

# CİNSEL SUÇ MAĞDURLARININ MUAYENELERİNDE ETİK YAKLAŞIMLAR VE HUKUKİ SONUÇLARI

Gürcan ALTUN\*, Ziyet ÖZÇELİK\*\*, Deniz KARACA\*\*\*

**Öz:** Cinsel suç mağdurları, mahkemeler ya da savcılıklar tarafından "suça ilişkin kanıt elde etmek amacıyla" muayene edilmeleri için hekimlere gönderilebilirler. Bu olgularla karşılaşan hekimler, muayene öncesinde, mağdurları yapılacak muayenenin amacı, muayenenin nasıl yapılacağı ve muayene sonucunda elde edilecek bulguların sağlayacağı hukuki yarar konusunda aydınlatmalıdır. Muayene mağdurun aydınlatılmış onamı alındıktan sonra yapılmalıdır. Hekimler, diğer hastalarda olduğu gibi, bu olguların muayenelerinde de mesleki etik kurallarına uymakla yükümlüdür. Hekim, bir insan olarak hastasının haklarına sahip çıktığında hukuki soruşturmalarda yüz yüze gelebilir. Ancak, hekimlik değerleri ile insan hakları hukukunun örtüştüğü iyi hekimlik uygulamaları hiçbir biçimde suç oluşturmaz. Bu yazıda, hekimlerin yargılanıp beraat ettiği iki olgu üzerinden, cinsel suç mağdurlarının muayeneleri sırasında hekimlerin mesleki tutumlarının nasıl olması gerektiği tartışılmıştır.

**Anahtar sözcükler:** cinsel suç, mağdur, tıbbi muayene, etik yaklaşım, insan hakları

## *Ethical Approaches to The Examination of Victims of Sexual Offences and Legal Consequences*

**Abstract:** The victims of sexual assault may be sent to physicians by the courts or prosecutors to be examined for evidence of the crime. The physicians who are dealing with these cases should inform the victims before the examination, regarding the purpose of the examination, how the examination will be carried out and the findings to be obtained by the examination. The examination should only be performed after the victim's informed written consent. As in other patients, physicians are obliged to comply with the rules of medical ethics for examinations of sexual assault victims. A physician may have to encounter judicial inquiries when he/she claims the rights of the case not just as a patient, but also as a human being. However, good medical practices where medical values are combined with human rights law cannot constitute a crime. In this paper, ideals and how medical practices of physicians should be in the course of the medical examination of sexual assault victims were reviewed over two cases, where physicians were sent for trial and were acquitted.

**Key words:** sex crime, victim, medical examination, ethical approach, human rights

## Giriş

Yasal düzenlemelere göre; cinsel suç mağdurlarının muayenesi mahkeme kararı üzerine yapılabilir. Mağdur üzerinde kanıt olabilecek kalıntıların kaybolması ya da bulguların değişebilmesi gibi gecikmesinde sakınca olan durumlarda savcılığın istemi üzerine de muayene yapılabilir. Savcılık istemi üzerine muayene yapılmışsa, elde edilen bulguların hukuka uygun kanıt olarak kullanılabilmesi için savcılık tarafından yirmi dört saat içerisinde mahkeme kararı çıkartılması gerekir<sup>1</sup> (**Mevzuat Bilgi Sistemi, 2004; Resmi Gazete, 2005**).

Cinsel suç mağdurlarını muayene eden hekimler, diğer hastalarda olduğu gibi, mesleki etik kurallara uymakla yükümlüdür. Hekimler muayene öncesinde, mağdurları yapılacak muayenenin amacı, muayenenin nasıl yapılacağı ve muayene sonucunda elde edilecek bulguların sağlayacağı hukuki yarar

konusunda aydınlatmalıdır. Mağdurun aydınlatılmış onamı alındıktan sonra muayeneye geçilmez. Bu yazıda, iki olgu üzerinden, cinsel suç mağdurlarının muayeneleri sırasında hekimlerin mesleki tutumlarının nasıl olması gerektiği, bu tutumun hukuk kuralları ile nasıl kavrandığı tartışılmıştır.

## Olgular

**Olgu 1:** Rehber öğretmenleri tarafından Aile ve Sosyal Politikalar İlçe Müdürlüğü'ne yapılan başvuru ile yaşları 10, 11 ve 13 olan üç kardeş çocuğun "Cinsel istismara maruz kaldıkları yönünde bir iddia bulunduğu" belirtilir. Bu durum Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilir. Savcı, çocukların vücutları üzerinde beden muayenesi yapılmasının zorunluluğu bulunduğu, mağdurların uzman sağlık mesleği mensubu kadın hekim tarafından sağlığına zarar verilmeksizin iç beden muayenesinin

\*Prof. Dr., Trakya Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, (ORCID No: 0000-0002-5505-831X)

\*\*Av., Türk Tabipleri Birliği Hukuk Bürosu, (ORCID No: 0000-0003-4180-637X)

\*\*\*Av., Muğla Barosu, (ORCID No: 0000-0001-6159-2319)

Geliş Tarihi / Received : 20.02.2019

Kabul Tarihi / Accepted : 14.03.2019

yapılmasına karar verilmesi istemiyle mahkemeye başvurur. Mahkeme, mağdurların sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla uzman tabip veya sağlık mesleği mensubu kadın hekim tarafından usulüne uygun bir şekilde muayenesi yapılmasına karar verir. Savcı, bu kararlar birlikte, mağdurların üzerinde darp cebir izinin bulunup bulunmadığı, iç beden muayenesi (genital muayene) yapılması ve varsa vücutlarından örnek alınması, düzenlenecek raporun görevli memura teslim edilmesini içeren bir yazı ile çocukları bir tıp fakültesi hastanesine gönderir. Çocukların tıp fakültesine muayene için getirildikleri saat mesai saatlerinin dışındadır. İcap nöbeti tutan Adli Tıp Anabilim Dalı'nda görevli öğretim üyesi hastaneye geldiğinde çocuklarla tek tek görüşür. Çocuklardan büyük olanı görüşme sırasında negatif bir tutum içerisinde, sorulara yanıt vermez. Diğer iki çocuk görüşme sırasında "Başlarına öyle bir şey gelmediğini" belirtir. Çocuklar, niçin hastaneye getirildiklerini bilmiyordur, savcılıkça istenen iç ve dış beden muayenesinin nasıl yapılacağı ve düzenlenen raporun hangi amaçla kullanılacağı hakkında anlayabilecekleri biçimde bilgilendirilmeleri sonucunda "muayene olmak istemediklerini" söyler. Hekim, çocukların kendi sağlığı, bedeni ve geleceği konusunda sağlıklı kararlar verme yeterliliğine sahip olduğunu düşünür. Dolayısıyla, yapılması istenen muayeneyi yap(a)maz, savcılığa iletmek üzere bir tutanak düzenler. Tutanağa, çocuklarla görüşmeye ait bilgilerin yanı sıra aşağıdaki bilgiler de yer alır. "Tıp etiği gereğince muayene ancak hasta kabul ettiği zaman yapılabilmektedir. Hastanın zorla muayene edilmesi diye bir kavram tıp öğretisi içinde yer almamaktadır. Muayeneyi kabul etmeyen bir kişiye zorla genital/iç beden muayenesi yapılması bir ruhsal travma etkenidir. Yasal mevzuatımız gereğince de, yapılacak muayenenin mağdurun sağlığını açıkça ve öngörülebilir biçimde tehlikeye düşürmeden yapılması gerektiği belirtildiğinden talep edilen muayene tarafımızca yapılamamıştır". Savcılıkça hekim hakkında "Görevi kötüye kullanma suçu" iddiasıyla soruşturma başlatılır. Savcı, hekimin soruşturma sırasında verdiği ifadede ikna olmaz, "Adli görevi ihmal" suçu öngörüsüyle iddianame düzenler, mahkemece iddianamenin kabul edilmesiyle yargılama süreci başlar. Hekim, üyesi olduğu Adli Tıp Uzmanları Derneği aracılığıyla meslek örgütü Türk Tabipleri Birliği'ni (TTB) bu konuda bilgilendirir. Yargılama sırasında hekimi TTB avukatı savunur. Yargılama süreci beraatla sonuçlanır.

Mahkemenin gerekçeli kararı: "Her ne kadar sanık hekimin TCK 257/2 Maddesi gereğince cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de, mağdurların muayene

olmak istememeleri, sanığın mağdurları ikna etmek gibi bir görevinin bulunmadığı, esasen mağdurların doktora sevk edilmeden önce muayeneye hazırlanıp kabul etmeleri durumunda sevk edilmesi gerekirken bu işlemin savcılık aşamasında yerine getirilmemiş olması, zorla muayene durumunda muayeneden beklenene fayda ile mağdurlarda oluşacak ruhsal yara karşılaştırıldığında travmanın telafisi mümkün olmayan bir sonuç yaratacağı aşikâr olup, sanıkta suç kastı yoktur, bir öğretim görevlisinin göstermesi gereken hassasiyeti göstermiştir. Sanık hekim hakkında görevi kötüye kullanma suçundan, sanığın atılı suçta suç kastı bulunmadığı anlaşıldığından yasal unsurları oluşmayan müsned suçtan sanığın BERAATİNE", biçimindedir<sup>2</sup>. Savcı mahkemenin bu kararı üzerine temyize başvurur, dosya Yargıtay'a gönderilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen tebliğnamede "Yapılan yargılamaya, elde edilen delillerin mahkûmiyete yeterli olmamasına, mahkemenin soruşturma sonunda oluşan inanç ve takdirine, hükmün gerekçesine göre, o yer Cumhuriyet Savcısı'nın sübuta ilişkin ve yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve Kanun'a uygun olan hükmün ONANMASI" yönünde görüş bildirilir<sup>3</sup>. Dosya, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin arşivinde görüşülmek üzere beklemektedir.

