir.

Yeni ceza kanununun temel felsefesinin insan merkezli⁵ ve bireyci olduğunun, bireyin ve haklarının öncelikli olarak ele alındığının vurgulanmasına karşın, kanun koyucunun bu tercihi, bize göre, deklare ettiği felsefeye uygun bir düzenleme olmamıştır. Şöyle ki; genital muayene ile öncelikle bireyin maddi ve manevi kişiliğine saldırılmakta, cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Bir ceza kovuşturması çerçevesinde, haricen yapılmış ya da yaptırılmış olan genital muayenenin adliyenin irade ve işleyişine yapılan bir saldırı olduğu düşünülse de buradaki zarar tali ve bireyin uğradığı zararın yanında çok daha önemsiz kalmaktadır.

Sonuç olarak, bize göre korunan hukuki yarar, öncelikli olarak bireyin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkıdır⁶. Bu iti-

⁵ Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğüne hazırlanan ve Yeni Ceza Kanunu tanıtım seminerlerinde de yer alan “Bakanlığımızca Hazırlanan Temel Ceza Kanunları ile Ceza Hukukumuzda Getirilen Yenilikler” başlıklı makalede, Türk Ceza Kanunuyla getirilen yeniliklerle ilgili ilk olarak;

“Kanunla 765 sayılı Türk Ceza Kanununun sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu, yalnız hükümleri bakımından değil sistematigi bakımından da “insan merkezli” bir kanundur.

765 sayılı Kanunun sistematiginde, öncelikle Devletin şahsiyetine karşı suçlar düzenlenmişken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bireye verilen önemi vurgulamak amacıyla, insanlığa karşı suçlar ve kişilere karşı suçlar, özel hükümler arasında, öncelikle düzenlenmiştir.” denilmektedir. Bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/diger/kgmbrifing.doc>, 27.01.2008, 24:38.

⁶ Aynı yönde görüş için bkz.: HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 529; ÜNVER, Yener, Adliye Karşı Suçlar (TCK. m. 267-298), İstanbul 2008, s. 448; aksi

barla genital muayene suçunun, millete ve devlete karşı suçlar kısmının adli-yeye karşı suçlar bölümünde değil, kişilere karşı suçlar kısmının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

II- SUÇUN KONUSU

Konu, somut bir şeydir. Bazı suç tiplerinde konunun, bir nesne olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda taşınır bir mal, mala zarar verme suçunda taşınır ya da taşınmaz bir mal konuyu oluşturan nesnedir. Fakat konuyu, mağdurla ya da korunan hukuki değerle karıştırmak gerekir. Öyle ki bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe olmakla beraber ayrı şeylerdir. Örneğin, yaralama suçlarında, mağdur yaralanan kişi olmasına karşın suçun konusu bu kişinin vücududur. Aynı şekilde hakaret suçlarında mağdur, hakaret edilen kişi, konu ise bu kişinin şerefidir. Korunan hukuki değer soyut, konu ise biraz önce de belirttiğimiz gibi daha somut bir şeydir ve bazen belli bir kişi ile de bağlantılı olabilir. Örneğin yaralama suçlarında korunan hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığı iken konu, kişinin vücududur. Hakaret suçunda ise korunan hukuki değer, kişinin onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkı iken konu, kişinin onuru, şerefidir⁷.

Bu açıklamalardan sonra suçun konusunu, üzerinde suçun işlendiği bir nesne ya da değer olarak belirtebiliriz. Buna göre genital muayene suçunun konusu, muayeneye götürülen ve/veya muayene edilen bireyin vücudunun bir kısmını teşkil eden genital organları, bir başka ifadeyle üreme sistemidir.

Bazı yazarların belirttiği gibi bu suçun konusunun, “yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, yapılan genital muayene işlemi”⁸ olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bize göre, yetkili mercii kararı olmaksızın yapılan genital muayene işlemi, suçun konusunu değil, genital muayene yapma suçu açısından maddi unsur içerisindeki hareketlerden birini oluşturur.

görüş için bkz.: MERAN, Necati, Açıklamalı – İçtihatlı Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 798.

⁷ ÖZGENÇ, İzzet, “Yeni TCK’nun Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi”, s. 16-21, bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt>, 27.12.2007, 23:34; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 205-206; ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 112; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 441-442; suçun konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 87 vd.

⁸ MERAN, s. 800.

III- FAİL

Genital muayene suçuna ilişkin 287. madde metni incelendiğinde, birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte suçun maddi unsuru yönünden farklı iki suçun düzenlediği görülmektedir⁹. Bunlardan ilki, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kişiyi genital muayeneye gönderme; diğeri ise yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçlarıdır¹⁰.

Genital muayeneye gönderme suçu açısından:

Genital muayeneye gönderme suçu açısından fail herkes olabilecektir. Fakat tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar¹¹. Kişi muayeneye bir tüzel kişilik

⁹ Aynı yönde bkz.: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

¹⁰ Genital muayene suçu, Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarıda 289. maddede düzenlenmiş ve burada sadece kişinin genital muayeneye gönderilmesinden bahsedilmiştir (Bkz.: Türk Ceza Kanunu Tasarısı – Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin, Ankara 2004, s. 229-230). Fakat madde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel kurulunda görüşülürken, 16 Eylül 2004 tarihli 121. Olağanüstü birleşimde, altı milletvekilince verilen ortak önergeyle birinci fıkrasında yer alan “kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde” ibaresi “kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan” olarak değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesi ise, “Tasarıda kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak yetkili hâkim ve savcı kararıyla yapılacağı hükme bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, madde metninde muayeneyi yapan bakımından bir açıklık olmadığı ve bu husus tereddüt yaratacağından, metne ‘muayeneyi yapan’ sözcükleri eklenmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. Bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b121m.htm>.

¹¹ Tüzel kişilerin suç failliği konusunda bkz.: ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 191-205; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 97-110; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 426-441; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tebirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 120; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 215-218; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 99; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 223, 503; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi - Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005, C. 1, s. 239-243; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 131; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 403 vd. (no. 1148 vd.); CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAĞKUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, s. 240-247; ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hü-

adına gönderilmiş olsa bile fail, tüzel kişilik değil, tüzel kişilik adına bu gönderme kararını veren, bu işlemi gerçekleştiren gerçek kişi ya da kişilerdir.

Bu suçun failinin herkes olabileceğini belirtmemize rağmen ebeveynin fail olup olamayacağını belirlemek gerekir. Doktrinde ebeveynin bu suçun faili olamayacağı iddia edilmekte, gerekçe olarak da “reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveyn çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkına da sahiptir” denilmektedir¹². Böyle bir genellemeyle ebeveynin hiçbir şekilde fail olamayacağı düşüncesine ve ileri sürülen gerekçeye katılmadığımızı ifade etmeliyiz¹³. 287. maddenin gerekçesinde, hukuka aykırı olarak yapılan genital muayenenin suç haline getirildiği belirtilmektedir. O halde hukuka aykırı olmayan genital muayeneler suç oluşturmayacaktır. Bu itibarla ebeveynin çocuğunu genital muayeneye götürmesinin hukuki olup olmadığının incelenmesi gerekir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ebeveyn çocuklar üzerinde bir takım hak ve yetkiler tanımaktadır fakat bu hak ve yetkiler sınırsız değildir. Bize göre ebeveyn bazı durumlarda bu suçun faili olabilecektir. Konuyu farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirecek olursak:

Ebeveynin bir rahatsızlığını teşhis ve tedavi amacıyla, velayeti altındaki çocuğu genital muayeneye götürmesi bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü ebeveynin çocuklarının bedensel ve zihinsel olarak sağlıklı gelişimlerini sağlamak konusunda hak ve yükümlülükleri vardır.

