

GENİTAL MUAYENE SUÇU (TCK m. 287)

*Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU** **

Öz

Türk Ceza Kanununun 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçu, sık uygulaması olmayan ancak en tartışmalı suç tiplerinden biridir. Bu makalede suç tipine ilişkin tartışmalı noktalara değinilerek, aslında böyle bir suç tipine hukukumuzda ihtiyaç olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Genital muayene, beden muayenesi, hymen muayenesi

THE CRIME OF GENITAL EXAMINATION (TURKISH PENAL CODE ARTICLE 287)

Abstract

The crime of genital examination, regulated in Article 287 of the Turkish Penal Code, is one of the most controversial types of crime, which is not a common practice. This article discusses the controversial points related to the type of crime and discusses whether such a crime is needed in our law.

Keywords

Genital examination, body examination, hymen inspection

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ayse.nuhoglu@law.bau.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0536-6517>

** Prof. Dr. Durmuş Tezcan Hoca Armağanına küçük de olsa bir katkıda bulunmak benim için bir onurdur. Durmuş Hocam, yapılan her türlü bilimsel faaliyete gönülden destek veren nadir Hocalardan biridir. Bu vesileyle kendisine bir kez daha kalbi duygularla teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda genital muayene suçu veya benzeri bir suç tipi bulunmamakta idi. Bu eylem suç olarak ilk kez 5237 sayılı TCK'nun 287. maddesi ile düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe giriş tarihi olan 01.06.2005 öncesine bakıldığında özellikle hymen muayenesi ve bu muayene sebebiyle, muayeneye maruz kalanların uğradıkları zararlara ilişkin gazetelerin üçüncü sayfalarında haber yapılmaktaydı. Zira hymen muayenesi birçok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de kadın ve çocuk intiharlarına veya ölümlerine sebep olmuş bir işlemdir. Örneğin anne-babasının onayı olmaksızın evden bir gece ayrı kalan çocuğun veya kadının, anne-babası tarafından hymen muayenesine götürülmesi ve sonuçta bakire olmadığının anlaşılması halinde ölüm sonucu ile sıklıkla karşılaşmakta idi.

Hymen muayenesinden sonra intihar eden veya ailesi tarafından öldürülen kadın ve çocuklara ilişkin haberlere sıklıkla rastlanması dışında, mevzuatta, sırf bekaret tespiti amacıyla hymen muayenesine izin veren hükümler vardı¹. Aşağıda ayrıntıları belirtileceği üzere, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, yürürlükteki 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun aksine, cinsel suçlara ilişkin yargılamalarda da hymen muayenesi adeta zorunlu idi. Öte yandan 1412 sayılı CMUK'da genital muayene veya genel olarak beden muayenesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta idi. 5271 sayılı CMK'nun 75 ve 76. maddelerinde beden muayenesi ve genital muayene açıkça düzenlendiğinden, keyfi genital muayenelere son vermek amacıyla 287. maddede düzenlenen suç ihdas edilmiştir.

Genital muayene suçunun incelendiği eserlerde, suça ilişkin birçok hususta farklı görüşler ileri sürülmüş, zaman zaman çelişkilere de düşülmüştür. Örneğin bu suçun Ceza Kanununda düzenlendiği yerin hatalı olduğu, kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi gerektiği, adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmesinin hatalı olduğu görüşü ileri sürülmüş, aynı zamanda suça ilişkin açıklamalar yapılırken CMK'nun ancak adli amaçla yapılabilecek beden muayenesinin düzenlendiği 75 ve 76. maddelerine de atıf yapılmıştır.

2. Eylemin Suç Olarak İhdası Gerekliliği

Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, adli amaçlı olarak veya delil elde etmek amacıyla hymen muayenesinin artık gerekli bir muayene olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak uygulamada adli olaylarda bu muayenenin genellikle yaptırıldığı da belirtilmelidir.