**Olgu 2:** Cinsel istismara uğradığı iddiasıyla 15 yaşındaki kız çocuğu savcılık tarafından bir tıp fakültesi hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı'na dış ve iç beden muayenesi yapılması amacıyla gönderilir. Savcılık yazısında "Müştekinin rızası aranmaksızın" bu muayenenin yapılması istenmektedir. Savcılık yazısının ekinde mahkeme kararı da vardır. Mahkeme yazısında, mağdurun vücudu üzerinde dış ve iç beden muayenesi ile gerekli tetkiklerin yapılmasına mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla izin verildiği, mağdurun istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılması kararına varıldığı belirtilmiştir. Adli Tıp polikliniğinde görevli hekim yaptığı görüşmede, savcılıkça talep edilen muayenenin bir suçu aydınlatmaya yönelik bulguların saptanması amacıyla yapılacağı, elde edilecek bulguların kendisine karşı istemediği cinsel içerikli eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi ya da kişilerin cezalandırılmasında önemli olduğu, muayenenin vücudunun geneli ile cinsel organ ve anüs bölgesini içerdiği, bu muayenenin ancak kendisi izin verdiği takdirde yapılabileceği konusunda çocuğu bilgilendirir. Çocuk görüşme sırasında, iddia olunan cinsel istismara yönelik ayrıntıları anlatır. Olayın vücuduna organ ya da bir cisim sokulması biçiminde işlenmediğini, vücudunun dışının ilçe devlet hastanesinde muayene edildiğini, bu nedenle tekrar muayene olmak

istemediğini belirtir. Ayrıca, savcılıkta alınan ifadesi sırasında da böyle bir muayeneyi olmak istemediğini söylediği, buna rağmen "Neden böyle bir muayeneye gönderildiğini anlamadığını" belirtir. Çocuk, kendi sağlığı, bedeni ve geleceği konusunda sağlıklı kararlar verebilecek yeterliliğe sahiptir. Hekim, yapılması istenen muayene hakkındaki bilgilendirmeyi çocuğun annesine de yapar. Hem çocuk, hem de annesi muayeneye izin vermez. Hekim muayeneyi yap(a)maz, savcılığa iletmek üzere bir tutanak düzenler. Tutanakta, çocuk ve annesinin muayene hakkındaki aydınlatılmış onamına ait bilgiler yer alır.

Çocuk, cinsel istismar mağduru olduğu olaya ilişkin yargılama sürerken, ilk muayeneye gönderilişinden 15 ay sonra, mahkeme tarafından muayene için tekrar aynı tıp fakültesine gönderilir. Mahkeme yazısının ekinde yer alan duruşma tutanağında, "Mağdurun bakire olup olmadığı" hususunun sanığın savunmalarını kanıtlayıcı mutlak bir delil olduğu ve tespitinde zorunluluk bulunduğu anlaşıldığından, bakire olup olmadığının belirlenmesi için Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'na sevk edilerek bu hususta rapor düzenlenmesi istenmiş, gerekli raporu düzenlenmesi hâlinde ilgili birimin tüm görevlileri hakkında derhal suç duyurusunda bulunulacağı belirtilmiştir. Adli Tıp polikliniğinde görevli hekim, "Çocuğun aydınlatılmış onamı olmadığından" ilk muayeneyi yap(a)mayan hekimdir. Hekim, yapılması istenen muayene hakkında çocuğu bilgilendirir. Çocuk, kendisine anlatılanları anladığını, ancak muayene olmak istemediğini, kendisinin mahkemede de bu amaçla muayene edilmek istemediğini belirttiğini, "Buna rağmen niçin muayeneye gönderildiğini anlamadığını" söyler, muayeneye izin vermez. Hekim, çocuğun aydınlatılmış onamı olmaması nedeniyle muayeneyi yap(a)maz, mahkemeye iletmek üzere ayrıntılı bir tutanak düzenler. Çocuk, tutanağın alt bölümüne kendi el yazısı ile "Doktorlar tarafından yapılacak muayene hususunda bilgilendirildim, bana anlattıklarını anladım, ancak muayene olmayı kabul etmiyorum" yazar ve imzalar. Hekim, bu tutanak ile birlikte Ağır Ceza Mahkemesine yönelik aşağıdaki cevap yazısını gönderir:

### Hekimin değerlendirmeleri

Tıbbi müdahalelerin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılacağı, hekimlik sanatı ve tıp biliminin aydınlatılmış onama dayalı muayeneyi muayene yöntemi olarak kabul ettiği, hastanın özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra müdahale edilebileceği, muayene ve örnek alınmasının kişinin sağlığını tehlikeye düşürmek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşulu ile

yapılabileceği, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. Mağdurun ellerinin ve ayaklarının tutularak zorla genital muayene yapılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmektedir. Muayeneyi kabul etmeyen bir hastayı zorla muayeneye etmeye çalışmanın hastanın ruh sağlığı açısından ciddi tehlikelere yol açabileceği nedeniyle talep edilen muayene yapı(a)mamıştır.

Mahkeme, usulünce verilen mahkeme kararına rağmen mağdurun muayenesini yapmayarak yargılama faaliyetini engellediği savı ile hekim hakkında idari soruşturma yapılması için Sağlık Bakanlığı'na yazı yazar. İlgili yazı, Sağlık Bakanlığı'ndan Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'na (YÖK), YÖK'ten hekimin çalıştığı üniversitenin rektörlüğüne gönderilir. Rektörlük tarafından yürütülen soruşturma sonucunda, hekim hakkında görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığı kanaatine varılarak "Men-i muhakeme" kararı verilir. Karar Danıştay'a gönderilir. Danıştay, şüpheli hekime isnat olunan suçun Kanun dairesinde kendisinden istenen adli bir görevin ifasına ilişkin olduğu, bu suç nedeniyle ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılması gerektiği, şüphelinin men-i muhakemesine ilişkin üniversite rektörlüğünce oluşturulan kurulun kararının bozulmasına yönelik kararıyla hekim hakkında savcılığa suç duyurusunda bulunur<sup>4</sup>. Savcılıkça hekim hakkında "Görevi kötüye kullanma suçu" iddiasıyla soruşturma başlatılır. Savcı, hekimin soruşturma sırasında verdiği ifadeden ikna olmaz, iddianame düzenler, mahkemece iddianamenin kabul edilmesiyle yargılama süreci başlar. Hekim, üyesi olduğu Adli Tıp Uzmanları Derneği aracılığıyla meslek örgütü Türk Tabipleri Birliği'ni bu konuda bilgilendirir. Hekim, duruşma sırasında aşağıdaki savunmayı yapar:

Mesleğimde çeyrek asrı geride bırakmış bir hekimim. Meslek yaşamımın yirmi yılından fazlasını akademi-üniversitede geçirdim. Binlerce hekimin, onlarca Adli Tıp uzmanının yetişmesinde katkım oldu. Bu süre içerisinde yargı birimleri tarafından "Bilirkişi" olarak görevlendirilmem nedeniyle, adaletin tecellisi konusunda bu ülkeye, bu ülkenin insanlarına hizmet ettim. Mesleğimi uygularken en büyük yol göstericim tıp etiği, hekimlik meslek etiği ilkeleri olmuştur. Yargı birimleri tarafından bilirkişi olarak görevlendirilmem, bir hekim, adli tıp uzmanı olmam nedeniyledir. Dolayısıyla, bilirkişi olarak görev yaptığım durumlarda da tıp etiği, hekimlik meslek etiği ilkeleri beni bağlayıcı ilkeler olmuştur.

Yaşadığımız coğrafyada yetişen, batıl inançlar ve büyü şifa yöntemlerini reddederek modern tıbbın gelişmesinde önyak olmuş, bir bilim dalı olan tıbbın temel ilkelerinin öğretilmesinde emeği geçen İstanköy'lü Hipokrat'a göre; tıbbın ilk kuralı "Primum non nocere" ilkesidir. Yani, "önce zarar verme" ilkesidir. Bu ilke, hekimlerin hastalarına yararlı olmaya çalışırken, zarar vermemelerini öğretir.