Çocuğun ileride karşılaşılabileceği olumsuzlukların önüne geçmek amacıyla, onun yararına olarak genital muayeneye götürülmesinde ise ebeveynin fail olup olmadığının belli şartlara göre değişeceği düşüncesindeyiz. Örneğin ağaçtan düşen kız çocuğunun kızlık zarının zarar görmüş olabileceğini düşünen ebeveyn, ileride çocuğunun evlenme çağında onun açısından olumsuzluk oluşturabileceği kaygısıyla genital muayeneye götürerek böyle bir şeyin olup olmadığının belirlenmesi, olmuş ise düşme sonucu meydana geldiğine ilişkin rapor tanzimi amacıyla götürmesinde suçun oluşup oluşmadığını tespit ede-

kümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, C. 52, 2003/1, s. 63 vd.; KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 123 vd.

¹² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529. Hakeri, bu konuda ek olarak, belirli bir yaştan sonra çocuğa da rıza gösterme yetkisinin tanıdığı hallerde, genital muayeneye itiraz etme hakkının tanınması gerektiğini, ebeveynin tek başına talebi ile genital muayene yapılamayacağını, ancak bu durumda dahi çocuklarını hekime genital muayene için götüren ebeveynin fail olamayacağını belirtmektedir.

¹³ Farklı gerekçeyle aynı yönde bkz.: ÜNVER, Adliye, s. 449-450.

bilmek için çocuğun ayırt etme yeteneğine¹⁴ sahip olup olmadığına bakmak gerekir. Çocuk, ayırt etme yeteneğine sahip değilse ebeveynin bu örnekteki fiili suç oluşturmayacaktır. Fakat burada çocuk ayırt etme yeteneğine sahipse ve ebeveynin iyi niyetle götürdüğü genital muayeneye rıza göstermiyorsa, buna rağmen ebeveyn çocuğu muayeneye götürmüşse bu durumda bize göre fail olacaktır.

Bir diğer ihtimalde ise, kız çocuğunu, rızası olmadığı halde, cinsel ilişkiye girip girmediğini öğrenmek için genital muayeneye götürmesi halinde suç oluşacak ve ebeveyn fail olarak yargılanacaktır.

Son iki ihtimal olarak açıkladığımız durumlarda hekimin çocuğun rızasızlığından hareketle genital muayene yapmaktan kaçınması gerekir. Aksi takdirde 287. madde kapsamında sorumlu olacaktır. Çocuğun rızasızlığına rağmen ebeveyn tarafından genital muayeneye getirilmiş olması halinde hekim muayeneden kaçınmakla birlikte ayrıca gecikme göstermeksizin yetkili makamlara durumu bildirmek zorundadır. Bildirmediği takdirde de Ceza Kanununun 280/1. maddesine¹⁵ göre yargılanacaktır.

Genital muayene yapma suçu açısından:

Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçunun faili herkes olabilir¹⁶. Doktrinde ileri sürüldüğü gibi failin yalnızca hekim ya da sağlık personeli olduğu düşüncesine¹⁷ katılmıyoruz.

Ceza kanunumuzun 287. maddesinin metni ve gerekçesi incelendiğinde böyle bir hükme varmak bizce mümkün değildir. Bu suçun, adliyeye karşı işlenen suçlar içerisinde yer alması nedeniyle adli bir soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde işlenebileceği düşünüldükçe böyle bir fikir ileri sürülmüş olabilir. Fakat maddenin konuluş amacı dikkate alındığında bu suçun mutlaka adli bir soruşturma ya da kovuşturmaya konu bir olay açısından işlenmiş olması şart değildir¹⁸. Bir başka ifadeyle herhangi bir soruşturma ve kovuş-

14 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde ayırt etme yeteneği “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” ifadesiyle tanımlanmıştır.

15 Madde 280- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

16 Aynı yönde görüş için bkz.: ÜNVER, Adliyeye, s. 448, 450-451; MERAN, s. 798.

17 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529.

18 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530. Hakeri, bu düşüncüyü sadece “muayeneye gönderme eylemi” için ileri sürmektedir.

turmaya konu olmaksızın da bu suç işlenebilecek, dolayısıyla genital muayene yapabilen herkes fail olabilecektir. Örneğin bir kovuşturma kapsamında olsun ya da olmasın, tıp fakültesi 4. sınıf öğrencisi ya da çevrede tıbbi konularda bilgili kabul edilen biri tarafından genital muayene yapılması halinde, bu kimseler de fail olabileceklerdir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanununun 11. ve 13. maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75/3. maddesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 4., 7. ve 11. maddeleri dikkate alındığında, tıbbi anlamda müdahalenin ve/veya beden muayenesinin, hekim ya da sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması gerekmektedir. Fakat belirttiğimiz maddelerden hareketle failin mutlaka hekim ya da sağlık personeli olması gerektiği sonucuna varılması bizce mümkün değildir. Bu maddeler, ceza yargılamasında resmi bir belge ve geçerli bir delil olarak değerlendirilmesi açısından muayenenin kimler tarafından yapılabileceğine ve buna ilişkin belgenin kimler tarafından tanzim edebileceğine ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Adli bir olayda delil teşkil edebilmesi, geçerli ve resmi bir belge olması açısından kanunla yetkili kılınan hekim ya da diğer sağlık personelinin muayenesi ve belge tanzimi aranabilir. Fakat biraz önce de belirttiğimiz gibi, adli soruşturma ya da kovuşturmaya konu bir olay olmaksızın da işlenebileceği için, genital muayene yapma suçu, mahsus (özü) suçlardan olmayıp, faili hekim veya diğer sağlık personeli yanında herkes olabilecektir.

IV- MAĞDUR

Gerek genital muayeneye gönderme gerekse genital muayene yapma suçları açısından mağdur herkes olabilir. Mağdurun cinsiyeti, yaşı, uyuşu, mesleği, statüsü, eğitim düzeyi vs. gibi durumunun herhangi bir önemi yoktur. Türk ya da başka bir ülke vatandaşı; kadın ya da erkek; çocuk, genç, yetişkin ya da yaşlı olabilir. Mağdur, hukuka aykırı olarak genital muayeneye gönderilen ve/veya bu muayeneye tabi tutulan herhangi bir kimsedir.

Cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki mağdur, şüpheli ya da sanık genital muayene suçunun mağduru olabileceği gibi herhangi adli bir soruşturma ve kovuşturma söz konusu olmaksızın genital muayeneye gönderilen ve/veya muayene edilen bir kişi de mağdur olabilecektir¹⁹.

V- MADDİ UNSUR

Genital muayene suçunun düzenlendiği 287. maddede, ortak yönleri ol-

¹⁹ Aynı yönde bkz.: MERAN, s. 799.

makla birlikte farklı iki suç tipinin yer aldığı daha önce ifade etmiştik. Genital muayeneye gönderme suçu açısından hareket, bir kimsenin geçerli bir rızası bulunmadığı halde, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderilmesidir.

Madde metninde, sadece göndermeden bahsedilmiştir. Fakat çoğu zaman göndermenin yanında mağdurun muayene yapılmak üzere götürülmesi de gerekmektedir ama kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı, hukuka aykırı şekilde genital muayene yapılmasını engellemek olduğuna göre hareketi oluşturan göndermeye, götürmenin de dahil olacağını düşünmek gerekir²⁰.

Genellikle gönderme fiiline götürme fiili de eklenmektedir. Bakire olup olmadığını tespit ettirmek üzere yatılı okul müdürünün kız öğrenciyi kendisinin ya da görevlendireceği birinin genital muayeneye götürmesinde olduğu gibi. Fakat bu sözlerimizden götürme olmaksızın göndermenin olamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Örneğin yatılı okul müdürünün, bu muayeneye gitmediği takdirde kendisini yurttan atacağı, ayrıca ailesine ya da çevresine, başkalarıyla cinsel ilişkiye giren ahlaksız biri olduğunu söyleyeceği tehdidiyle kız öğrenciyi genital muayeneye göndermesinde, mağdur bu tehdit karşısında muayeneye kendi gitmekte, başka bir kişi tarafından götürülmemektedir.

Genital muayeneye götürme olmaksızın gönderme olabilmesine karşın, gönderme olmadan götürme hareketi olamaz. Örneğin yurttan kalan bir kız öğrenciyi sinemada erkek arkadaşıyla uygunsuz durumda gören yurt görevlisinin, sinema çıkışında, müdür ya da başka bir yetkilinin talimatı olmaksızın, genital muayeneye götürmesinde göndermenin bulunmadığı ileri sürülemez. Burada görevli, aynı zamanda gönderendir ve götürme hareketi, gönderme hareketini de içermektedir.