¹ 13.07.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin Örgün Eğitim Dışına Çıkarma başlıklı 41. maddesinin d bendinde, disiplin suçları arasında "Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" fiili düzenlenmişti. Bu fiili isnat edilen öğrencinin cinsel ilişkiye girip girmediğinin tespiti amacıyla, müdürün talebiyle hymen muayenesi yapılmakta idi.

765 sayılı mülga TCK döneminde bu muayene bazen suçun unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, bazen de nitelikli halin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından önemli idi ve bu nedenle mutlaka yapılması gerekirdi.

Gerçekten 765 sayılı TCK'nun 423. maddesine göre alacağım diye kandırıp kızlık bozma suçunun oluşması için bekaretin bozulması gerekmektedir. Gerçekten 423. maddeye göre, "her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür". Yargıtay da suçun oluşması için kızlığın bozulması gerektiğini kabul etmekte, cinsel ilişki gerçekleşmesine rağmen kızlık bozulmamışsa suçun oluşmadığını kabul etmekteydi. 5.CD'si 23.10.2003 tarihli kararında² "mağdurenin hamile olmasının kızlığının bozulduğunu kabule yeterli olmayıp, sezeryanla doğum yapılması halinde dahi kızlığın bozulmasından söz edilemeyeceği gözetilerek, kızlığının bozulup bozulmadığı fennen saptanmadan, gerektiğinde doğumun ne suretle gerçekleştiği ve kızlığının doğumla bozulup bozulmadığı araştırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasının bozmayı gerektireceği" belirtilmişti.

Aynı şekilde 765 sayılı mülga TCK'nun 418/3. fıkrasında "Eğer bu fiil ve hareketler (ırza geçme ve ırza tasaddi) bir mazarın sırayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya mâluliyet veya mâyubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilâve edilerek hükmolünür" düzenlemesi mevcuttu. Bu fıkradaki "mayubiyet" teriminin, bekaretin kaybı, hymen yırtılması anlamına geldiği kabul edilmekteydi. Dolayısıyla bu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için de hymen muayenesinin yapılması zorunlu idi. Nitekim CGK, 18.11.2003 tarihli kararında³, "sanığa yüklenen suçun ağırlatıcı nedeni olarak TCY'nın 418. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen mayubiyet halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenebilmesi bakımından, mağdurenin kızlık zararının bu eylem nedeniyle mayubiyet oluşturacak biçimde tamamen veya kısmen yırtılıp yırtılmadığının tıbben saptanması gereklidir" şeklinde karar vermişti.

Mülga Kanun zamanında yürürlükte olan bu düzenlemeler dikkate alındığında, bu hükümlerin uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde hymen muayenesinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK'da hymen muayenesi yapılmasını gerekli veya zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla işlenen suç sonrası hymen kısmen veya tamamen yırtılmış olsa veya hiç yırtılmamış olsa, suça veya cezaya etki eden bir neden değildir, bu açıdan artık cinsel suçlarda da hymen muayenesi yapılmasına aslında gerek bulunmamaktadır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK herhangi suçta, suç sonucu hymenin bozulmasını unsur veya ağırlatıcı sebep olarak kabul etmemiştir. Ancak Kanununun ilk şeklinde 102/5. fıkra ve 103/6. fıkralarda, mağdurun beden

² 5 CD, 23.10.2003, E. 2002/7362, K. 2003/5288.

³ CGK, 18.11.2003, E. 2003/5-267, K. 2003/278.

ve ruh sağlığının bozulmasının netice sebebiyle ağırlaşmış suç⁴ olarak düzenlenmişti. Yargıtay hymen yırtılması nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulabileceği, bu nedenle hymen muayenesi yapılmamasını bozma nedeni olarak kabul ettiğinden⁵, mahkemeler de hymen muayenesi istemekte idi.

Ancak 2014.6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle beden ve ruh sağlığının bozulması sonucu 102 ve 103. maddelerden kaldırıldığı için, bugün artık adli amaçlı bekaret kontrolü/hymen muayenesi yapılmasına kesinlikle ihtiyaç bulunmamaktadır.

