

15-18 YAŞ ARASI RIZAEN CİNSEL İLİŞKİDE KİM SUÇLU?

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında yaptığımız 9 Kasım 2013 tarihli panel ve öncesinde 30 Ekim 2013 tarihli yasa değişikliği önerisi çalışmalarımız sırasında hemen her madde de doktrin, uygulama ve Yargıtay ile benzer düşüncelerde buluşsak da 104. madde konusunda farklı görüşler mevcuttu.

104. madde gelenekçi ve korumacı yanımızla hukuk tekniğine uygun suç ihdas edilmesi arasında derin sorunlar içeriyor. Madde, **Reşit Olmayanla Cinsel İlişki** başlığı altında, **“Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”** şeklinde.

Önemli bir çoğunluğumuz rıza ile de olsa 15-18 yaş arası çocuklar arasında cinsel ilişkinin suç sayılması gerektiğini savundu. Korumacı ebeveyn yanımız belki de haklı sayılabilecek bir başkaldırı da bulundu.

Konu üzerine düşünmeye, yaşanmış örnekleri dinlemeye başlayınca, madde içeriğini yeni baştan okuduk, mevcut durumda, şikâyet olmadığı sürece rıza ile cinsel ilişkinin 15-18 yaş arasında suç olmadığını gördük önce, yani ancak taraflardan biri şikâyet de bulunursa suç oluşuyordu daha da açığı zaten 15-18 yaş arasında rızaen cinsel ilişki özgürlüğü bu anlamda yasa tarafından tanınmış durumda. Diğer yandan cinsel ilişkinin işteş bir eylem olduğu ve rıza ile gerçekleştiği düşünüldüğünde kimin eylemin faili, kimin mağduru olduğu ancak şikâyet edenin kim olduğuna bağlı olarak değişiyor.

Tüm tartışmalarımıza rağmen yasanın gerekçesinde açıklandığı üzere bu yaş grubundaki çocuklarda irade yeteneğinin normatif zayıflığı nedeniyle rızanın olup olmadığını anlayabilmenin zor olacağı kaygısı ile yasa değişikliği önerimizi; **“Reşit olmayanla cinsel ilişki Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fail mağdurdan üç yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.”** şeklinde sunduk.

Bu şekilde 15-18 yaş arasındaki rızaen cinsel ilişkiyi 15-18 yaş arasında şikâyete tabi olmak kaydı ile suç olarak mevcut şekli ile kabul edip, eylemin taraflarından birinin yetişkin olması yani 3 yaş büyük olması halinde suçun cezasında arttırım nedeni öngördük. Buradaki maksadımız çocuk gelinlerin azalması için, cezanın caydırıcı olmasını sağlayabilmek idi. Anayasa Mahkemesi 23.11.2005 tarihinde maddenin yaş farkına ilişkin arttırım sebebi içeren ikinci fıkrasını iptal etmiş olsa da Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi yaş sınırının cezai olarak arttırım sebebi kabul edilebileceğini net bir biçimde belirttiğinden ve suçun basit halindeki cezanın çocuk gelinler sorununda da caydırıcı bir etkiye sahip olmaması nazara alınarak ikinci fıkradaki arttırım maddesi düzenlenmiştir.

Yasa değişikliği önerimizde çalışma grubumuza başkanlık eden değerli hocamız Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu¹, 104. maddede **suçun failinin ancak ergin kişi olabileceğini öngören bir değişiklik önerisi getirdi** ve bu maddede değişiklik önerisi bakımından 2 farklı görüşümüz oldu.

Değerli hocamız ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Değişik Önerilerin Değerlendirilmesi’ konulu 09.10.2013 tarihli panelde Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu maddenin kapsamı gereği, rızanın olduğunu, cebir, şiddet veya tehdit var ise her koşulda 103. madde kapsamında suç olduğunu, ancak rıza var ise her ikisi de çocuk olan taraflardan şikâyet edeni müşteki, diğer tarafı sanık addetmenin hukuk mantığı içinde doğru olmadığını, dolayısı ile maddenin **“1. Cebir veya tehdit veya hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan ergin kişi, şikâyet üzerine iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Fail mağdurdan üç yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır..”** şeklinde olması gerektiğini ifade etmiş, **Kadına Yönelik Şiddet Bağlamında Ceza Mevzuatında Değişiklik Önerisi** adlı makalesinde, **“Maddede**

¹ Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Değişik Önerilerin Değerlendirilmesi’ konulu 09.10.2013 tarihli panel tebliği.

yapılacak düzenleme ile 15-18 yaş arası çocukla, çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye giren yetişkinin cezalandırılması sağlanmalı, her ikisinin de çocuk olması hali cezasızlık sebebi olarak öngörülmelidir . Bu halde Medeni Kanun hükümleri uyarınca evlenme ehliyetine sahip olmayanların, dini nikahla evlenmelerinin önlenmesi için, “evlenmenin dinsel törenini” yapma suçunun düzenlendiği TCK’nun 230. maddesine getirilecek bir fıkra ile evlenmenin dinsel töreni yapılan tarafların 18 yaşından küçük olması hali ağırlatıcı sebep olarak öngörüldükten sonra, bir başka ağırlatıcı sebep olarak bu çocuklar arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması öngörülmelidir. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi yaş sınırının cezai olarak artırım sebebi kabul edilebileceğini net bir biçimde açıklamıştır.” diyerek değişiklik önerisinin gerekçesini açıklamıştır.