Genital muayeneye götürme fiilinin, gönderme fiilinin içerisinde düşünülmesi ve kabul edilmesi gerekir. Yurt müdürünün talimatı üzerine öğrenciyi genital muayeneye götüren yurt görevlisinin götürme fiili bağımsız bir eylem değil, yurt müdürünün gönderme eyleminin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Bu örnekte müdür ve görevlinin hareketleri birbirinden bağımsız fiiller ve her biri ayrı failer değildir. Görevli, müdürün gönderme fiiline

²⁰ Aynı yönde bkz.: MERAN, s. 800; aksi yönde bkz.: ÜNVER, Adliyeye, s. 450 - 454. Ünver, maddi unsur açısından "götürmenin" kanun metninde açık olarak ifade edilmediği bu nedenle bu fiilin bu madde kapsamında cezalandırılmayacağını, aksi halde ceza hukukunda yasak olan kıyas yapılmış olacağını, götürme fiilinin ancak kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabileceğini ifade etmektedir. Ünver'in bu görüşünü çok da haksız ve tutarsız olarak değerlendirmek mümkün değildir.

iştirak etmiş, göndermenin gereği olan götürme kısmını icra etmiştir.

Maddede iki ayrı suçun tanımlandığı kabul edildiğinde²¹, bunlardan ilki olan genital muayeneye gönderme suçu bağlı hareketli bir suçtur. Sadece mağduru genital muayeneye gönderme suretiyle işlenebilir. Fakat burada genital muayeneye götürmenin, gönderme fiilinin içerisinde düşünülmesi ve kabul edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Götürme fiili bağımsız bir fiil değil, göndermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Bu itibarla genital muayeneye gönderme ve götürme fiillerinden bahsetmiş olmamızdan bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

Genital muayeneye gönderme suçu açısından netice, kişinin genital sisteminin muayene edilmek üzere gönderilmiş, götürülmüş olmasıdır. Dolayısıyla mağduru genital muayeneye gönderilmesi, götürülmesiyle suç tamamlanmış olur. Doktrinde bazı yazarlar tarafından genital muayeneye göndermiş olmanın suçun oluşması için yeterli olmadığı, muayenenin de yapılmış olmasının gerekli olduğu, aksi takdirde gönderen bakımından suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği²² iddiasına katılmıyoruz. Bize göre bu suçun tamamlanmış olması için muayenenin de yapılmış olması şart değildir. Çünkü 287. madde hükmünde "... kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail ..." denilmekte, öngörülen hareket modelleri "veya" bağlacıyla ifade edilmektedir. Burada "ve" bağlacı kullanılmış olsaydı bu iddia haklı olabilirdi, oysa "veya" bağlacının kullanılmış olması, bu fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağına delalet eder. Gerek madde metni gerekse madde gerekçesi incelendiğinde burada yer alan "veya" bağlacının "ve" olarak anlaşılmasını gerekli kılacak bir sonuç çıkarmak da mümkün değildir. Ayrıca buradaki "veya" bağlacının "ve" olarak anlaşılması gerektiğini iddia etmek kanunilik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Maddede düzenlenen ikinci suç tipi olan genital muayene yapma suçunda ise hareket, kişinin genital sisteminin bir başka ifadeyle üreme organlarının incelenmesi, kontrol edilmesidir. Bu nedenle de bu suç bağlı hareketli bir suçtur. Çünkü suç oluşturulan hareket genital sistemin muayenesinden başka

²¹ Maddedeki düzenlemede iki ayrı suçun düzenlendiği kabul edilmez ise, ki bu görüşe katılmadığımı belirtmekle birlikte, bu durumda bu suçun gönderme veya muayene etme şeklinde seçimlik hareketli bir suç olduğu kabul edilmelidir. Zira Ünver bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu, öngörülen davranış modellerinden olan muayeneye gönderme ya da muayene yapma hareketlerinden birinin yapılmış olmasıyla tipe uygun eylemin gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bkz.: ÜNVER, Adliye, s. 453.

²² MERAN, s. 800.

bir şekilde gerçekleştirilemez. Örneğin kişinin üreme organlarının muayenesi olarak nitelendirilemeyecek biçimde sadece seyredilmesi, fotoğrafının çekilmesi, görüntü olarak kaydedilmesi veya mağdurun karşısına geçip falına bakılarak genital sistemi hakkında yorum yapılması maddi unsur içerisindeki hareketi oluşturmaz. Suçun oluşabilmesi, sadece muayenenin yapılıp yapılmadığına bağlıdır.

Bu suç açısından netice, mağdurun genital muayenesinin yapılmasıdır. Genital sistemin muayenesiyle yani üreme sisteminin incelenip, kontrol edilmesiyle suç tamamlanmış olur.

Doktrinde, bu suçun oluşabilmesinin muayeneye gönderme suçunun varlığına bağlı olduğu, yetkili hakim ve savcı dışında herhangi bir kimse tarafından muayene amaçlı göndermenin olmadığı takdirde muayene etme suçunun da oluşmayacağı iddia edilmektedir²³. Bu iddiaya da katılmadığımızı belirtmek isterim. Çünkü bize göre aynı madde içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte bu suç diğerinden bağımsız bir suçtur. Maddenin düzenlenme şekli ve amacı ayrıca metinde yer alan “veya” bağlacı bizi bu sonuca götürmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı bir gönderme olmaksızın da bu suç oluşabilecektir. Örneğin, ensesindeki şişliği kontrol ettirmek için kendi isteğiyle hekime giden hastanın rızası ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde hekim tarafından genital muayeneye tabi tutulmasında bize göre bu suç oluşacaktır. Verdiğimiz örnekte ve benzer örneklerde olduğu gibi böyle bir durumda artık hekime gelen hastanın hukuka aykırı olarak gönderilip gönderilmediğine ya da hukuka aykırı olarak getirilip getirilmediğine bakılmayacaktır. Çünkü tek başına hekimin fiili 287. maddede belirtilen ikinci tipe uygun bir eylemdir.

Burada incelenmesi gereken bir diğer husus da madde metninde yer alan “yetkili hakim ve savcı kararı” ibaresidir. Bu ibareyi, Türkçe dilbilgisi kurallarına göre yorumlayacak olursak muayeneye göndermenin hakim ve savcının birlikte, ortak kararları çerçevesinde olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir sonucu kabul etmek mümkün olmadığı gibi²⁴ bu durum ceza yargılaması kurallarına da ters düşecektir. Ceza yargılamasında hakim, bağımsız bir makam olup yargılamaya ilişkin hiçbir kararında savcının da iştiraki, imzası ya da onayı gibi bir şart koşulamaz. Hakim, ceza yargılamasının her aşamasında kanunun kendisine verdiği yetkiyi aşmamak, bu yetkiye aykırı olmamak ve kanunun çizdiği sınırlarda kalmak şartıyla gerekli gördüğü her kararı tek başına alabilecektir. Bu itibarla genital muayene aç-

²³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

²⁴ Aynı yönde düşünce için bkz.: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530; MERAN, s. 800-801.

sından hakim ve savcı kararı ibaresinin hakim veya savcı kararı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Buradaki “ve” bağlacının “veya” olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir ama bu düşüncenin kanunilik ilkesine uymayan bir düşünce olacağı açıktır.

Ayrıca düzenlemede “ve” bağlacının yer almış olması Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 75. ve 76. maddelerinde yer alan beden muayenesine ilişkin düzenlemeyle çelişmektedir. Söz konusu maddelerde mağdur, şüpheli ya da sanığın beden muayenesinin, kural olarak, sadece hakim ya da mahkeme kararıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Hakim buna re’sen ya da Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun talebi üzerine karar verebilecektir. Beden muayenesine istisna olarak ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar verebilecektir. Fakat Cumhuriyet Savcısının verdiği bu karar, yirmi dört saat içinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulacaktır. Hakim ya da mahkeme tarafından onanmayan savcılık kararı, hükümsüz kalacak ve bu süreçte elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Bize göre burada onanmayan kararın yaptırımı, yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkemeye sunulmayan savcılık kararı için de geçerli olmalıdır. Bir başka ifadeyle, her ne kadar maddede ifade edilmemiş olsa da, kanuni süresi içerisinde hakim veya mahkeme onayına sunulmayan savcılık kararı geçersiz olacak, elde edilen deliller kullanılamayacaktır.