Öte yandan ceza ve de ceza muhakemesi hukuku bakımından hymen muayenesine ihtiyaç bulunmasa bile, hukuki uyumsuzluklarda, özellikle boşanma davalarında genital muayene yapılması gerekebilir. Örneğin uzun zaman evli olmalarına rağmen, cinsel ilişkinin gerçekleşmediği, bu nedenle boşanma davası açılması halinde de genital muayene yapılması söz konusu olabilir⁶. Bu takdirde muayenenin Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre yapılması gerekir. Ancak HMK’da beden muayenesi veya genital muayeneye ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, bu muayene ancak ilgilinin rızasıyla yapılabilir. HMK’da açık bir düzenleme olmadığından, ilgilinin rızası hilafına hakimın hymen muayenesi kararı verememesi gerekir. Zira Anayasa’nın 17/2. fıkrası uyarınca, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Yine Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, Anayasanın 13 ve 17. maddeleri dikkate alındığında, hukuki uyumsuzluklarda da ilgilinin rızası hilafına hymen muayenesi yapılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye kararında, “herhangi bir tıbbi veya hukuki gereklilik yokken yapılan bekaret kontrollerini ayrımcı ve onur kırıcı muamele olarak kabul etmektedir⁷.”

Öte yandan Türk Tabipler Birliği tarafından 01.02.1999 tarihinde yayımlanan Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarınının 39. maddesine

⁴ CGK, 20.11.2007, 5-142/240, aktaran; **Doğan**, Koray: Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 17.

⁵ 08.03.2006, E. 2006/1461, K. 2006/1467, aktaran; **Memiş Kartal**, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul 2014, s. 203.

⁶ 2. HD, 09.06.2003, E. 2003/4310, K. 2003/8412: Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Aylarca cinsel ilişkinin başırlanmamış olması karşısında eşlerden birbirini karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı açısından bir kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. ... Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez.

⁷ AİHM Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye Kararı, 17.03.2009, **Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 256.

göre, “hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemleri dikkate alınmaz. Hekim ilgilinin, ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz”. Etik kurallar uyarınca da cinsel ilişki muayenesinin, dolayısıyla hymen muayenesinin yapılabilmesi için, ya savcılık veya mahkeme kararı olmalı veya ilgilinin rızası olmalıdır.

3. Korunan Hukuki Yarar

Ceza Kanunlarında suçların gelişigüzel düzenlenmediği, belirli bir sistematik içinde düzenlendiği bu sistematığın genellikle korunan hukuki yarar olduğu konusunda öğretide hemen hemen görüş birliği vardır. Bu bakımdan suçun yorumlanmasında⁸, ilgili suçun kanun sistematığı içindeki yeri de önemlidir. Genital muayene suçu Türk Ceza Kanunu’nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısım, İkinci Bölümde Adliye Karşı Suçlar başlığı altında 287. maddede düzenlenmiştir.

Adliye karşı suçların düzenlendiği bu bölümde iftira, suç üstlenme, suç uydurma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin, gerçeğe aykırı bilirkişilik tercümanlık, yargı görevi yapma, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs, suçu bildirmeme suçları ve suçluyu kayırma gibi tamamen adaletin gerçekleşmesi için, adaletin yanıtılmasının, delillerin karartılmasının önüne geçilmesi amacıyla suç olarak ihdas edilen eylemler düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile bu suçlar ile öncelikle yargısal işlev ve fonksiyon korunmakta, bunun yanında diğer bireysel yararlar da korumanın konusunun oluşturabilmektedir. Örneğin iftira suçunda birden fazla hukuki yarar korunmaktadır. İlk olarak adli ve idari makamların soruşturma, kovuşturma ve yaptırım uygulamakla ilgili yargısal işlev ve fonksiyonları korunmakta, bunun yanında mağdurun hakları da korunmaktadır⁹.