Tıp fakültelerinden mezun olurken edilen "Hipokrat Yemini", hekimin meslek üyesi olarak topluma karşı verdiği sözleri sembolize etmektedir. Günümüzde, Hipokrat Yemini yerine standart, güncel ve evrensel tıp/hekimlik değerlerini içeren bir metin, yani "Hekimlik Andı" kullanılmaktadır. Hekimlik Andı; hekimlik meslek ahlakı kurallarının temelleri, tüm dünyada kabul edilmiş bulunan ve Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi'nde somutlaşan değerlerin dilimizdeki karşılığıdır. Hekimler tıp fakültesinden mezun olurken; önceliği her zaman hastanın sağlığına vereceğime, tıp mesleğinin yüce geleneklerini ve saygınlığını, bütün gücümle koruyacağıma, insan yaşamına en üst düzeyde saygı göstereceğime, bana gözdağı veriliyor olsa bile, tıbbi bilgimi, insan haklarını ve birey özgürlüklerini çiğnemek için kullanmayacağıma, kararlılıkla, özgürce ve onurum üstüne, ant içerim, demektedirler.

Meslek yaşamım boyunca bu değerlere bağlı kaldım, bu değerleri öğrencilerime öğretmeye çalıştım. Yargılanmaya neden olan olay hakkında "Görevimi kötüye kullandığım" iddia olunmaktadır. Aksine, görevimi tıp etiği-hekimlik meslek etiği değerlerine uygun bir biçimde tam olarak yaptığımı düşünmekteyim.

Yargılanmama neden olan olayda; mağdur farklı tarihlerde iki kez muayene edilmek üzere gönderilmişti. Mağdurun her iki gönderilişinde de, "Yapılacak muayenenin amacı, yöntemi, muayene sonucu elde edilen bulguların iddia olunan olayın aydınlatılmasında kullanılacağı" hakkında mağduru bilgilendirdik. Soruşturma aşamasında 15, kovuşturma aşamasında 16 yaşını tamamlamış, karar verme yeterliliğine sahip olan mağdur; muayene olmayı reddetti, muayene olmayı istemediğini belirtti. Bu nedenle mağdurun muayenesi tarafımızca yapılamamış, durumu belirten bir tutanak düzenlenmiştir. Mağdur kendi el yazısıyla "Doktorlar tarafından yapılacak muayene konusunda bilgilendirdim. Bana anlatılanları anladım. Ancak muayene olmayı kabul etmiyorum" notunu tutanağa yazmıştır. Bu durumda hekim olarak yapabilecek herhangi bir şey kalmamıştır.

Yargı birimleri bizlerden mağdurları zorla muayene etmemizi mi beklemektedir? Böyle bir uygulama hekimler açısından kabul edilebilir değildir. Tıp öğretisi

ve eğitimi içerisinde "Zorla hasta muayenesi" diye bir uygulama yoktur. Bir kişinin istemi dışında muayene edilmeye veya vücudundan örnek alınmaya çalışılması, tıbbi etik ihlale neden olmasının yanı sıra, teknik olarak da birçok güçlüğü ve olanaksızlığı beraberinde getirmektedir. Hekimler olarak biliyoruz ki zorla yapılan her müdahale insan sağlığını bozacaktır.

Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca bir iç hukuk belgesi olarak kabul edilen, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (BİYOTIP Sözleşmesi) 4. Maddesi "Sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiğinden" bahseder. Bu mesleki yükümlülükler ve standartlar, aynı sözleşmenin 5. Maddesi'nde "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir" biçiminde açıklanmış, yani, aydınlatılmış onamin varlığında yapılabileceğini vurgulamıştır. Hekimlik mesleğine, tıbbın uygulanmasına ve hasta haklarına ilişkin çok sayıda hukuksal düzenleme ve uluslararası bildirmede de aydınlatılmış onamin tıbbi müdahalenin ön şartı olduğu ortaya konulmuştur. Bizler Adli Tıp Uzmanları olarak, hekimlik yetkisini kullanarak yaptığımız bilirkişilik görevini yerine getirirken de hekimlik mesleğine ilişkin normlara uymakla yükümlüüz.

Ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin 3. Maddesi'nde, "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir" denilmiştir. Karar verme yeterliliği olan bir çocuğun rızası dışında zorla muayene edilmesi durumunda, "Çocuğun üstün yararından" nasıl bahsedilebilir?

Cinsel saldırı mağduru çocuk ya da erişkinlerin muayeneye zorlanması; hekimlerin, Anayasaya, insan haklarına, çocuk haklarına, Biyotıp Sözleşmesi'ne ve hasta haklarına aykırı davranmasını istemektir. Hiçbir toplumsal değer bir çocuğunun, rızası dışında maruz kaldığı, cinsel organlarının zorla muayenesi sırasında duyduğu utanç ve aşağılanmayı haklı gösteremez.

Tıp etiği ve tıp öğretisinde "Hastanın zorla muayene edilmesi" diye bir kavram yer almamaktadır. Bir insanın zorla genital/iç beden muayeneye zorlanması, ona yapılan cinsel saldırıdan bir farkı olmadığı gibi "Kişide ruhsal travma yarattığı" da tıbben iyi bilinen bir konudur. Bu nedenle, bizlerden "hastalarımıza zarar verici bir davranış sergilememiz" beklenmemelidir. Kaldı ki; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. Maddesi bu muayenenin

"Mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla" yapılabileceğini, *Beden Muayenesi Yönetmeliği* de "Tıbbi müdahalelerin, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılacağını" belirtmektedir.

Daha önce de, bu dava konusu olaya benzer şekilde "Cinsel istismar mağduru üç çocuğun iç beden muayenesini kabul etmemesi nedeniyle muayeneyi gerçekleştiremediğim için" hakkımda görevi ihmal suçundan kamu davası açılmıştı. Yapılan yargılama sonucunda; "zorla muayene durumunda muayeneden beklenecek fayda ile mağdurlarda oluşacak ruhsal yara karşılaştırıldığında travmanın telafisi mümkün olmayan bir sonuç yaratacağının aşikâr olduğu, sanıkta suç kastının olmadığı, bir öğretim görevlisinin göstermesi gereken hassasiyeti gösterdiği" gerekçeyle yasal unsurları oluşmayan atılı suçtan beraatime karar verilmişti. Bu karar; muayeneye izin vermeyen mağdurların zorla muayene edilemeyeceği, bu yönde davranan hekimin davranışının hukuka uygun olduğu anlamına gelmektedir.

Ben bu karar örneğini soruşturma aşamasında ifade verirken savcılık makamına da sundum. Ancak, "Bu koşullara rağmen hakkımda niçin yargılama kararının verildiğini anlayabilmiş değilim". Bugün 24 Kasım Öğretmenler günü. Bir eğitimci olarak, böyle bir günde, böyle bir nedenle yargılanıyor olmam utanç verici bir durumdur. Ancak, bu utanç bana ait değildir.

Her iki yargılama sırasında mahkemeye sunulan yazılı savunmaların elde edilen sonuç üzerinde etkisi önemlidir. Bu savunmaların oluşturulmasında Adli Tıp Uzmanları Derneği ile Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği'nin konu hakkındaki uzman görüşleri katkıda bulunmuştur. Yargılama sırasında hekimi TTB avukatı savunur. Savunma metinleri hukuk ve etik dersleri kadar öğreticidir. İlgili bölümlerine aşağıda yer verilmiştir:

### Hukuki değerlendirme

Savcılık tarafından hazırlanan iddianamede, mağdurun beden muayenesinin geç yapılması suretiyle, sanığın adil yargılanma hakkı kapsamında yargılamanın bir an önce bitirilip sürüncemede kalmaması hakkının ihlal edildiği ileri sürülmektedir.

Ancak söz konusu iddia tıp etiğine, sağlık alanında düzenlenen mevzuata, taraf olunan uluslararası anlaşmalara ve ceza muhakemesi hukukuna aykırı olup aşağıda açıklayacağımız nedenlerle atılı suçun unsurları oluşmadığından müvekkilin beraatine karar verilmesini talep ediyoruz.

Görevi kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmamıştır.

### A) "Görevin gereklerine aykırı hareket etme" unsuru yönünden

Türk Ceza Kanununun (TCK) 257. Maddesi'nde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için ilkin kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi gerekmektedir. Görevin gereklerine aykırı hareket etmekten kamu görevlisinin görevini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslara aykırı olarak ifa etmesinin anlaşılacağı öğretisi ve yargı kararlarında açıkça ortaya konmuştur (Artuk ve ark., 2016). Aşağıda, somut olayda suçun "hukuka aykırı fiil" unsurunun gerçekleşmediği açıklanacaktır.

### I- Hekimlik mesleği, insan hakları ve ceza muhakemesine ilişkin normlar mağdur çocuğun zorla muayenesine olanak tanımamaktadır.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosyasındaki davanın konusunu; sanığın, 15 yaşındaki mağdura nitelikli cinsel istismara teşebbüs ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işlediği iddiası oluşturmaktadır.

Söz konusu dosyanın soruşturma aşamasında cinsel istismar suçunun tespiti için savcılık tarafından mağdur üzerinde iç ve dış beden muayenesi yapılması talep edilmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi kararıyla savcılığın talebi kabul edilmiştir.