Aynı zamanda maddedeki “ve” bağlacını “veya” olarak anlamak gerektiği iddia edildiğinde, savcının tek başına vereceği bir kararla da kişinin genital muayeneye tabi tutulabileceği sonucu çıkmaktadır. Böyle bir sonuç doktrinde eleştirildiği gibi bizce de böyle bir durum yerinde ve isabetli olmayacaktır. Bize göre Cumhuriyet Savcısına, genital muayene konusundaki yetki, CMK.’nin 75 ve 76. maddelerinde olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak kaydıyla verilmeli²⁵ ve yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkeme onayına sunulma şartı aranmalıdır. Böylece ilgili düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununun 75 ve 76. maddelerine de uyumlu hale getirilmiş olacaktır.

287/1. maddede sadece hakimden bahsedilmiş olması kurul halinde çalışan mahkemelerce bu yönde verilen muayene kararlarının maddeye dahil olup olmadığı yönünde tereddüde ya da itiraza neden olabilir. Bu tereddüt ya da itirazların önüne geçmek için maddeye mahkeme tabirinin de eklenmesi bize yerinde olurdu.

²⁵ Aynı yönde düşünce ve eleştiri için bkz.: ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, in.:Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, s. 112-113.

Son olarak değinmek istediğimiz husus ise maddi unsur açısından temel olan, genital muayene kavramıdır. Genital kelimesi İngilizce bir kelime olup, “üreme sistemiyle ilgili, üreme organlarına ait”²⁶ anlamlarına gelmektedir. Bu itibarla genital muayene, üreme sisteminin, üreme organlarının kontrolü, incelenmesidir. Maddenin, özellikle toplumda büyük tepkiler uyandıran kızlık muayenesinin yasal sınırlara kavuşturulması amacıyla hazırlandığı düşünüldüğünde, burada yer alan genital kavramının çok geniş bir kavram olduğu açıktır. Çünkü genital sistem²⁷, vücudun dış kısmında yer alan organların yanı sıra vücut içinde yer alan organlardan da oluşmaktadır. Örneğin yumurtalıklar, rahim, rahim kanalları, prostat ve tohum kanalları gibi. Tepkilere yol açan konu ise vücudun iç kısmında yer alan bu organların muayenesinden kaynaklanmamaktadır.

Ayrıca cinsel ilişki ya da cinsel saldırı, fiili livata şeklinde gerçekleşmiş ve muayene anüs bölgesinin incelenmesiyle yapılmışsa bu madde uygulanabilecek midir? Doktrinde anüs bölgesinde yapılan muayenelerde de 287. maddenin uygulanacağı ifade edilmişse de²⁸ bize göre bu yorum doğru bir yorum olmayacaktır. Çünkü anüs, genital sisteme değil sindirim sistemine (gastro-intestinal) dahil bir organdır²⁹. Madde metninde ve gerekçesinde anüs bölgesinin, genital kavramı kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Buna rağmen anüs bölgesinin de dahil olduğunu iddia etmek, maddenin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması olacaktır. Bu ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2/3. maddesince açık olarak yasaklanmıştır. Kaldı ki ceza hukukunun temel ilkeleri göz önüne alındığında fail aleyhine genişletici yorum yapılması da mümkün değildir³⁰.

Bu itibarla 287. maddenin açık bir şekilde anüs bölgesine ilişkin muaye-

26 Langenscheidt Standart English Dictionary, İstanbul 1985, s. 214; Redhouse Sözlüğü, İstanbul 1975, s. 405; <http://www.ingilizcesozluk.gen.tr/sozluk.php?word=genital>, 17.12.2007, 23:17; <http://www.sozluk.web.tr/index.php>, 17.12.2007, 23:17.

27 Genital sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞATIROĞLU, Hakan, “Kadın Üreme Organları”, http://www.tr.net/saglik/kadin_sagligi_ureme_organlari.shtml, 23.01.2008, 01:12; ŞATIROĞLU, Hakan, “Erkek Üreme Organları”, http://www.tr.net/saglik/erkek_sagligi_ureme_organlari.shtml, 23.01.2008, 01:14.

28 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

29 <http://biology.sebat.edu.kg/tr/Sindirim%20sistemi/webler/web3.htm>, 27.01.2008, 02:14.

30 Fail aleyhine genişletici yorum yasağı için bkz.: İÇEL, Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s.123.

neleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Bunun içinse maddede “genital muayene” kavramı yerine³¹ “cinsel ilişki muayenesi”³² kavramına yer verilip, bu madde açısından cinsel ilişkinin vajinal ya da anal yönden (vajina ya da anüse) organ ya da cisim sokmakla gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenleme yapılması daha yerinde olurdu.

VI- MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez. Kişiyi genital muayeneye gönderen, götürülen ya da muayeneyi yapan failin güttüğü amacının, saikin bir önemi yoktur. Klasik öğretideki ifadeyle, genel kast yeterlidir özel kast aranmaz³³.

Söz konusu suçun doğrudan kastla işlenebileceği konusunda tereddüt yoktur. Doğrudan kastın varlığı için genital muayeneye gönderme, götürme veya muayene yapmanın bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gereklidir.

Bu suç, olası (muhtemel) kastla da işlenebilecek midir? Doktrinde, sadece doğrudan kastla işlenebileceği iddia edilmiş³⁴ olmasına karşın bizce olası kastla da işlenebilecektir³⁵. Çünkü kasten işlenebilen bir suç, kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer ve-

³¹ Kilis Milletvekili Hasan Kara, TBBM Adalet Komisyonu Türk Ceza Kanunu Tasarısı Raporundaki karşı oy yazısında, “Genital muayene” olan 287. madde başlığının “Beden muayenesi” ve maddenin I. fıkrasının da “Bir suç nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile ilgili olarak kanunda öngörülen usul ve koşullar dışında beden muayenesi yapan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde, teklifi doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntı için bkz.: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 35-36.

³² 28 Şubat – 1 Mart 2008 tarihleri arasında “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları” adı altında Ankara’da gerçekleştirilen V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunmuş olduğumuz bildiriye her ne kadar madde başlığının CMK.’daki düzenlemeyle paralellik sağlanması gerekçesiyle “Beden Muayenesi” şeklinde olması gerektiğini ileri sürmüş olsak da bu başlığın eleştirisi ve önerilerimiz doğrultusunda doğru bir başlık olmayacağı sonucuna ulaşmış, dolayısıyla burada ileri sürdüğümüz düşüncüyü değiştirmiş bulunmaktayız. Önceki düşüncemiz için bkz.: DÜLGER, İbrahim, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları – Aktuelle Fragen Des Medizinstrafrechts, Ankara 2008, s. 1259-1283.

³³ Klasik öğretide yer alan genel kast – özel kast ayrımı yeni Ceza Kanunu öğretisinde kabul edilmemektedir.

³⁴ MERAN, s. 801.

³⁵ Aynı yönde bkz.: ÜNVER, Adliyyeye, s. 460. Fakat Ünver bu yöndeki görüşü için bir açıklama ve gerekçe sunmamaktadır.

rildiği takdirde sadece doğrudan kastla işlenebilir. Kanuni tanımında böyle ifadelerin yer almadığı kasıtlı suçlar ise hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilecektir³⁶. Örneğin, hekime baygın halde genç bir bayanın getirildiğini, getiren kişilerin genital muayene talebinde bulduklarını, baygın haldeki bayanın buna rıza gösterdiğine ilişkin imzalı bir belge sunduklarını düşünelim. Bu durum karşısında hiçbir kanama ya da acil bir tıbbi zorunluluk olmadığı halde ve hastanın gerçekte buna rızasının olmayabileceğini, belgenin zorla alınmış ya da belgedeki imzanın bayana ait olmayabileceğini öngörmesine rağmen, “bana ne, ben muayenemi yapar paramı alırım” şeklinde bir düşünceyle muayeneyi gerçekleştiren hekimin fiili, olası kastla genital muayene suçunu oluşturacaktır. Failin suçu olası kastla işlemesi halinde öngörülen ceza, Ceza Kanununun 21/2. maddesi uyarınca üçte birden yarısına kadar indirilecektir.