TCK’nun 287. maddesinin Türk Ceza Kanunu’nda düzenlendiği yere bakıldığında kanun koyucunun objektif iradesinin kişiyi korumak değil, yargı mekanizmasının doğru işleyişini korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Bu suçun düzenlenmesindeki kanun koyucunun subjektif iradesi, hükme ilişkin Adalet Komisyonu Görüşme Tutanaklarından anlaşılmaktadır. Gerçekten bu tutanaklara bakıldığında aynen şu ifade mevcuttur; “... aklına esen, aklına estiği şekilde, elinden tutup hele şunu bir muayene ediver ya da parkta yakaladım ben bunları, bir muayene ediver yahut işte, okul müdürü, yurt müdürü bun-

⁸ Yorum, hukukta kaynak teşkil eden bir metnin anlam ve kapsamını belirlemek amacı ile kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak için yapılan fikri ameliyeye verilen isimdir (**Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994, s. 171).

⁹ **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010, s. 7819.

lara devam edebilecek. Biz, bunlara devam edilmesin diye, özel bir düzenleme yaptık; yani bu şekilde genişletirsek, ihtimal ki, bu maddeden umduğumuz yarar ortadan kalkar¹⁰. Buna göre, 287. madde ile hymen muayenesi konusu yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

TCK'nun 287. maddesi ister amaçsal yorum, ister sistematik yorum olsun nasıl yorumlanırsa yorumlansın bu suçta öncelikli olarak adliye yönelik yararın korunduğu görülecektir. Zorla genital muayenenin kişiyi fizik ve psikolojik bakımdan rahatsız edeceği muhakkaktır. Ancak kanun koyucu bu suç ile öncelikli olarak bireysel yararları korumak isteseydi, eylemin kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi gerekirdi. Ayrıca 287. maddedeki yaptırım göz önünde bulundurulduğunda (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası), basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama (TCK m. 86/2, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası veya para cezası) için öngörülen yaptırımdan (seçimlik para cezası kısmı bir yana bırakılırsa) dahi hafif olduğu görülecektir. Hukuka aykırı bir biçimde gerçekleştirilen zorla genital muayene aynı zamanda kasten yaralama suçunu da oluşturabileceğinden, kişilere karşı suçlar kısmında ayrıca düzenlenmesine de gerek yoktur.

TCK 287. maddenin gerekçesinde, "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" ifadesi mevcuttur.

Gerekçeden açıkça anlaşılacakla birlikte maddenin adli bir olay olmaksızın gerçekleştirilen genital muayeneyi, dolayısıyla hymen muayenesini kapsamadığı belirtilmelidir. Kanun koyucunun amacı fizik ve psikolojik zararlar yanında birçok kadının ölümüne sebep olan hymen muayenesini suç haline getirmek isteseydi, bu eylemi kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlemesi gerekirdi. Suçların içtimai başlığında tekrar bu konuya değinecek, neden suça ilişkin delil elde amacı olmayan hymen muayenelerinin 287. madde kapsamına girmediği gerekçelendirilecektir.

Bir an için bekaret kontrollerinin (hymen muayenesinin) muayene olan kişiye verdiği zararlar dikkate alındığında, bu muayeneyi önlemek için eylemin suç olarak ihdas edildiği düşünülebilir. Fakat adli bir olay olmaksızın zorla yapılan/yaptırılan hymen muayenesinin 287. madde kapsamında değerlendirilmesine ihtiyaç olmadığı açıktır.

¹⁰ Bkz. Güney, Niyazi/Özdemir, Kenan/Balo, Yusuf S.: Yeni Türk Ceza Kanunu, 2004, Ankara, Adil Yayınevi, s. 818.

Ayrıca maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk sebebi göz önüne alındığında, maddenin sadece hymen muayenelerini düzenlemek amacıyla ihdas edilmediği anlaşılabacaktır. Zira bu fıkra hakim, savcı kararı olmaksızın, kamu sağlığını korumak amacıyla bulaşıcı hastalıklarla mücadele için yapılan muayeneler düzenlenmektedir. Bu muayenelerin genellikle hymen muayenesi olmayacağı açıktır.

4. Fail

TCK'nun 287. maddesinde düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle suçun faili, muayeneye gönderme ve muayene yapmak şeklindeki seçimlik hareketlere göre değerlendirilmelidir.