Anılan kararın uygulanması amacıyla; müvekkile muayene için gönderilen mağdur, müvekkil tarafından yapılacak muayene konusunda açıkça bilgilendirilmiş; fakat muayene edilmeyi kabul etmemiştir. Müvekkilin de imzasının bulunduğu yazıda, mağdurun yapılacak işlem hakkında bilgilendirildiği, ancak söz konusu muayeneyi kabul etmediği belirtilmiştir.

Ardından şüpheli hakkında kamu davası açılmıştır. Bu kez, ağır ceza mahkemesi tarafından müvekkilin çalıştığı kuruma gönderilen yazıda, mağdurun muayenesinin yapılarak, bakire olup olmadığının tespiti ile düzenlenecek raporun duruşmanın mahkemeye gönderilmesi hususu bildirilmiştir. İlgili yazıda kızlık zarının muayenesinin neden yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.

Müvekkilin, kolluk görevlilerinin ve mağdurun imzasının bulunduğu tutanakta, yapılacak işlemle ilgili bilgilendirme yapıldığı, kendisinin anlatılanları anladığı, ancak muayene olmak istemediğini belirttiği açıklanmış, bu nedenle muayene yapılamadığı belirtilmiştir. Mağdurun tutanağa düştüğü notta, "Doktorlar tarafından yapılacak muayene

konusunda bilgilendirdim. Bana anlatılanları anladım. Ancak muayene olmayı kabul etmiyorum” denmektedir. Yine müvekkil tarafından imzalanmış olan ve Cumhuriyet Savcılığı'na hitaben yazılan aynı tarihli yazıda, mağdurun muayeneyi kabul etmediği, ilgili mevzuat hükümleri ve AİHM içtihatları uyarınca muayenenin yapılamadığı bildirilmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi'nin suç duyurusu üzerine müvekkil hakkında soruşturma başlatılmış ve ardından iş bu dava açılmıştır.

TCK'nın 257. Maddesi'nde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için ilkin kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi gerekmektedir (Artuk ve ark., 2016). Müvekkil ise Kanun'da belirtildiğinin aksine hekimlik mesleğinin gereğini yerine getirmiştir. Şöyle ki:

Mağdurun muayenesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlıklı 76. Maddesi'nde düzenlenmiştir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2004) Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdurun bu konuda aydınlatılmış olmasına rağmen muayene edilmesine ya da örnek alınmasına rıza vermemesi halinde ne yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 18. Maddesi'nde de açıkça zor kullanılıp kullanılmayacağı konusunda net bir tavır alınmamıştır (Kızılarlan, 2007). Kaldı ki, insan haklarının sınırlandırılmasına ilişkin Yasa'da yer almayan bir kuralın yönetmelikle düzenlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında sıklıkla vurguladığı yasallık ölçütüne ve aynı paralelde hüküm içeren Anayasa'nın 13. Maddesi'ne, yönetmeliğin yasanın uygulanmasını göstermek üzere çıkarılabileceğine ilişkin Anayasa'nın 124. Maddesi'ne aykırıdır. Bu nedenle de yönetmeliğe dayanarak kişilerin vücut bütünlüğüne, onurlarına yönelik bir müdahalenin zorla yapılmasının hukuka uygun sayılması olanağı bulunmamaktadır (Centel ve Zafer, 2018).

Zorla muayene talebini yerine getirmek amacıyla, kolluk gücü marifetiyle, rızası olmayan çocuğu zorla soyaarak muayene masasına yatırılmasının tasavvuru bile korkunçtur. Bu durum Anayasa'nın 17. Maddesi'nde düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu gibi, AİHS'nin 3. Maddesi'ndeki işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına, 8. Maddesi'nde özel hayatın korunması hakkına ilişkin düzenlemelerle de çelişmektedir (Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, 2017; T.C. Danıştay Başkanlığı, 2010). Böyle bir zor kullanım çabası içinde olunması, buna yeltenen sağlık ve kolluk görevlilerinin “İnsanlık dışı ve onur kırıcı muamele” gibi

çok daha ciddi suçlamalarla karşılaşmasına neden olabilecektir. Mağdurun zorla muayenesine ilişkin yasallık ölçütü olsaydı bile, çocuk mağdurun zorla muayenesi AİHS'nin uygulanmasına egemen olan ilkelerden oranlılık veya ölçülülük ilkesi ile de uyumsuzdur.

Ayrıca, Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 8. Maddesi'nde de, “Tıbbi müdahalelerin, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılacağı” belirtilmektedir (Resmi Gazete, 2005). Hekimlik sanatı ve tıp bilimi, aydınlatılmış onama dayalı muayeneyi muayene yöntemi olarak kabul etmektedir. Öte yandan müvekkilden istenen bilirkişilik görevini hekimlik mesleğinin gereklerini uygulayarak yerine getirmesi söz konusudur. CMK'de de beden muayenesinin hekim tarafından yapılacağı belirtilmiştir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2004). 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 11. Maddesi'nde de, mahkemelerin bilirkişi olarak 1219 sayılı Yasa uyarınca Türkiye'de hekimlik yapmaya yetkili olanlara başvurabileceği düzenlenmiştir (Türk Tabipleri Birliği, 2014). Müvekkilin uzmanlık alanı olan Adli Tıp, hekimlikte bir uzmanlık dalı olarak 1219 sayılı Yasa'nın Ek-1 sayılı çizelgesinin ikinci sırasında yer almaktadır. Adli tıp uzman hekimleri olarak hekimlik yetkisini kullanarak yapacağı bilirkişilik görevini yerine getirirken de hekimlik mesleğine ilişkin normlara uymakla yükümlüdür.

İddianamede ileri sürüldüğü gibi CMK'nın 76. Maddesi uyarınca verilen muayene kararı; 1219 sayılı Yasa'nın 70. Maddesi'nde yer alan: “Hekimler yapacakları her türlü girişim için hastanın ... onayını mutlaka alırlar” kuralını ortadan kaldırmamaktadır. Müvekkil bir hekim olarak, CMK 76. Madde uyarınca verilen muayene kararı uyarınca bilirkişilik yaparken; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinde (BİYOTIP) belirtilen özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra müdahale etme yükümlülüğüne uymak zorundadır. Tıbbın uygulanmasında ayırım yasağı, tüm insanların haysiyetini koruma yükümlülüğü, toplumun menfaatleri karşısında insanın önceliği, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekliliği Anayasanın 90. Maddesi uyarınca hem Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen hem de iç hukukta doğrudan uygulanacak kurallardır (Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, 2017). Bu hükümler, yürütme, yasama organını olduğu kadar yargı organlarını da bağlayıcı niteliktedir. Hukuk öğretisinde “Rıza ehliyetine sahip bir küçüğün, rızası hilafına muayeneye tabi tutulamayacağı” belirtilmektedir (Eroğlu, 2008).

Tıp öğretisi ve eğitimi içerisinde de "Zorla hasta muayenesi" diye bir uygulama yoktur. Bir kişinin istemi dışında muayene edilmeye veya vücudundan örnek alınmaya çalışılması, tıbbi etik ihlale neden olması yanı sıra, teknik olarak da birçok güçlüğü ve olanaksızlığı doğuracaktır. Zorla soyma, zorla masaya yatırma, zorla kollanın bacakların tutulması, zorla muayene bölgelerinin açılmaya çalışılması, zorla anestezi verilmeye çalışılması gibi girişimler ciddi yaralanmalara neden olabilecektir. Ötesinde böylesi bir durumda kişiyi muayene etmenin olanağı da bulunmamaktadır. Zorla anestezi verilerek yapılacak işlem ise başlı başına kişinin ölümine bile neden olacak riskler içermektedir. Hekimler olarak biliyoruz ki zorla yapılan her müdahale insan sağlığını bozacaktır (Biçer, 2013).

Hekimlik etik ilkeleri ve bunların bağlantılı olduğu hasta hakları alanında ise konuya ilişkin aşağıdaki normların benimsendiğini görüyoruz:

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 2. Maddesi'nde "Hekimin en temel görevinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğu" belirtilmiştir (Türk Tabipleri Birliği, 2014).

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 5. Maddesi'nde de aynı kural tekrarlanmış ve "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir" denilmiştir. 6. Maddesi'nde "Hekimin görevini yerine getirirken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkelerine uyması gerektiği", 21. Maddesi'nde hekimin "Hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilenme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da ret hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorunda olduğu", 26. Maddesi'nde "Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınan onamın geçersiz olduğu" belirtilmiştir (Türk Tabipleri Birliği, 2014).

Dünya Tabipleri Birliği(DTB) Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ve Uluslararası Tıbbi Etik Kuralları'nda, "Hekimler ayırım gözetmeksizin hastalarının iyiliği doğrultusunda davranmalıdır" denirken, DTB Tokyo Bildirgesi ve Hekimlerin Bağımsızlığı ve Mesleki Özgürlük Bildirgesi'nde, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde, "Doktorların, başkalarının çıkarları ne olursa olsun hastanın çıkarları doğrultusunda davranmak için özgür olmakta ısrarcı olmaları" gerektiği ifade edilmiştir (Türk Tabipleri Birliği, 2014).