Yetkili hakim ve savcı kararı bulunduğu ya da mağdurun rızasının var olduğu konusunda kabul edilebilir hataya düşen fail bu hatasından yararlanacak, kasten hareket etmemiş sayılacaktır. Hataya düşmesinde failin taksiri olsa bile, bu suç taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için cezalandırılmayacaktır.

Ayrıca bir kimseyi, maruz kaldığı, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu genital muayeneye gönderen, götüren ya da muayene eden kimse Ceza Kanununun 28. maddesi uyarınca cezalandırılmayacaktır. Bu durumda, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi fail kabul edilecek ve cezalandırılacaktır.

VII- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlere geçmeden önce 287/2. maddedeki düzenlemeden bahsetmek gerekir. Buna göre, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından birinci fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 106. maddesi, burada belirtilen kanun hükmüne örnek olarak gösterilebilir. Maddede, zührevi bir hastalık taşıdığından şüphe edilen ve bu hastalığı etrafına yaymasından endişe duyulan kişilerin yetkililerce muayeneye gönderileceği ve resmi hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumlarına ilişkin rapor tanzim edileceği belirtilmektedir. Zührevi hastalıkların tespitine yönelik muayene, genital muayene-

³⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 220; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 305.

yi de kapsamaktadır. Dolayısıyla kişiyi muayeneye gönderen, götürən ya da muayeneyi yapan hekim sorumlu olmayacak, fiilleri suç teşkil etmeyecektir.

Fakat bize göre burada basit bir şüphe üzerine değil çok daha ciddi bir şüphenin varlığı halinde kişilerin muayeneye gönderilebilmesi gerekir. Bununla birlikte bu muayenede öncelikle kan, idrar ve sperm tahlili yapılmalı, bu tahlillerle zührevi hastalık tespit edilebiliyorsa ve başkaca bir zorunluluk yoksa genital muayeneye geçilmemelidir. Tahlil sonucu elde edilen bulgular ışığında kesin kararın verilebilmesi açısından zorunluluk içeriyorsa ancak bu durumda genital muayene yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sayede kişilerin maddi ve manevi kişiliklerinin, cinsel özgürlük, onur ve vücut dokunulmazlıklarının korunması sağlanabilecek, kanuna dayanarak yapılan gereksiz ihlallerin önüne geçilebilecektir.

Ayrıca bu kanuna göre kişi ya da kişilerin muayene talep ve işlemlerinin mutlaka resmi ve yazılı prosedürde yapılması gerekir. Bu sayede muayeneye gönderen, götürən kimselerin ve özellikle de muayeneyi yapan hekimin cezai ve hukuki yönden güvenliği sağlanmış olacaktır. Hekimin bu yöndeki sözlü talepleri yerine getirmemesi haklı ve yerinde bir davranış olacaktır.

Fıkıradaki, tüzükten de bahsetmiş olması ve 287/1. maddede rağmen tüzük hükmünün uygulanmasının suçu oluşturmayacağı belirtilmiş olması nedeniyle bu düzenlemeyi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir.

Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamenin³⁷ 2. maddesi uyarınca, evlenmek isteyen kişilerin, resmi ya da resmi hekim tarafından onaylanmak şartıyla özel hekim tarafından Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 ve 124. maddelerinde³⁸ yer alan evlenmeye engel hastalıklardan birine sahip olup olmadıklarının incelenmesi zorunludur. Bu incelemenin nasıl olacağı Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamenin 3. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup 4. maddenin 4 numaralı bendinde genital muayene yer al-

³⁷ 21.09.1931 Tarih ve 1904 sayılı Resmi Gazete.

³⁸ 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı bu kanun için bkz.: 06.05.1930 tarih ve 1489 tarihli Resmi Gazete. Kanunun 123. maddesinde “Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazi akliye müptela olanların evlenmesi memnurdur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz.”; 124. maddesinde ise “İlerlemiş sari vereme musap olanların nikahı altı ay tehir olunur. Bu müddet zarfında salah eseri görülmezse bu müddet altı ay daha temdit edilir. Bu müddet hitamında alakadar tabipler her iki tarafa bu hastalığın tehlikesini ve evlenmenin mazarratını bildirmeğe mecburdur.” hükmü yer almaktadır.

maktadır. Bu hükümler uyarınca genital muayene yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın yapılabilecek, muayeneye gönderen yetkili ve muayeneyi yapan hekim, 287/2. madde gereğince cezalandırılmayacaktır.

Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün³⁹ 25. maddesi uyarınca bütün genel kadınlar⁴⁰ izinli olsalar bile haftada iki kez ve 23. maddede yazılı kadınlar ise⁴¹, on günde bir defa kendilerini resmi hekime muayene ettirmeye mecburdurlar. Buradaki muayene genital muayeneyi de kapsamaktadır. Aynı şekilde bu kadınları, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın muayeneye gönderenin, götürenin ya da bu muayeneyi yapan hekimin fiilleri 287/2. madde hükmüne göre suç teşkil etmeyecektir.

Genital muayene yönetmelik hükümlerine göre yapılırsa durum ne olacaktır, yönetmelik hükmü hukuka aykırılığı kaldırarak mıdır? Yönetmeliğe kaynak olan kanun ya da tüzükte bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla genital muayeneye açık olarak izin veriyor ve bu muayeneye ilişkin ayrıntı ve usul yönetmelikte düzenleniyorsa bu muayene hukuka uygun olacaktır. Fakat bize göre burada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, doktrinde iddia edildiği gibi⁴² yönetmelik hükmü değil, yönetmeliğe kaynak teşkil eden ve bulaşıcı hastalıkları engellemek, dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla genital muayeneye açık olarak izin veren kanun ya da tüzük hükmüdür. Yönetmeliğin kaynağı olan kanun ya da tüzükte açık olarak genital muayeneye izin veren bir hüküm yoksa yönetmelik hükmüne dayanarak yapılan genital muayeneler fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Bu durumda Ceza Kanununa aykırı olan yönetmelik hükmünün kaldırılması ya da iptal edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte 287/2. maddede açıkça ifade edildiği üzere kanun ya da tüzük hükmünün hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için bu düzenlemenin bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını koruma amacıyla getirilmiş olması gerekir. Bu amacın dışında bir amaçla sair kanun ya da tüzükle genital muayeneye izin verilmiş olması, buna dayalı fiili suç olmaktan çıkarmayacak, fiilin hukuka aykırı olmasına engel teşkil etmeyecektir.

³⁹ 19.04.1961 tarih ve 10789 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁰ Genel kadın, tüzüğün 15. maddesinde, başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar olarak tanımlanmıştır.

⁴¹ “Fuhuşu sanat ve geçim vasıtası edindikleri 20 nci maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılan fuhuşla melûf 18 yaşını bitirmiş ve 21 yaşını bitirmemiş kadınlar”.

⁴² ÜNVER, Adliye, s. 458.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden meşru savunma bu suç açısından geçerli değildir. Kanun hükmünün ve görevin yerine getirilmesi⁴³⁻⁴⁴ ve ilgilinin rızası genital muayene suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Ceza Kanunumuz, 26/2. maddesinde yer alan ilgilinin rızası için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olma şartı aranmıştır. Kişinin genital sistemini, üreme organlarını muayene ettirmesine ilişkin hak, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır. Dolayısıyla bu suça ilişkin ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup fiilin suç olmasına engeldir⁴⁵. Fakat buradaki rızanın hukuken geçerli bir rıza olması şarttır. Fesada uğratılmış, sakatlanmış, hukuken geçerliliği olmayan rıza hukuka uygunluk nedeni değildir.