Muayeneye gönderme eylemi bakımından; ancak adli amaçlı, suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan muayenelerde bu suçun oluşacağını kabul ettiğinden, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla muayene gönderen veya götürülen suçun faili olabilir. Suça ilişkin delil elde etmek maksadıyla mağdur ve/veya yakınları tarafından failin zorla muayeneye gönderilmesi/götürülmesi halinde bu suç oluşacağı gibi, kolluk görevlilerinin hakim veya savcı kararı olmaksızın muayene göndermeleri halinde de bu suç oluşacaktır. Gönderme hareketi bakımından herkes suçun faili olabilir.

Hakim veya savcı tarafından verilen beden muayenesi kararının hukuka aykırı olması halinde, kasten hukuka aykırı karar vermediği sürece, genital muayene suçu oluşmaz. Çünkü bu durumda, kararı veren hakim veya savcı, CMK'nun 75 veya 76. maddelerinde düzenlenen iç beden muayenesi kararı verilmesinin koşullarının gerçekleştiğini düşünmekte, ancak somut olayda bu koşullar bulunmamaktadır. Bu halde TCK'nun 30. maddesindeki yanılmaya ilişkin hükümler uygulanarak, 287. maddede taksirli eylem cezalandırılmadığından, genital muayene bakımından sorumluluğu bulunmayacaktır. Yanılma söz konusu olmayıp, iç beden muayenesinin koşullarının gerçekleşmediğini bilerek kasten, genital muayeneye gönderen hakim veya savcı bakımından ise, cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu bakımından, somut olayın koşullarına göre, dolaylı faillik veya azmettirme söz konusu olabilecektir.

Yurt müdürünün genital muayene göndermesi halinde; muayeneye gönderilen yetişkin ise hürriyeti kısıtlama, cinsel saldırı, kasten yaralama, cinsel istismar, cinsel saldırı gibi diğer suçlar oluşabilir¹¹. Ancak yurt müdürü tarafından genital muayeneye gönderilen çocuk ise, çocukla cinsel ilişki suç olduğundan, delil elde etmek amacıyla gönderilmesi söz konusu olacak ve suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Genital muayeneyi yapan bakımından suçun faili ise, adli makamların genital muayene için kişiyi gönderdiği sağlık personeli olabilecektir. Ancak adli

¹¹ Aksi görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8106.

amaçlı yapılan muayenelerde suçun oluşabileceğini kabul ettiğimden, adli amaçlı genital muayene yapmaya yetkili olanlar fail olabilecektir. Diğer bir ifade ile failin herhangi bir sağlık personeli değil, genital muayene yapmaya yetkili sağlık personeli olması gerekir. Genital muayeneyi yapanın, hukuken geçerli bir karar olmadan muayene yaptığına yönelik kastının olması gerekir. Muayeneyi yapan hukuken geçerli bir karar olduğunu düşünerek muayene gerçekleştirilmesi halinde, hataya ilişkin TCK 30/1. fıkra uygulama alanı bulacaktır.

Genital muayene yapma yetkisi olmayan, sağlık personeli dışında birinin muayeneyi yapması halinde, yargı mercilerince dikkate alınabilecek bir muayene olmayacağından 287. maddede düzenlenen suç oluşmaz. Bu halde yukarıda belirtilen diğer suçlar oluşabilir.

5. Mağdur

Genital muayene suçunun mağduru kadın, erkek veya çocuk, adli amaçlı genital muayeneye gönderilen ve/veya muayene edilen herkes olabilir. Adli amaçlı muayene halinde ancak suçun oluştuğunu kabul ettiğimden, bu suçun mağdurunun, ayrıca cinsel istismar veya cinsel saldırı gibi başka bir suçun da mağduru veya faili olması gerekir. Ancak genital muayene suçunun mağduru hakkında, daha önceki suç sebebiyle soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olmasına gerek yoktur. Zira cinsel saldırı suçu işlendikten sonra mağdurun kolluk görevlilerine başvurması üzerine, kolluk görevlileri tarafından cinsel saldırı suçunun mağduru veya failinin genital muayeneye gönderilmesi halinde veya çocuğun cinsel istismara uğradığı şüphesiyle ebeveyni tarafından muayeneye götürülmesi halinde de suç oluşacaktır. Dikkat edilirse bu aşamada cinsel saldırı suçuna ilişkin henüz başlamış bir soruşturma¹² veya kovuşturma bulunmamaktadır. Benzer şekilde ebeveynin 18 yaşını doldurmuş kızını adli bir amaç olmaksızın sırf merak saikiyle zorla genital muayeneye götürmesi halinde de bu suç oluşmaz.