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. Maddesi'nde "Sağlık hizmetleri sunulurken bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulmasının şart olduğu, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinen, hastaya insanca muamelede bulunulacağı" belirtilmiştir. 22. Maddesi'nde "Kanun'da gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz" denilirken, 24. Maddesi'nde de rızanın zorunluluğuna bir kez daha vurgu yapılmıştır. 26. Maddesi'nde "Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır" kuralı belirtilmiştir. 31. Maddesi'nde de rızanın kapsamı belirtilmiş ve rıza olsa dahi "Tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu yönetmelikte ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami özen gösterilmesi gerektiği" vurgulanmıştır. 39. Maddesi'nde ise "Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedensel ve ruhsal durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı hususunda gerekli ve yeterli bilgi verileceği, sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır şartların sağlanmasının esas olduğu" belirtilmiştir (Sağlık Bakanlığı, 2016).

Hekimlik ve tıbbın uygulanmasına, hasta haklarına ilişkin normların yanı sıra çocukların korunmasına ilişkin ülkemizin tarafı olduğu düzenlemelerde de konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu'nun temel ilkeler başlıklı 4. Maddesi'nde; "Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması" gerektiği belirtilmektedir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2004).

Muayeneyi kabul etmeyen bir hastayı, zorla muayene etmeye çalışmak "Hastanın ruh sağlığı açısından ciddi tehlikelere yol açabilmektedir". Bu durum; görevlerini yerine getirirken, hekimlerin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri içerisinde yer alan "Zarar vermeme ilkesine" de aykırılık oluşturmaktadır (Oğuz, 2008).

CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliği, muayene ve örnek alınmasına "Sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla" izin verdiğinden çocuk mağdurların zorla muayenesi bu koşul ile

de çelişmektedir (Mevzuat Bilgi Sistemi, 2004; Resmi Gazete, 2005). Çok daha kolay ve uygun yöntemlerle elde edilen bir takım delillerin bile "Hukuka uygun olmadığı" gerekçesiyle yok sayıldığı günümüz modern hukukunda, böylesi bir "Zor kullanımla" elde edilecek deliller için hekimler üzerinde baskı oluşturulmaya çalışılmasını anlamak zordur.

Muayene ve örnek almanın kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi olmamalıdır. Ayrıca muayene veya örnek alma için yapılabilecek tıbbi müdahale, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla gerçekleştirilmelidir. Yüklenen suç ancak hukuka uygun delille ispat edileceğinden, hukuka aykırı olarak yapılacak beden muayenesi ve yine örnek alınması sonucunda elde edilen deliller kullanılamaz (Mahmutoğlu, 2008; Aygün, 2016). Bir başka deyişle; hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul etmediği yöntemlerle elde edilmiş delillerin hukuki durumları tartışmalı hâle gelecektir (Aygün, 2016).

Normlar konulurken veya yorumlanırken, tek bir insanın bile mağduriyetine sebep olunmayacak şekilde bir anlayışın benimsenmesi zorunludur. Ceza muhakemesi hukukunun hiçbir zorunluluğu, insanın vücutsal bütünlüğü, sağlık ve yaşam hakkı ile onunun üzerinde değildir. Bu anlamda ceza soruşturmasının zorunlulukları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin aşılmasına sıcak bakılması düşünülemez. Vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde; insan hakları ihlallerine, işkence ve fena muameleye sıfır tolerans anlayışı yerleştirilmeli ve bu anlayış temel alınarak vazgeçilmez kabul edilmelidir. Bu anlayışın yerleşmesiyle, Ceza Muhakemesi Hukuku nihai hedefine daha kolay varacaktır (Kızılarslan, 2007).

Sonuç olarak, müvekkilin mağduru rızası dışında zorla muayene etmemesi, mağdurun sağlık ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunmasına yönelik olup yasalara ve üst hukuk normlarına uygundur.

## II- Müvekkil hakkında açılan dava; cinsel istismara teşebbüs suçu mağduru çocuğa yaklaşım kurallarına aykırıdır.

Çocuğun cinsel istismarı, fiziksel, ruhsal, sosyal, kültürel, ahlaki ve hukuki boyutları olan çok geniş kapsamlı ve karmaşık bir olaydır. Değerlendirme sürecinde sadece fiziksel bulguların saptanması değil, olayın tüm boyutlarını ele alan bir yaklaşımla, çocuğun daha fazla örselenmesinin önüne geçilecek bir yaklaşım sergilenmesi gerekir (WHO, 2003).

Ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. Maddesi'nde, "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya

yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilen-diren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünce-dir" denilmiştir (UNICEF, 1989).

Dünya Sağlık Örgütü istismara uğramış ve ihmal edilmiş çocukları ve ergenleri teşhis etmenin ve bu çocuklara disiplinler arası işbirliği ile bütüncül bir yaklaşımla koruma ve uygun tedavi ve koşulları sağlamanın sağlık alanında çalışan uzmanların yükümlülükleri arasında olduğunu vurgulamaktadır. Cinsel istismar mağduru çocukların değerlendirilmesi en az sayıda muayene ve multidisipliner bir yaklaşım ile yapılması gerektiği benimsenmektedir. Değerlendirme süreci, suça ait delillerin toplanmasının yanı sıra, çocuğa zarar vermemeyi ve çocukta yaşamı boyunca devam edebilecek olumsuz etkileri azaltmayı hedefleyen bir muayene ve incelemeleri kapsar. Çocukluk döneminde maruz kalınan travmatik süreçler çocuklarda büyüme, gelişme geriliklerine ve ömür boyu devam edebilecek davranışsal ve ruhsal bozukluklara neden olabilmektedir (WHO, 2003).

Hekim ve sağlık çalışanlarının muayene sürecinde çocuğa yaklaşımda gerekli özeni göstermedikleri durumlar bile çocukta ruhsal travma etkeni olabilmektedir. Bu nedenle, cinsel istismar mağduru çocuklarla karşılaşan hekimler muayene öncesinde "Yargı makamları tarafından talep edilen muayenenin" amacı ve yöntemi (nasıl yapılacağı) hakkında çocukları anlayabileceği bir biçimde bilgilendirmeli ve muayene için çocuğun rızasını almalıdır. Müvekkil de bu gerekliliklere bütünüyle uygun davranmıştır. Mağdurun rıza göstermediği durumlarda, zorla yapılacak muayenelerde kişinin sağlığının tehlikeye düşmeme olasılığı bulunmamaktadır. "Cinsel istismar mağduru çocuk ve gençlerde, ruhsal yönden hazır olduklarında dahi, iç beden muayenesi sırasında ciddi etkilenme olduğu bilinmektedir. İstismar mağduru çocuk ya da gencin kendi rızası olmadan, uygun uzman desteği ile kendini hazır hissetmesi söz konusu olmadan zorla yönlendirildiği bedensel, cinsel muayene tekrarlayan travma etkisi yapacağından böyle bir müdahaleden kesinlikle kaçınılmalıdır (Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği, 2013).

Bu tür muayenelerde mağdurlar fiziksel ve ruhsal yönden zarar görebileceği gibi, bu zararlar kişinin daha sonraki yaşantısında da bir takım olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Kişinin zorla muayene edilmesi; daha sonra hekime başvurmada yaşayacağı sorunlar, hekime başvurduğunda güven ilişkisinde yaşayacağı sorunlar gibi nedenlerle kişinin sağlık yardımı almasını da olumsuz etkileyecektir.

Muayeneye izin/onam vermeyen bir çocuğun kolluk gücü marifetiyle soyarak zorla muayene masasına



yatırıldığı varsayılsa bile; bu koşullarda yapılacak bir muayenede anlamlı tıbbi bir bulgunun elde edilmesi olasılığı hemen hemen hiç yoktur. Kaldı ki, bu tür bir zor kullanım çabası içinde bulunan kolluk güçleri ve bu koşullarda muayene yapan hekimin uygulamasının "İşkence" suçundan ne farkı olacaktır? Böyle bir uygulama sırasında çocuklarda oluşacak ruhsal travma, hangi üstün yarar için göz yumulabilir, kabul edilebilir bulunacaktır?

Nitekim soruşturma aşamasında sulh ceza mahkemesinin mağdurun muayene edilmesi talebinin kabulüne ilişkin kararında, "Mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla uzman tabip veya sağlık mesleği mensubu kadın hekim tarafından usulüne uygun bir şekilde muayene yapılması talebinin kabulüne" karar verilmiştir. Dolayısıyla, müvekkil adli tıp uzmanı hekim olarak usulüne uygun şekilde önce mağdur çocuğu bilgilendirmiş, muayene olmak istememesi üzerine zorla muayenenin hem ruh sağlığına zarar verecek olması, hem de zorla muayenenin hekimlik mesleği ilkelerinde yer almaması nedeniyle muayene işlemini yapamamıştır. Yukarıda yer verilen üst hukuk normları ve öğreti görüşlerine paralel olarak mahkeme kararında da mağdur çocuğun muayene rıza göstermemesi halinde zorla muayene edileceğine dair bir hükme yer verilmemiştir.