Genital muayene için bir kimsenin kendi isteğiyle hekime müracaat etmesi halinde hekim, o kişiyi muayene edebilecektir⁴⁶. Böyle bir durumda hekim, yetkili bir hakim ve savcı kararının bulunup bulunmadığını değil, kişinin rızasının geçerli olup olmadığını bakmak zorundadır. Sadece hekim ya da sağlık personelinin değil bu muayeneyi yapan diğer kişilerin de fail olabileceği düşüncesini daha önce ifade ettiğimiz için hukuken geçerli bir

⁴³ ÖZGENÇ, Yeni TCK.'nun, s. 53. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 269.

⁴⁴ Kanun hükmünün ve görevin yerine getirilmesi genel hükümlerde hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmiş olmakla birlikte, yukarıda da açıkladığımız gibi, 287/2. maddede ayrıca belirtilmiştir.

⁴⁵ Ünver ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı kaldıracağını kabul etmekle birlikte madde metninde ilgilinin rızasının etkisinin ne olduğunu belirtilmemesini, bu konuda ceza yargılamasına konu olan ve olmayan hallerde muayeneye götürülenler arasında bir ayrım yapılmamış olmasını eleştirmesine rağmen biz bu eleştiriye katılmıyoruz. İlgilinin rızasına ilişkin genel hükümlerdeki (mad. 26/2) düzenlemenin bu maddeye uygulanabilirlikte yeterli ve açık olduğunu düşünüyor, 287. maddede ayrıca ilgilinin rızasının düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiyoruz. Karşılaştırmız: ÜNVER, Adliyeye, s. 456-457 ve 459-460.

⁴⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kanunlaşma sürecinde bazı kişi ya da kurumlar bu maddeyle bundan böyle jinekolojik muayene bile yapılamayacağını haksız olarak ifade etmişlerdir. Bu yöndeki haber için bkz.: <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/09/15/gundem/gundem6.html>, 31.12.2007, 14:47. Aksi düşünceler için bkz.: Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi", <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; SÖZÜER, Adem, "Bekaret Kontrolü", <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

rızanın varlığı halinde tabip veya sağlık personeli yanında bunların dışındaki kişilerin yaptığı genital muayeneler de suç oluşturmayacaktır.

Hasta - hekim ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde bu maddede tanımlanan suç oluşmaz. Bu itibarla jinekolojik bir rahatsızlığı olduğu ya da böyle bir hastalığın varlığından şüphelendiği için teşhis ve tedavi amacıyla uzman hekime başvuran hasta üzerindeki genital muayene suç olarak değerlendirilebilecek bir muayene değildir. Aynı şekilde estetik bir operasyon için yapılan genital muayene de suç oluşturmayacaktır. Hekim tarafından, bu amaçlarla yapılan muayene ile ilgili olarak yetkili hakim veya savcı kararını aramaya gerek yoktur⁴⁷. Bu konudaki hasta hekim ilişkisinden kastımız, hukuken geçerli bir rızaya dayalı tedavi, estetik veya kontrol amaçlı her türlü muayene ve müdahalelerdir.

Genital muayenede fiili hukuka uygun kılan ilgilinin rızası ne zaman bulunmak zorundadır? Hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için rızanın, gönderme açısından muayeneye gönderme fiilinden önce, muayene etme fiili açısından da muayene işlemi yapılmadan önce bulunması ya da en azından bu fiillerle aynı zamanda (hem zaman) bulunması gerekir. Genital muayeneye gönderme veya muayene yapılma işleminden sonra gösterilen rıza fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaz.

VIII- ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

1- TEŞEBBÜS

Doktrinde aksi iddia edilse⁴⁸ de bize göre gerek genital muayeneye gönderme, götürme gerekse genital muayene yapma suçu teşebbüse elverişlidir⁴⁹. Teşebbüse uygun olmadığı yönündeki görüş, gerekçe olarak gönderme ve muayene aşamasına kadar olan kısmın hazırlık hareketi kapsamında olduğunu; gerek gönderme gerekse muayeneye başlamış olmakla fiilin işlenmeye başlanmış ve aynı zamanda tamamlanmış olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Bu yaklaşım, bize göre hazırlık hareketinin sınırını alabildiğince genişletmek, icra hareketlerinin sınırını da bir o kadar daraltmak olacaktır. Bir kimseyi öldürmek için “intikamımı alacağım, seni öldüreceğim” diye bağırarak sila-

47 Bkz.: “Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi”, <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; SÖZÜER, Adem, “Bekaret Kontrolü”, <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

48 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530; MERAN, s. 801-802.

49 Aynı yönde ÜNVER, Adliye, s. 461.

50 MERAN, s. 801- 802.

hını doğrultan kişinin silahını ateşlemeye fırsat bulamadan çevredekilerin üzerine atlaması ve silahını alması hali hazırlık hareketi değil kasten öldürmeye teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde bir kimseyi yaralamak için bıçakla kovalaması sırasında, failin olaya tesadüfen vakıf olan güvenlik güçlerince yakalanarak etkisiz hale getirilmesinde de durum aynıdır. Genital muayene suçuna teşebbüs mümkün değildir görüşünün gerekçesiyle hareket edilecek olursa, yukarıdaki örneklerdeki öldürme suçunda failin mutlaka ateş etmiş olmasını, hatta belki de kurşunun vücudun herhangi bir bölgesine en azından değmiş ya da girmiş olmasını; yaralama suçu açısından ise failin bıçağı bir şekilde mağdurun vücuduna temas ettirmesini aramak zorunda kalırız.

Müdürü olduğu yurttan kalan bir kız öğrenciyi çarşıda bir erkekle el ele dolaşırken gören müdür A, ertesi gün öğrenciyi çağırıp, genital muayene yaptırıp getirmesi için talimat verdiği görevli B'ye teslim etmiş olsun. B, kız öğrencinin kolundan tutarak muayeneye götürmek için yurttan çıkarken kızın bağırması üzerine kapıda bekleyen polis ekibince yakalanmasında suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Genital muayeneye gönderme ve götürme fiilinin icrasına başlanmış fakat failerin dışındaki bir engel nedeniyle tamamlanamamıştır.

Aynı örnekten devam ederek B'nin kız öğrenciyi hekim H'nin muayenehanesine götürdüğünü kabul edelim. H, kızın bütün itirazlarına rağmen onu muayene koltuğuna oturtmuş ve giysilerini çıkartmaya çalışırken, kızın arkadaşlarının ihbarı üzerine harekete geçen polisin muayenehaneyi basarak B ve H'yi yakalaması halinde, A ve B'nin fiili tamamlanmış olmakla birlikte H'nin fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır.

2- İÇTİMA

Genital muayene suçu zincirleme suç hükümleri kapsamındadır. Yani bu suçun, bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda Ceza Kanunumuzun 43/1. maddesi uyarınca tek bir cezaya hükmedilecektir. Fakat aynı madde gereğince suç için öngörülen ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılarak verilecektir. Doktrinde genital muayene suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenebileceği savunulmuştur⁵¹. Bize göre bu düşünce genital muayeneye gönderme, götürme suçu açısından doğru olmakla birlikte genital muayene yapma suçu açısından düşünülemez. Bir kimse birden fazla kişiyi aynı anda genital muayeneye gönderebilir, götürebilir. Bu durumda Ceza Kanunumuzun 43/2. maddesi uyarınca 1. fıkraya göre hareket edilecektir. Fakat genital muayene

⁵¹ MERAN, s. 802.

yapmak suçu açısından bu hükmün uygulanma olanağı yoktur. Çünkü tek bir fiille birden fazla kişinin aynı anda genital muayenesinin yapılması mümkün değildir. Her mağdurun muayenesi ayrı bir fiil olacaktır.

Genital muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapan, mağdura bu suçun yanında yaralama ya da hakaret suçunu da işlemişler ise ortada birden fazla bağımsız suçun varlığı nedeniyle gerçek içtima kurallarına göre hareket edilecek, her bir suç için yargılama yapılacaktır.