6. Maddi Konu

Suçun maddi konusu insan veya şeydir¹³. Bu bakımından genital muayene suçunun konusu, insan veya insan bedenidir.

7. Maddi Unsur

TCK'nun 287. maddesinde genital muayene suçu seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hareketlerden ilki muayeneye göndermek, diğeri ise muayeneyi yapmaktır.

¹² Soruşturma evresi suç şüphesinin Cumhuriyet savcılığı tarafından öğrenilmesiyle başlar: CGK, 17.10.2006, E. 2006/5-165, K. 2006/213

¹³ **Dönmezer/Erman**, C. I, s. 334.

Suçla ilişkin seçimlik hareketler açıklanmadan önce genital muayene kavramını incelemek gerekir. Muayene aslında tıbbi bir terim olup, tıbbi değerlendirme anlamına gelmektedir. Nitekim Beden Muayenesi Yönetmeliğinin¹⁴ 3. maddesinde, “Bedenin tıbbî muayenesi, tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler” şeklinde tanımlanmıştır.

Genital ise, üremeye, döllenmeye ait anlamına gelip, genital organ da tenasül uzuvları, döl üretim organları olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Genital muayene kadın veya erkeğin üreme organlarında yapılacak tıbbi inceleme anlamına gelmektedir. Anüs bölgesinde yapılacak tıbbi incelemenin genital muayene sayılıp sayılmayacağı konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Beden Muayenesi Yönetmeliğinde (m. 4) cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılacağı hüküm altına alınarak, genital organlar ile anüs bölgesi aynı çerçevede değerlendirilmiştir. Genital muayenenin özellikle cinsel suçlarda delil olacağı düşünüldüğünde, 287. madde kıyasa yol açmadan geniş bir şekilde yorumlanarak, genital organlar ile anüs bölgesini de kapsadığı kabul edilmelidir.

Ayrıca gerek genital organların muayenesinin gerekse anüs muayenesinin, muayene edilen kişide benzer olumsuz etkiyi doğuracağı, aynı şekilde yargılamayı olumsuz etkileyeceği düşünüldüğünde, anüs muayenesinin de madde kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir.

Genital muayene göndermek eylemi bakımından, muayeneye göndermenin hukuka aykırı olması gerekir. Örneğin cinsel saldırı suçunun mağduru, kolluğa gidip durumu anlattıktan sonra, delil elde edilmesi amacıyla genital muayene olmak istediğini belirtir ve kolluk da bu kişiye yol gösterirse veya durumu anlatan bir yazı vererek sağlık kuruluşuna gönderirse, suç oluşmaz. Zira CMK'nun 76. maddesine göre mağdurun rızası ile iç beden muayenesi veya genital muayenenin yapılması hukuka uygundur.

Gönderme eylemi, bir şeyin belirli bir yere ulaşması veya varması demektir. Diğer bir ifade ile gönderme, gönderilenin istenilen yere ulaşması ile tamamlanmaktadır. Gönderme kavramı, götürmeyi de kapsadığından, ilgilinin birlikte götürülmesi hali de madde kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶.

Seçimlik hareketleri ikincisi olan genital muayene yapmak, tıbbi yöntemler kullanılarak genital bölgenin incelenmesi anlamına gelmektedir. Suçun tamamlanması için genital muayenenin, genital organlar üzerindeki tıbbi incelemenin, bu konuda yetkili sağlık personeli tarafından yapılmış olması gerekir.