Sonuç olarak, müvekkilin mağdur çocuğu zorla muayene etmemesi, çocuğa zarar vermektan kaçınma, mesleğini hekimlik mesleğine, çocuk haklarına, insan haklarına ilişkin emredici normlara uygun yapma amacından kaynaklanmakta olup hukuka uygundur.

### III. Müvekkilin görevlendirildiği mahkeme kararı ceza muhakemesi mevzuatına aykırıdır.

#### 1. İlgili ara kararın gerekçesi, iç beden muayenesinin kanunda yazılı amacıyla örtüşmemektedir.

Müvekkilin görevlendirildiği dosyada, mağdur ifadesinde özetle; sanığın kendisini zorla arabaya bindirdiğini, kendisini cinsel ilişkiye zorladığını, bu nedenle kendisini darp ettiğini, bakire olduğunu söyleyince ters ilişkiye zorladığını, ardından kendisini zorla tuttuğunu ve sırtına boşaldığını, kendisini tehdit ettiğini belirtmektedir. Sosyal inceleme görevlisi (psikolog), mağdurun olayın anlam ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli yeterliliğe sahip olduğunu, beyanlarına itibar edilebileceğini belirtmiştir.

Sanık ise gerek soruşturma aşamasında verdiği ifade de, gerekse açılan davada yaptığı savunmada, mağdurun para karşılığı ilişkiye girmek istediğini, kendisinin kabul ettiğini, ancak mağdurun regl olduğunu öğrendiğinde ilişkiye girmek istemediğini, daha sonra

mağdurun kendisine telefon numarasını verdiğini belirtmiştir. Duruşma sırasında ayrıca, mağdurun para karşılığı kişilerle birlikte olduğu yönünde bir iddiada bulunmuştur. Mahkeme ara kararında, mağdurun bakire olup olmadığı hususunun sanığın savunmalarını kanıtlayıcı mutlak bir delil olduğu ve tespitinde zorunluluk bulunduğu anlaşıldığından, bakire olup olmadığının belirlenmesi için mağdurun kolluk vasıtasıyla sevk edilerek, bu hususta rapor düzenlenmesinin istenmesine karar verilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması CMK'nın 76. maddesinde düzenlenmiştir. Madde'nin birinci fıkrasında, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine karar verilebileceği ifade edilmiştir.

Suç izlerinin insan bedeninde kalması doğaldır. İnsan bedenindeki suç izlerinin (belirti delillerinin) aranıp bulunması ve elde edilenlerin anlamlandırılması suçun aydınlatılması açısından önemlidir. (...) Bedene müdahalenin bir şekli oluşturulan beden muayenesi genellikle bedendeki emare (iz, eser) niteliğindeki delilleri elde etmek veya tespit etmek amacıyla yapılmaktadır. Ceza muhakemesinin yürütülebilmesi, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bazı hallerde sanığın veya diğer kişilerin vücudunun muayene edilmesi, kanından örnek alınması gibi vücuduna müdahalelerde bulunulması gerekebilir. Özellikle, cinsel saldırı (TCK m.102) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), çocuklarla cinsel ilişkide bulunma (TCK m.104) suçlarında delil elde etmek için muayene yapılır veya karşılaştırma yapmak için örnek alınır (Centel ve Zafer, 2018).

Bu noktada, müvekkilin görevlendirildiği dosyada, nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunun tespiti için delil elde edilmesi amaçlanmalıdır. Somut olayda, soruşturma aşamasında alınan adli tıp raporunda, mağdurun kıyafetleri üzerindeki doku örnekleri ile şüpheliden alınan kan örneklerinin uyduğu, bu şekilde şüphelinin mağdurun elbisesine boşaldığı tespit edilmiştir. Yani sıra olay günü mağdurun muayene edilmesi sonucu alınan raporda, darp ve cebir izine rastlandığı belirtilmiştir. Bu anlamıyla suçun tespiti için yeterli delil elde edilmiştir. Ne var ki ilgili yargı kararının amacının sanığa atılı suça ilişkin bir delil elde etmek olmadığı, sanığın mağdura yönelik isnadının ispatına yönelik hüküm tesis edildiği görülmektedir. Başka bir anlatımla, atılı suçun mevcut olup olmadığı amaçlanarak mağdur üzerindeki emarelerin tespit edilmesi karara bağlanmamıştır.

TCK'nın 103. Maddesi'nin birinci fıkrasının (b) bendinde, 15 yaşını doldurmuş çocuğun cinsel istismarı tanımlanmıştır. Buna göre, 15 yaşını doldurmuş çocuğa cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Madde'de mağdurun başkaca herhangi bir niteliğine değinilmemiştir. Bu anlamıyla mağdurun kişilik özellikleri, sosyal hayatı, cinsel yaşamı, başka bir ifadeyle mağdurun 15 yaşında bir çocuk olması ve olay tarihinde alınan sağlık raporunda görüldüğü üzere darp edilmiş olması dışında hiçbir özelliği bu davanın konusu olan suçla ilişkilendirilemeyecektir.

Bu bakımdan, mahkemenin amacının muhakemenin gerçekleştirilmesinden uzak şekilde, toplumun yarattığı ahlak anlayışı üzerinden yargılama gerçekleştirmek olduğu, sanığın atılı suçu işleyip işlemediğinden ziyade mağdurun, sanığın iddia ettiği gibi biri olup olmadığı üzerinden yargılanması olduğu görülmektedir.

Bu nedenle ilgili yargı kararı kanuni dayanaktan yoksun olup, iddianamede belirtildiğinin aksine, müvekkilin mağduru zorla muayene etmesi halinde Anayasa'nın 17. Maddesi'nde düzenlenen kişilerin rızası dışında vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı ilkesine aykırı işlem tesis edilmiş olacaktır.

## 2. Mahkemenin ara kararı suçun tespitine elverişli değildir.

Olayın üzerinden 15 ay gibi uzun bir süre geçtikten sonra anılan hüküm tesis edilmiştir. Oysaki nitelikli cinsel istismar suçuna ilişkin mağdur üzerinde kalan emarelerin tespit edilebilmesi için olayın gerçekleştiği andan çok kısa bir süre sonra iç beden muayenesinin yapılması gerekmektedir.

Cinsel istismar olaylarının büyük çoğunluğunda, mağdurlar üzerinde fiziksel bulgu saptanamadığı bilinmektedir. Fiziksel bulgu saptanamamasının nedeni; sanığın fiziksel bulgu oluşturmayacak bir yaklaşımda bulunması, çocuktaki fiziksel bulguların hızlı ve iz bırakmadan iyileşebilecek nitelikte olması, istismarın gerçekleştiği öğrenildiğinde fiziksel bulguların iyileşme süresinin tamamlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Mağdur üzerinde fiziksel bulgu olmaması istismarın gerçekleşmediği anlamına gelmemektedir. Mağdur üzerinde herhangi bir fiziksel bulgu olmasa da, biyolojik deliller, ruhsal bulgular ve olaya ilişkin ifadeler suçun ortaya çıkarılmasında son derece önemlidir. Somut olayda mağdurun ifadeleri, kıyafeti üzerinde yapılan incelemeler, mağdurun olay tarihinde aldığı darp raporu, tanık ifadeleri; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında iç beden muayenesinden daha çok yol gösterici delillerdir.

Öte yandan, bekaret (kızlık zarı) muayenesi anılan suçun tespitine elverişli bir işlem değildir. Şöyle ki; yukarıda açıklandığı üzere, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan yargı makamının kuracağı ara kararlar, nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik olmalıdır.

Kızlık zarı (Hymen); vajen mukozasından köken alan, vajen girişini kısmen kapatan ve genellikle ilk cinsel ilişkide yırtılabilen, ince damarlardan zengin elastik bir zardır. Hymenin yapısı ve açıklığı, yaşa ve bireyin beden özelliklerine göre farklılık göstermektedir (WHO, 2003). Halk arasında "kızlık halkası, kızlık perdesi, bekaret zarı, kızlık" gibi isimler de verilmektedir. Bu nedenle; hymenin muayenesi, özellikle muhafazakâr pek çok toplumda, varlığı "namusun" muhafazası olarak görüldüğünden çoğu kez bekaret kontrolü için kullanılan bir yöntem halindedir. Çoğu kez hymenin yırtılmış olması cinsel ilişkinin varlığına delil sayılmaktadır. Sanılanın aksine, tek başına hymen muayenesiyle (hymenin çok değişik yapısal özellikler gösterebilmesi nedeniyle) cinsel ilişki hakkında görüş belirtmek hatalıdır.

Somut olayda ise, teşebbüs aşamasında kalmış, yani sonuca ulaşamamış, gerçekleşmemiş bir fiil söz konusudur. Bu anlamıyla kızlık zarı muayenesinin, mahkeme kararının; kanunda yazılı amaçla anılan hükmü kurduğu düşünüldüğünde de bu amaca uygun olmadığı görülmektedir.