Genital muayene, vücuda cisim ya da parmak gibi organ sokmak suretiyle gerçekleştirildiğinde nasıl hareket edilecektir? Eğer genital muayene yapma açısından vücuda cisim ya da parmak sokmak gibi bir zorunluluk varsa bu durumda bir fiille birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konusudur. Fail, hem TCK'nun 287. maddesini hem de kanunun suçun oluşumu açısından cinsel arzuların tatmini amacı aramaması nedeniyle 102/2. maddesini ihlal etmiştir. Bu durumda fikri içtima hükümlerine (madde 44) göre hareket edilmelidir. Fakat genital muayene açısından herhangi bir zorunluluk olmasına karşın fail, mağdurun vücuduna cisim ya da organ sokmuşsa gerçek içtima kurallarına göre sorumluluk belirlenecektir.

Genital muayene yapan fail, bu fiiliyle aynı zamanda 102/1. maddede düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu da işlemiş olur mu? Ceza Kanunumuzun 102/1. maddesindeki basit cinsel saldırı suçu açısından failin, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olması şartı aranmıştır. Fail, genital muayeneyi yaparken herhangi bir şekilde cinsel tatmin amacı taşııyorsa sadece 287. maddeden sorumludur. Fakat fail muayene yapmakla birlikte cinsel arzularını tatmin amacını da taşıyorsa ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmamışsa bir fiille birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olacak ve fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Son durumda ise genital muayeneyi yapan fail, aynı zamanda cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmışsa, örneğin mağdurun göğüslerini de okşamışsa bu durumda hem 287. hem de 102/1. maddeden sorumlu olacaktır.

Burada, genital muayeneye gönderen, götüren ya da yapan kişinin aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlemiş olup olmayacağını da üzerinde durulması gerekir. Bize göre muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapanın, bu suçun icrasına ilişkin hareketleri, aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Madde hükmünde kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, genital muayene suçunda unsur olarak belirtilmediği, bu nedenle de bileşik suç olmadığı için iki suçun da oluşacağı iddia edilebilirse de bu suç kişi hürriyetini engellemeden işlenmeyeceğinden yapısı gereği hürriyetten yoksun kılma suçunu da içinde barındırır. Nasıl ki bir yerde rastladığı hasmını belli bir süre döverek yaralayan

kişi veya gece parkta rastladığı bir bayana cinsel saldırıda bulunan kişi aynı zamanda mağduru hürriyetinden de yoksun kılmakla birlikte sadece yaralama ve cinsel saldırı suçlarından yargılanıyorsa, genital muayene suçunun fail ya da failleri de sadece bu suçtan dolayı yargılanacaklardır. Fakat mağdurun genital muayenesi yapıldıktan sonra belli bir süre tutulması ya da muayeneye götürülmeden önce belli bir süre bir yerde tutulmuş olması hallerinde genital muayene suçunun yanında kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşacağında şüphe yoktur. Böyle bir durumda gerçek içtima kuralları gereğince her iki suçtan da yargılama yapılacaktır.

3- İŞTİRAK

Gerek genital muayeneye gönderme, götürme suçu gerekse genital muayene yapma suçu iştirak halinde işlenebilir. Bu suç iştirak açısından bir özellik ve farklılık göstermez. Genel hükümlerdeki iştirake ilişkin hükümlere göre hareket edilir. Failler, arasında bu suçu işleme konusunda ortak irade ve anlaşma bulunmak şartıyla azmettiren, yardım eden ya da birlikte gerçekleştiren sıfatlarıyla işleyebilirler.

Genital muayeneye gönderme fiili götürmeyi de içermekle birlikte, götürme bağımsız bir fiil değildir. Göndermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Genital muayeneye götürme olmaksızın gönderme fiili olabileceği halde gönderme fiili olmaksızın götürme olamaz. Bu itibarla, gönderenin ayrı, götürenin ayrı kişiler olduğu olayda götürenin fiili, gönderenin fiiline iştiraktan ibarettir. Genital muayeneye gönderenle götürülen, Ceza Kanunumuzun 37/1. maddesi uyarınca fiili birlikte gerçekleştiren (irtikap eden) olarak sorumludurlar.

Maddede iki farklı suç tipi düzenlendiği için gönderen ve götürülen fail ya da faillerle muayene eden failin fiilleri bu konuda aralarında iştirake ilişkin bir anlaşma olsa bile iştirak hükümleri içerisinde değerlendirilemez. Çünkü gönderen ve götürülen failin fiiliyle muayene eden failin fiili birbirinden bağımsız olarak suç teşkil etmektedir. Aralarındaki bu suçu ortaklaşa işleme konusundaki anlaşma ve irade, madde hükmü uyarınca, iştirak olarak kabul edilemez.

IX- MUHAKEME USULÜ

Genital muayene suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir, bu suç re'sen kovuşturulur.

Genital muayeneye gönderen, götürülen veya genital muayeneyi yapan fail, kamu görevlisi değilse ya da kamu görevlisi olmakla birlikte bu suçu görevi nedeniyle işlememişse, herhangi bir kurum ve makamın iznine gerek olmadan, hakkında doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.

Fail, kamu görevlisi ve genital muayene suçunu görevi nedeniyle işlemişse, kural olarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre hareket edilecektir. İstisna olarak ise kanun tarafından kendilerine adli görev verilen veya kanuna göre kendilerinden adli görev istenilen kişiler ya da adli kolluk görevlileri, adli görevleri dahilinde genital muayene suçunu işlerlerse, 4483 sayılı kanuna bağlı olmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5. maddesi uyarınca doğrudan Cumhuriyet savcılarınca soruşturulacaktır.

X- GÖREVLİ MAHKEME

Genital muayene suçu için öngörülen cezanın üst sınırının iki yıldan daha az olması nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁵² 10. maddesine uyarınca, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

SONUÇ

765 sayılı eski Türk Ceza kanunumuzda bulunmayan bu suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla ceza hukukumuzda girmiştir. Aslında ileri, çağdaş ceza hukukuna sahip ülke hukukçularını şaşırtabilecek bir suç tipidir. Özellikle Kıta Avrupa'sı Ceza hukukçularının anlam veremedikleri bir düzenleme olabilir. Fakat ülkemiz açısından ele alındığında yeni Ceza Kanunumuzda böyle bir suç tipine yer verilmiş olması son derece isabetli olmuştur. Ülkemizde böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu genel olarak tartışılmaz bir konudur. 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemlerde birçok ailenin, yatılı okul veya yurt yöneticilerinin özellikle genç kız çocuklarını cinsel ilişkiye girdikleri şüphesiyle, halk arasında bekaret kontrolü veya kızlık muayenesi denilen muayeneye götürdükleri herkesin malumudur. İnsan hakkı ihlali olan, mağdurun beden bütünlüğünün, cinsel bütünlüğünün ve onurunun ihlal edildiği bu fiil ceza kanununda buna ilişkin açık bir düzenleme olmaması nedeniyle cezalandırılmamaktaydı. Gerek bu muayeneyi yaptıranlar, gerekse muayeneyi yapanlar fiilin icrasına ilişkin hareketleri kanunda yazılı başkaca bir suçu oluşturmadığı sürece ne yargılanabilmekte ne de cezalandırılabilmekteydi. Hatta bazı hukuk kuralları, örneğin Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılmış olan ve şu an yürürlükte olmayan "Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği"⁵³ dolaylı da olsa disiplin kurullarına böyle bir muayeneyi yaptırma yetkisi ve görevi verilmekteydi. İlgili yönetmeliğin "Disiplin Cezaları ve Cezayı Gerektiren Davranışlar" başlıklı ikinci bölümün, "Örgün Eğitim Dışına Çıkarma" başlıklı 41. maddesi

⁵² Bkz.: 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete.