¹⁴ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG 01.06.2005/25832.

¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8108.

¹⁶ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 1161.

8. Manevi Unsur

Genital muayene suçu kasten işlenebilir, kanunda açıklık olmadığından taksirle işlenemez. Suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Yani fail hukuka aykırı bir şekilde genital muayene gönderdiğini veya hukuka aykırı bir şekilde genital muayeneyi yaptığını bilmeli ve istemelidir. Bu bakımdan suç genel kastla işlenir, olası kast ile de işlenebilir.

9. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu suçta TCK'nun 26/2. fıkrasında düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi gerçekleşebilir. Suç mağduru olan bir kişinin, mağduru olduğu suça ilişkin olarak delil elde edilmesi amacıyla, özgür iradesiyle genital muayene olması halinde eylem hukuka uygundur. Ancak rızası ile genital muayene olmak isteyen kişi, bir suçun mağduru değil de faili ise, bu halde rıza hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır. Zira CMK'nun 75. maddesi mutlaka karar aramakta, rıza ile muayenenin hukuka aykırı olduğunu, kabul etmektedir.

Herhangi bir suç mağduru olmaksızın veya bir suça ilişkin delil elde etme amacı olmaksızın ilgilinin rızası ile gerçekleştirilen genital muayenenin suç olmayacağı açıktır. Bu bakımdan sağlık sorunu olmayan çocuğunu genital muayeneye özellikle hymen kontrolüne götüren anne-babanın eylemi suçtur. Bir başka ifade ile, bu halde çocuk söz konusu olduğunda, Ceza Kanununa göre 18 yaşından küçüklerle cinsel ilişki suç (TCK m. 103 veya m. 104 olabilir) olduğundan, 287. maddede düzenlenen suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

287. maddenin 2. fıkrasında bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Bu fıkra göre, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Genital muayene yapılmasına ilişkin hüküm, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nde bulunmaktadır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 106. maddesi göre, “zührevi hastalıklardan biriyle musap olduğundan şüphe ve bu hastalıkları etrafına neşri tamim ettiğinden endişe edilen kimseleri muayeneye sevk ve sıhhi hallerine dair birer rapor talep etmeğe alakadar Sıhhat ve İçtimai 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 adresiz ihbarat mesmu olamaz”. Aynı Kanununun 107. maddesi uyarınca “zührevi bir hastalığa müptela olduğu tahakkuk ederek hastalığı etrafına neşir ve sirayet ettirdiğinden şüphe edilen kimseler cebren tedaviye sevk olunabileceği gibi hastalığın sirayetini mani olmak üzere bir hastanede tecrit ve tedavi altına alınabilir. Bu hususta kuvvei cebriye istimali dahi caizdir”.

Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün muayene başlıklı 25. maddesine göre, "bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23. maddede yazılı kadınlar da, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar".

Bu hallerde savcı veya hakim kararı olmaksızın muayenenin gerçekleştirilmektedir, ancak muayene gönderen ve muayeneyi yapanın eylemleri kanun hükmünün yerine getirilmesi olduğundan hukuka uygundur.

10. Teşebbüs

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

Genital muayene yapmak fiil bakımından da, suç muayenenin yapılmasıyla tamamlandığından teşebbüs mümkündür. Muayene edilmek üzere jinekolojik obstetrik sandalyeye oturtulduğunda, kişinin kaçması halinde teşebbüs söz konusu olur.

11. İştirak

Genital muayene yapma suçunu sadece, bu konuda yetkili sağlık personeli işleyebileceğinden, bu kişinin eylemine sağlık personeli olmayan kimse ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilir.

Suç genital muayeneye gönderme fiili bakımından ise iştirak bakımından özellik göstermez.

12. İçtima

Genital muayene suçu, zincirleme suç şeklinde işlenebilir. Aynı suç işleme kararıyla aynı kişinin değişik zamanlarda muayene gönderilmesi veya muayenenin yapılması halinde, diğer koşulların da varlığıyla zincirleme suç (TCK 43/1) oluşur.