Bir diğer husus, 765 sayılı TCK'de, "kızlığın bozulması" cezayı artırıcı bir neden olarak gösterilmekteyken, 5237 sayılı TCK'de bu anlayıştan vazgeçilmiş, cinsel istismar suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi için, vücuda organ veya sair bir cismin sokulması yeterli görülmüştür.

Failin amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmak olmaksızın cinsel duyguları tatmine yönelik ise basit cinsel istismar, amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olmakla birlikte eylemin elinde bulunmayan nedenlerle gerçekleştirilememesi halinde ise ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Madde metninde "sair bir cisim" ibaresine yer verilmesi karşısında suçun temel şeklinin aksine, ikinci fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için eylemin cinsel arzularının tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Nitelikli halin oluşması için vücuda sokulan organ veya cismin girmesi yeterli olup, ne kadar girdiğinin ya da vajinaya sokulan cisim veya organın kızlık zarına ulaşip ulaşmadığı, kızlık zarının bozulup bozulmadığı önemli değildir" (Hukuk Medeniyeti web sayfası, 2105). Bu noktada, mahkemenin ara kararının mağdur ve sanığın ifadesinden bağımsız olarak nitelikli cinsel istismar suçuna ilişkin delil tespit

etmek olduğu düşünülürken dahi, kızlık zarı muayenesinin kanunda yazılı suçun tespitine elverişli olmadığı görülmektedir.

Başlıklar altında açıklanan nedenlerle, ağır ceza mahkemesinin söz konusu ara kararı hukuka aykırıdır. Anayasa'nın 17. Maddesi'nin 2. Fıkrası'ndaki, "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz" (Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, 2017). Hükmü uyarınca müvekkilin söz konusu iç beden muayenesini hukuka uygun şekilde gerçekleştirebilmesi için, muayenenin kanunda yazılı hallerde yapılması gerekmektedir. Söz konusu kararın hukuki dayanağı bulunmadığından, müvekkilin bu karar uyarınca mağdurun cinsel organı üzerinde iç beden muayenesi işlemi yapması da hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle müvekkilin mağdurun rızası dışında mağduru muayene etmemesi, iddianamede belirtildiğinin aksine hukuka uygun bir işlem olup suçun asli unsuru olan "Görevin gereklerine aykırı hareket etme" eylemi gerçekleşmemiş olduğundan müvekkilin atılı suçu işlemediği ve müvekkil hakkında bu nedenle de beraat kararı verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

### B) "Kasıt" unsuru yönünden

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için müvekkilin Türk Ceza Kanunu'nun 21. Maddesi'nde "Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmek" olarak tanımlanan suç işleme kastıyla hareket etmesi gerekmektedir (Özgenç, 2004; Yargıtay, 2006). Nitekim öğretide kanunun veya diğer bir hukuk kaynağının ya da amirinin yasaya uygun olarak emrettiği bir fiili kamu görevlisinin bilerek ve isteyerek yapmaması görevi kötüye kullanma veya ihmal olarak kabul edilmektedir (Artuk, 2016). Dosyada müvekkilin görevi kötüye kullanma kastı ile hareket ettiğini gösteren bir delil yoktur.

C) "Kişilerin mağduriyetine neden olma" yönünden Ayrıca 257. Madde'nin 1. Fıkrası'nda görevin gereklerine aykırı davranışın suç teşkil etmesi, kişinin mağduriyetine, kamunun zararlarına neden olmasına ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamasına bağlı tutulmuştur. İddianamede ise müvekkilin söz konusu muayeneyi yapmamasının nasıl bir zarara neden olduğu, "mağdurun beden muayenesinin geç yapılması suretiyle, sanığın adil yargılanma hakkı kapsamında yargılamanın bir an önce bitirilip sürüncemede kalmaması hakkının ihlal edildiği" şeklinde açıklanmaktadır.

Ancak, yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere, mağdurun iç beden muayenesinin yapılması, somut olayda suçun mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin

değildir. Bu anlamıyla sanığın adil yargılanması ile yargı makamının kurduğu hukuka aykırı kararın müvekkil tarafından uygulanmaması arasında illiyet bağı mevcut değildir. Başka bir deyişle iç beden muayenesinin yargılamaya hukuki hiçbir etkisi yoktur. Aksine müvekkil burada çocuk mağdurun sağlık, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını korumuştur. Bu nedenle suçun "kişinin mağduriyetine neden olma" unsurunun da somut olayda gerçekleşmediği açıktır.

Tüm bunların yanında, müvekkil sanık hakkında öncelikle idari soruşturma yapılmış ve men-i muhakeme kararı verilmiştir. Her ne kadar, anılan karar Danıştay 1. Dairesi'nin kararıyla usul yönünden bozulmuşsa da, söz konusu karara dayanak olan soruşturma raporunda;

- Mağdurun muayeneye rızasının olmaması ve tutanakla bunun tespit edilmiş olması, zorla muayene durumunda muayeneden beklenen fayda ile zorla muayenenin mağdurda oluşturacağı hasarlar karşılaştırıldığında hasarların telafisinin mümkün olmayacak sonuçlara sebebiyet verebilecek olması,

- Zorla iç beden muayenesinin teknik zorlukları ve sanıklarda suç kastının bulunmaması dikkate alındığında muayeneyi yapmayan hekimde suç unsuru saptanamadığı,

- Ayrıca rızası dışında muayenenin tıp etiği, hasta hakları ve uluslararası protokollere uygun olmaması nedeniyle görevi ihmal suçunun oluşamayacağı kanaatinin oluştuğu,

- Sonuç olarak yürütülen soruşturma kapsamında alınan ifadeler ve mevcut verilere dayanılarak adı geçen hekim hakkında isnat edilen "Görevi kötüye kullanma" suçunu işlediğine dair delil bulunmadığı belirtilmiştir.

Yine dava konusu olaya benzer şekilde, müvekkil cinsel istismar mağduru üç çocuğun iç beden muayenesini kabul etmemesi nedeniyle muayeneyi gerçekleştirememiş, müvekkil hakkında görevi ihmal suçundan kamu davası açılmış ise de yasal unsurları oluşmayan atılı suçtan beraatine karar verilmiştir. Bu anlamıyla müvekkilin eyleminin hukuka uygun olduğu, yargı kararı ile sabit olmuştur.

Tüm bu nedenlerle, tıp etiğinin gereklerine ve mevzuata uygun davranan müvekkil hakkında atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesini talep ediyoruz.

Yargılama süreci BERAATLA sonuçlanır. Mahkemenin gerekçeli kararı içerisinde:

**Mahkemenin gerekçeli kararı**

Mağdurun ellerinin ve ayaklarının tutularak zorla genital muayeneye tabi tutulmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında onur kırıcı muamele teşkil edeceği, tıbbi zorunluluklar ve Kanun'da yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamayacağına yönelik açıklamaları ışığında; sanık olan hekim tarafından mağdurun vücudunda yapılacak iç ve dış beden muayenesi ile ilgili gerekli aydınlatıcı açıklamaların yapıldığı, ancak mağdurun muayene olmayı kabul etmediği, mevzuatımızda rıza gösterilmemesi halinde hekimler tarafından zor kullanarak muayene yapılacağına ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı, kaldı ki hekimlik mesleğinin bağlı bulunduğu mevzuatın da bu duruma da cevaz vermediği, hekim olan sanığın görevinin gereklerini yerine getirdiği, yüklenen suçun yasal unsurlarının bulunmadığı anlaşıldığından sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmiştir, açıklamaları yer almaktadır<sup>5</sup>.

Savcı mahkemenin bu kararı üzerine istinaf yoluna başvurur. İtiraz gerekçesi olarak; savcılık ve mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmediği, bu suretle mağdurun beden muayenesinin geç yapılması suretiyle, sanığın ise adil yargılanma hakkı kapsamında yargılamanın bir an önce bitirilip sürüncemede kalmaması hakkının ihlali suretiyle, şüphelinin üzerine atılı bulunan görevi kötüye kullanmak suçunu işlediği gerekçesiyle yargılamasının yapılarak cezalandırılmasını talep eder. Üst mahkeme konuyu görüştüğünde:

Doktor olarak görevli sanığın, ağır ceza mahkemesinin görülmekte olan davada mağdurenin bakire olup olmadığının tespiti için yazmış olduğu CMK 76. Maddesi'nde dayanan yazıları gereği, kendilerine gönderilen mağdurenin rıza göstermemesi nedeniyle muayenesini yapmamak suretiyle görevini kötüye kullandığının iddia olunduğu olayda;

18 yaşından küçük olan mağdurenin cinsel istismara maruz kalması nedeniyle açılan davanın iddianamesinde sanık olarak gösterilen kişinin organ sokma yoluyla cinsel istismara teşebbüs suçundan cezalandırılmasının talep olunduğu ve bu davanın sanığının savunmasında; mağdurenin para karşılığı ilişkiye gireceğini kendisine söylemesi nedeniyle organ sokma olmadan eylemini gerçekleştirdiğini savunmasıyla birlikte, davanın görüldüğü ağır ceza mahkemesi tarafından bu savunmanın doğruluğunu teyit maksadıyla mağdurenin bakire olup olmadığının tespiti için Adli Tıp Anabilim Dalı başkanlığına kolluk vasıtasıyla müzekkere yazıldığı, bunun üzerine sanığın imzasını taşıyan tutanağına göre, mağdureye yapılacak işlem

sonuçlarının anlatılmasına rağmen rıza göstermemesi nedeniyle mağdurenin sağlığı, bedeni ve geleceği konusunda sağlıklı karar verebilecek durumda olduğu, bu sebeple muayenenin yapılmadığının belirtildiği ve savcılığa sunulan aynı tarihli yazıda belirtilen sebeplerle muayenenin yapılmadığının bildirildiği, anlaşılmıştır.