Aynı panelde aramızda değerli Yargıtay Üyeleri de vardı ve yine dergimizde de makalesi yer alan Yargıtay Cumhuriyet Baş Savcısı Namık Genel, “**rıza ile meydana gelen cinsel istismar suçlarında suçun iki süjesinin de çocuk olması ve eylem sonrası evlenmelerin kanun tarafından himaye edilmemesi gibi konuların**” önemli mağduriyetlere sebebiyet verdiğini ve yasanın bu anlamda değişmesi gerektiğini ifade etti. Değerli Savcı Namık Genel², “**Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar**” başlıklı makalesinde “**Nihayet yine çok önemli bir sorun olarak 15 yaşından küçük mağdurlara yönelik olarak cebir, tehdit, hile veya kanunda aranan diğer şartlar bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar sonucu oluşan çocuğun cinsel istismarı suçlarında, eylemin sonrasında ortaya çıkan evlenmelerin hukuken koruma altına alınmamasıdır.**” demiştir.

Ancak sayın Savcı, 104. madde kapsamında cinsel ilişki kuran herkesin evlenme ile devlet korumasından faydalanmasını öngörmemekte, “**Ancak bu konu yeni yapılacak düzenlemede nazara alınmalı, bahsedilen husus rızayla gerçekleşen eylemlerde ve mağdur ile fail arasında 5 yaştan fazla bir farkın korunmadığı bir düzenlemeye ilişkin olmalıdır. Zira bu türden bir yaş farkının korunmadığı bir düzenlemede de ülkenin “çocuk gelinleri” meselesinin önüne geçilemeyecektir.**” demektedir.

Doktrinde “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”nda korunmak istenen hukuki yarar tartışılmıştır: Bu suçta bireylerin cinsel tercih hakları ve özgürlükleri korunmak istenmiştir.³

Bu suçla korunmak istenen hukuksal yarar, suçun düzenlendiği bölüm başlığından da anlaşıldığı üzere kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğüdür. Günümüz çağdaş toplumunun değişmiş yapısı, cinsel suçların hukuksal değer görüşünü oldukça değiştirmiş olup, bu değer artık Eski TCK’nda benimsenen haliyle genel ahlak, genel adap, geleneksek değer yargıları olmayıp, kişinin cinsel tercih hak ve özgürlüğü olması nedeniyle yeni TCK’da cinsel suçların koruduğu hukuksal değer, **bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi** olarak kabul edilmiştir.⁴

Yasa koyucu, 104. madde hükmüyle onbeş yaşını bitirmiş, ancak henüz on sekiz yaşını bitirmemiş olan çocuğun, normal koşullarda gerçekleştirdiği davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olabileceği gerçeğinden hareketle, irade yeteneğinin zayıflığı normatif olarak (yeni TCK mad. 31/3) kabul edilen bu yaş grubundaki çocuklarla, cebir tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkide **varsayılan cebrin varlığını kabul ederek**, bu eylemi bireyin cinsel özgürlüğüne yönelik sayarak cezalandırmak suretiyle suç mağduru çocuğu korumayı amaçlamıştır. TMK’nun 16. maddesi hükmüne göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal

² Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Namık Genel, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar” başlıklı makalesi.

³ Remzi Gündüz, Veysel Gültaş, Cinsel Suçlar, Ankara,2013.

⁴ Parlar, Hatipoğlu, Ağır Ceza Davaları, Ankara, 2007.

temsilcilerinin rızasına gerek bulunmadan kullanabilirler. Cinsel tercih hak ve özgürlüğü de bu kapsamdadır. Bu itibarla, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması suçtan zarar görenin şikayetine bağlı tutulmuştur.⁵

Görülmektedir ki, 15-18 yaş arasında TCK'da cinsel tercih hak ve özgürlüğü korunmuş, ancak şikayete bağlı olarak bu suçun kovuşturulmasına izin verilmiştir. 104. madde de cebir, tehdit, hile olmaksızın rızaen birlikte olduğu kabul edilen 15-18 yaş arası çocuklardan birinin şikayet etmesi halinde şikayet edeni mağdur, şikayet edileni mağdur yapan ve burada 15-18 yaş arasındaki çocuğun rızasından emin olunamayacağını söyleyip bir yandan da eylemin suç olmasını onun şikayetine bağlayan madde metni bakıldığında konuyu inceleyen doktrin, uygulama ve Yargıtay üyelerince hukuk tekniği açısından yerinde bulunmamaktadır.

Şu halde kazuistik şekilde yasa ile toplum dizayn etme çabası yerine, 15-18 yaş arasında kabul edilmiş cinsel tercih hak ve özgürlüğünün samimi olarak arkasında durup, bu yaş grubunda rızaen cinsel ilişki halinde cezasızlık sebebi öngörülmesi, 15-18 yaş arası çocukla, çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye giren yetişkinin cezalandırılması sağlanmalı, eğer 15-18 yaş arası çocuklar arasında cinsel ilişki yönünden rıza yok ise -cebir tehdit hile var ise- TCK 103. maddenin işletilmesi ve uygulamadaki mağduriyetlerin önüne geçilmesi gerekmektedir. Diğer yandan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun **basit halindeki cezanın çocuk gelinler sorununda caydırıcı bir etkiye sahip olmaması nedeniyle**, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi yaş sınırının cezai olarak artırım sebebi kabul edilebileceği net olarak açıklandığından, suçun ikinci fıkrasının hazırlanarak yaş farkının arttırım maddesi olarak düzenlenmesi *hem doktrin, hem uygulama ve Yargıtay üyelerinin ortak istemi olduğunun dikkate alınması* son derece önemlidir.

⁵ Ünver, Yener, Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, Adalet Yüksekokulu, 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001.