Genital muayeneye gönderme fiili bakımından, örneğin aynı suçla ilişkin soruşturma nedeniyle birden fazla kişi genital muayeneye gönderilirse TCK 43/2. fıkra anlamında zincirleme suç hükümleri uygulanır. Ancak bu durumda

genital muayene yapma eylemi bakımından, yapılan muayene sayısınca suç oluşur. Zira birden fazla kişinin genital muayenesi “aynı fiil” ile yapılamaz.

Hukuka aykırı genital muayene suçunu oluşturan fiil, aynı zamanda hürriyeti kısıtlama, cinsel saldırı/cinsel istismar ve kasten yaralama suçlarını da oluşturabilir. Şayet genital muayenenin yapılmasının gerektiğinden daha uzun bir zaman kişi hürriyetinden yoksun bırakılmışsa, ayrıca hürriyeti kısıtlama suçu oluşur. Bu durumda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir.

Genital muayene vücuda cisim sokularak gerçekleştirilmişse, ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçu da oluşacaktır. Bilindiği üzere nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması için failde cinsel dürtülerini tatmin amacı bulunmasına gerek olmayıp, genel kastla işlenen bir suçtur. Hukuka aykırı bir şekilde genital muayene yapmak eylemi, her halükarda basit cinsel saldırı/basit cinsel istismar suçlarının maddi unsurlarını da oluşturur.

Her üç suç için öngörülen yaptırıma bakıldığında aralarında ciddi farklılıklar olduğu görülecektir. Hürriyeti kısıtlama suçunun temel şeklinin yaptırımı bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır, nitelikli hallerde yaptırım ağırlaşmakta, dört yıldan ondört yıla kadar yükselebilmektedir.

13. Muhakeme ve Yaptırım

Genital muayene suçu re’sen kovuşturulan bir suçtur. Adliyeye ilişkin bir suç olduğundan kolluk görevlilerinin bu suçu işlemesi veya kamu görevlisi sağlık personelinin muayeneyi yapması halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni almaya gerek yoktur. Çünkü CMK’nun 161/5. fıkrasında adliyeye ilişkin görev ve işlerde Cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapacağı düzenlenmektedir.

Suçun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Diğer koşulların da varlığı halinde ceza, ertelenebilecek (TCK m. 51), para cezası ve diğer tedbirlere çevrilebilecek (TCK m. 50), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) uygulanabilecektir.

14. Sonuç

Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarındaki düzenleme bakıldığında aslında 287. maddede düzenlenen eylemin suç olarak ihdasına gerek olmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira bu madde kapsamına giren eylemler başta kasten yaralama olmak üzere, hürriyeti kısıtlama, cinsel saldırı, cinsel istismar gibi diğer suçları da oluşturmaktadır. Diğer suçlarda öngörülen yaptırımlar daha caydırıcı ve etkili yaptırımlardır.

Eylemin suç olarak düzenlenmesi ise, özellikle jinekologları tedirgin etmekte, aslında yapmaları gereken muayeneleri suçun unsurlarındaki belirsizlik nedeniyle yapmamaları sonucunu doğurmaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, bu maddeden ile hukuka aykırı hymen muayenesi yaptırılmaz kalsın, ceza hukuku dışına çıkarılma anlamı çıkarılmamalıdır. Zira zorla yapılan hymen muayenesi, her şeyden önce insan onuruna aykırı bir eylem olduğundan, bu eylem karşılığı mutlaka etkin ve caydırıcı bir cezai yaptırım öngörülmalıdır. TCK 287. Maddede düzenlenen eylemleri gerçekleştirenler hakkında, bu madde yerine kasten yaralama veya hürriyeti kısıtlama veya cinsel saldırı suçlarından mahkumiyet hükmü kurulması daha yerinde olacaktır.

Başta Alman Ceza Kanunu olmak üzere birçok ceza kanununda 287. maddenin karşılığı bir suç tipi bulunmamaktadır. Bu hukuk sistemlerinde hukuka aykırı hymen muayenelerinin yaptırılmaz kaldığını düşünmek imkansızdır.