⁵³ Bkz.: 13.07.2001 tarih ve 24461 sayılı Resmi Gazete.

sinin (d) bendi fuhuş yaptığı ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilen özellikle kız öğrencilerin Okul Ödül ve Disiplin kurulunca, devam zorunluluğu olan okullara kayıt yaptıramayacak şekilde tasdikname ile okuldan uzaklaştırılacaklarını düzenlemekteydi. Aynı yönetmeliğin, “Üst Disiplin Kurulunun Kuruluşu, Görevleri, Çalışması, Bakanlık Öğrenci Disiplin Kurulu” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve “Kurulların Çalışma Usulleri ve Karar Süresi” başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üst disiplin kurulu dosyada eksik gördüğü hususları ilgililere tamamlattırarak ve gerektiğinde ilgili mercilerden bilgi isteyebilecektir. Yukarıda belirttiğimiz düzenlemeler dikkate alındığında gerek okul ödül ve disiplin kurulu gerekse karara itiraz halinde üst disiplin kurulunun öğrenciyi, cinsel ilişkiye girip girmediğini tespit amacıyla ilgili kurumlara gönderebilmesine olanak veriyordu.

Bu muayeneye tabi tutulan yetişkin kız çocukların psikolojik olarak travma geçirdikleri, bunalıma girdikleri hatta intihar ettikleri gözlenmekteydi. Bu durum karşısında çeşitli kadın kuruluşları ve sair sivil toplum örgütleri de tepkilerini ve bu uygulamanın önüne geçilmesi taleplerini sıkça gündeme getirmekteydiler. Gönül isterdi ki ülkemizde böyle olaylar olmasın ve böyle bir düzenleme de Ceza Kanunumuzda yer almasın. Fakat ülkemiz açısından toplumsal bir gerçek olan ve bir insan hakkı ihlali niteliği taşıyan bu olaylar karşısında kanun koyucunun düzenleme yapması kadar doğal bir şey olamazdı. Bilindiği üzere hukuk kuralları toplumsal ihtiyaçlar ve toplumsal talepler doğrultusunda oluşturulmaktadır. Kanun koyucu bu ihtiyaç ve talepler doğrultusunda yerinde bir tercihle bu fiilleri suç haline getirmiş ve ceza kanunumuzda düzenlemiştir.

Fakat bu düzenlemede gerek şekil gerekse içeriğe ilişkin uygun olmadığını düşündüğümüz hususları ifade etmek isteriz. Şöyle ki:

Bu düzenlemenin “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmında ve “Adliyeye Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi bizce isabetli olmamıştır. Bu fiille, Millet ve Devletten ziyade bireye ve bireyin özgürlüğüne bir saldırı gerçekleştirilmektedir. Aynı şekilde ceza yargılaması sürecinde adliyenin irade ve işleyişine karşı bir suç olmaktan ziyade bireyin cinsel özgürlüğüne, onuruna, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğüne bir saldırı teşkil etmektedir. Bu itibarla da bu düzenlemenin Ceza Kanunumuzun ikinci kitabının, kişilere karşı suçların yer aldığı ikinci kısmın, altıncı bölümünde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde yapılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak bu düzenlemenin yer aldığı 287. maddenin başlığının bizce uygun olmadığını belirtmek isteriz. Madde başlığı “Genital Muayene” olarak belirtilmiştir. Oysa yapılan muayene genital organların sadece bir kısmına ve

genital bir organ olmayan anüse yöneliktir. Bu muayenede temel hedefse mağdurun cinsel ilişkiye girip girmemiş olduğunun belirlenmesidir. Dolayısıyla muayenedeki hedef ve muayene edilen organlar dikkate alındığında başlığın genital muayene olarak belirlenmesi yerinde olmamıştır. Bizce madde başlığının “Cinsel İlişki Muayenesi” olarak tercih edilmesi daha yerinde olurdu.

İçerik hakkındaki düşüncelerimiz ise:

Öncelikle 287/1. maddede yer alan “Yetkili hakim ve savcı ...” ibaresinde yer alan “ve” bağlacı yerinde olmamıştır. Çünkü davaya bakmakta olan hakim, savcının iştiraki ya da onayı şartına bağlı kılınmaksızın yargılamaya ilişkin, kanuni sınırlar içerisinde, her türlü işlemi kendisi yapmak yetkisine sahiptir. Aksi düşünce yargı bağımsızlığını tartışılır hale getirecektir. Buradaki “ve” bağlacını “veya” olarak anlamamıza ise ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi engeldir. Dolayısıyla maddedeki “ve” bağlacının “veya” olarak düzeltilmesi gerekir. Sadece bu bağlacın değiştirilmesi de bize göre yeterli olmayacaktır. Bu konuda savcıya verilen yetki, CMK.’nın 76. maddesinde düzenlendiği şekilde gecikmesinde sakınca doğabilecek durumlarla sınırlandırılmalıdır. Ayrıca yirmi dört saat içerisinde savcının bu kararının mahkeme ya da hakim onayına sunulma şartı getirilmelidir.

Maddede sadece hakimden bahsedilmiş olması kurul halinde çalışan mahkemelerce bu yönde verilen muayene kararlarının maddeye dahil olup olmadığı yönündeki tereddüt ya da itirazların önüne geçmek için maddeye mahkeme tabirinin de eklenmesi de bizce gerekli ve yerinde olurdu.

Madde içerisinde yer alan “genital muayene” kavramının da “cinsel ilişki muayenesi” olarak değiştirilmesi gerekir. Bu konudaki düşünce ve gerekçelerimizi yukarıda madde başlığı için ifade ettiğimiz için tekrar etmiyoruz.

Buraya kadar olan tespit ve eleştirilerimiz çerçevesinde madde hakkında önerimiz ise:

Cinsel ilişki muayenesi

Yetkili hakim veya mahkeme ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı olmaksızın kişiye cinsel ilişki muayenesi yaptıran veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

Birinci fıkradaki savcılık kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Süresinde onaya sunulmayan ya da onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak veya hasta-hekim ilişkisi içerisinde yapılan muayeneler açısından birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

GEREKÇE

Madde ile bireyin cinsel anlamda vücut ve onur dokunulmazlığına bir saldırı ve ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz ve onarılmaz etkileri olan cinsel ilişki muayenesinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç, adli bir olay dahilinde işlenebileceği gibi adli soruşturma ya da kovuşturmayaya konu bir olay olmaksızın da işlenebilir. Fıkra mevcut olan gönderen kavramı yerine yaptırın kavramına yer verilmiştir. Böylelikle madde, gönderenin fiilinin yanında kişiyi bu muayeneye götürmenin fiilini de kapsayacak hale getirilmiş, götürenin fiili üzerindeki tartışma giderilmek istenmiştir.

Birinci fıkra göre, bu yöndeki bir muayene sadece hakim veya mahkeme kararıyla ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla yapılabilecektir. Buradaki cinsel ilişki muayenesinden vajinal ve/veya anal yönden yapılan muayene kastedilir.

Asıl olan bu muayenenin hakim veya mahkemenin kararıyla, istisna olarak da Cumhuriyet savcısının kararıyla yapılabilmesidir. Bu itibarla ikinci fıkra ile Cumhuriyet savcısının bu kararının hüküm ve sonuçları hakkında usul ve esaslar düzenlenerek Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinin 1. fıkrasına uygun hale getirilmiştir.

Üçüncü fıkra ise bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kamu sağlığını korumak üzere bu kanundan önce çıkarılmış olan kanun hükümlerine uygun muayenelerin bu suçu oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Aynı konuda sonraki kanun hükümlerine aykırı görülebilecek önceki kanun hükümlerinin, güttüğü amaç dikkate alınarak, geçerli olacağı, fiili hukuka uygun kılacağı ifade edilerek bu konudaki oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Aynı şekilde ceza kanununun yasakladığı bir fiile tüzük hükümleriyle izin verilemeyeceği haklı olarak düşünülebileceğinden, kamu sağlığı açısından zorunlu görülen tüzük hükümlerine uygun muayenenin fiili hukuka uygun kılacağı belirtilmiştir. Bu fıkra ayrıca hasta-hekim ilişkisi içerisindeki muayenenin bu suçu oluşturmayacağına da yer verilmiştir. Fakat bu durumda hastanın, hasta muayenenin anlam ve sonuçlarını algılayma yeteneğine sahip değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamının varlığı aranacaktır.