Öncelikle; kendisine yönelik eylemde organ sokma bulunmadığını ifade eden ve iddianın da bu yönde olması nedeniyle bu suçta teşebbüsten açılan davada sanığın, mağdurenin para karşılığı ilişkiye girdiğine dair savunmasının üzerine bunun tespiti için mağdurenin muayeneye gönderilmesi, temel hukuk ilkelerine aykırı olup, mağdurenin değişik saiklerle muayeneyi kabul etmemesinin yargılama konusu suçun niteliği değerlendirildiğinde en doğal hakkı olduğu görülmektedir. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından bu yönde bir delil araştırmasına gidilmesi, iddianın teşebbüs niteliğinde oluşu, mağdure ve sanık ifadeleri ile bunun doğrulanması karşısında son derece gereksiz, mağdurenin vücut bütünlüğünü, özel hayatının gizliliğini ihlal eder niteliktedir ve mağdurenin bu muayene sonucunda hakkında verilecek raporun sözü edilen davada sanığın hukuki durumunu değiştirecek bir yanı da yoktur. Bu hususları belirtmek, sanık doktorun eylemi nedeniyle kamu zararı bulunmadığı hususunu ortaya çıkarmak için zorunlu görülmüştür. Zira muayene sonucu söz edilen dava dosyasına hiçbir katkı sağlamayacaktır.

Tüm bunlardan başka, CMK 76. Maddesi mağdurun iç beden muayenesinin mahkeme kararı ile yapılabileceğini öngörmekte, ancak bunu kişi sağlığı ile sınırlamaktadır. 18 yaşından küçük mağdurenin rızası hilafına özel hayatının gizliliğini ihlal edecek tarzda ve direnmesi halinde gerekirse zor kullanılarak kızlık muayenesi yapılması çok açık şekilde kendisi üzerinde belki maruz kaldığı iddia olunan suçtan daha vahim travma yaratacağı, ruh sağlığını bozacağı ortadadır. Bu husus gerek Anayasamız ve gerekse AİHS sözleşmelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği, onur kırıcı muamele, kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığı ilkelerine aykırı olduğu gibi 1219 Sayılı Yasa'nın 70. Maddesi'nde belirtilen ilkeye de aykırılık teşkil edecektir.

Yine, gerek CMK 76. vd maddeleri, gerek buna ilişkin çıkarılan yönetmelik hükümlerinde kişinin rıza göstermemesi halinde ne tür bir yol izleneceği hususu da belirtilmemiştir. Bir an için mahkeme kararına dayalı olarak delil elde edilmesi amacıyla zorla bu işlemin gerçekleştirilebileceği akla gelse de, bunun ancak sanıklar üzerinde aleyhine delillerin tespiti konusunda mümkün olabileceği, suçun mağduru üzerinde bu yönde bir uygulamanın evrensel hukuk ilkelerine aykırı olacağı

aşikardır. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere yapılması istenilen işlemin sözü edilen dava dosyasına delil niteliğinde herhangi bir katkısının olmayacağı çok açık olup, kamu zararından bahsetmek de mümkün değildir.

Bu açıklamalardan sonra, yerel mahkemece unsurları itibariyle oluşmayan suçtan sanığın beraatine dair verilen kararda herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden o yer cumhuriyet savcısının İSTİNAF BAŞVURUSUNUN ESASTAN REDDİNE kesin olmak üzere oybirliğiyle karar verir<sup>6</sup>.

### Sonuç

Aktarılan iki olguda yargılama sonucu verilen kararlar, gerek iyi hekimlik uygulamaları, gerekse de insancıl hukuk açısından bir hukuki kazanım olarak değerlendirilmelidir. Bu sonucun elde edilmesinde birden çok etkenin katkısı bulunmaktadır.

- Suç olduğu ileri sürülen hekimlik icrası sırasında, mesleki etik değerlere, çocuk haklarına titizlikle uyulmuş ve bu tutum hiçbir kuşkuya yer verilmeksizin her aşamada savunulmuştur.

- Yargılama boyunca, hekimlik meslek etiği değerlerini, insan hakları ile birlikte kavrayan; bu kavrayış doğrultusunda ceza yargılaması kurallarının insancıl bir biçimde yorumlanıp uygulanmasını talep eden bir savunma yaklaşımı ortaya konulmuştur.

- Adli Tıp Uzmanları Derneği ile Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği, konu hakkında uzmanlık görüşleri hazırlamış ve bu görüşler mahkemeye sunulmuştur.

- Ayrıca, TTB Merkez Konseyi, Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası, İstanbul Tabip Odası, Edirne Tabip Odası, Adli Tıp Uzmanları Derneği, Edirne Barosu ve Edirne Kadın Platformu üyeleri desteklerini açıklayıp duruşmalara katılarak iyi bir dayanışma örneği sergilemişlerdir.

- Duruşmayı izleyen muhabirler, konunun kamuoyunda bütün boyutları ile anlaşılıp tartışılabilmesine katkı sağlayacak objektif haberler yapılması için çaba göstermişlerdir.

### Dipnotlar

1. Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik.
2. Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi, Karar Tarihi ve No: 23/05/2013 gün ve 2013/144 E., 2013/335 K.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Karar Tarihi ve Tebliğname No: 30/12/2014, 2013/271568.

4. Danıştay Birinci Daire, 2015/1640 E., 2015/1425 K. sayılı ve 27.10.2015 günlü karar.

5. Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi, Karar Tarihi ve No: 24/11/2016 gün ve 2016/477 Esas ve 2016/569 K.

6. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 13. Ceza Dairesi İstinaf Kararı, Karar Tarihi ve No: 12/01/2017 gün ve 2017/77 E., 2017/78 K.

### Kaynaklar

Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, A.C. (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Aygün, A. (2016) Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8:49-73.

Biçer, Ü. (2013) Zorla Muayene ve Vücuttan Örnek Alma - Uzman Mütalaası.

Centel, N., Zafer, H. (2018) Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.

Eroğlu, F. (2008) Tıp Hukuku Bağlamında Genital Muayene Suçuna İlişkin Bazı Sorunlar, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, 3(6):16-8.

Hukuk Medeniyeti (2015) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/574 E., 2015/338 K. sayılı ve 20.10.2015 günlü karar. Erişim tarihi 3 Ocak 2019, [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org).

Kızılarslan, H. (2007) Vücuttan muayenesi ve örnek alma (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Mahmutoglu, F.S. (2008) Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması. Erişim Tarihi 4 Ocak 2019, <http://fsmahmutoglu.av.tr>.

Mevzuat Bilgi Sistemi web sayfası (2004) Erişim Tarihi 7 Ocak 2019, <https://www.tccb.gov.tr>

Oğuz, N.Y. (2008) Tıp Etiğinde Temel İlkeler. Erişim Tarihi 10 Ocak 2019, [www.yaseminyalim.com](http://www.yaseminyalim.com).

Özgenç, İ. (2004) Gerekçeli Türk Ceza Kanunu (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Resmi Gazete web sayfası (2005) Erişim Tarihi 7 Ocak 2019, <http://www.resmigazete.gov.tr>.

Sağlık Bakanlığı web sayfası (2016) Erişim Tarihi 10 Ocak 2019, <https://www.saglik.gov.tr>.

T.C. Danıştay Başkanlığı web sayfası (2010) Erişim Tarihi 10 Ocak 2019, <http://www.danistay.gov.tr>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı web sayfası (2017) Erişim Tarihi 8 Ocak 2019, <https://www.tbmm.gov.tr>.

Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği (2013) Adli Çocuk ve Ergen Psikiyatri Komisyonu - Değerlendirme Raporu.

Türk Tabipleri Birliği web sayfası (2014) Erişim Tarihi 8 Ocak 2019, <https://www.ttb.org.tr>.

UNICEF web sayfası (1989) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. Erişim tarihi 2 Ocak 2019, <https://www.unicef.org/turkey/>.

WHO web sayfası (2003) Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence. Erişim tarihi 2 Ocak 2019, <https://www.who.int>.

Yargıtay (2006) Ceza Genel Kurulu, E. 2005/4-118, K. 2006/9 sayılı ve 31.01.2006 günlü karar. Erişim tarihi 4 Ocak 2019, <https://www.kararara.com>.