

# TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA TEMEL SORUNLAR

*Namık Genel\**

## Özet

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), cinsel suçların anlaşılması ve uygulanması bakımından 765 Sayılı TCK'dan farklı ve yeni bir bakış açısı ortaya koymuştur. Bu farklı bakış açısı, cinsel suçların anlaşılması ve uygulanmasında netlik arz etmeyen bir kısım sıkıntılı alanların oluşmasına neden olmuş, Yargıtay 5 ve 14. Ceza Dairesi de içtihatlarıyla soruna çözüm bulmaya çalışmıştır. Ancak cinsel davranış kavramının içeriğinin belirlenmesi, mağdurun eyleme rızasızlığı, mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı, bir kısım eylemlerin cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, basit cinsel saldırı ve istismar suçlarında bazı eylemlerin suç ve cezaların oranlılığı ilkesine aykırı düşmesi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur ve failin belirlenmesi, ensest'in bağımsız bir suç olarak kanunda düzenlenmemiş olması, rıza ile meydana gelen cinsel istismar suçlarında suçun iki süjesinin de çocuk olması ve eylem sonrası evlenmelerin kanun tarafından himaye edilmemesi gibi konularda, yasa koyucunun arzu etmediği sonuçların ortaya çıkmasının önüne geçilememiştir.

**Anahtar Kelimeler:**Cinsel Davranış, Mağdurun Eyleme Rızasızlığı, Suç Ve Cezaların Oranlılığı, Ensest, Eylem Sonrası Evlenme, Ruh Sağlığının Bozulması, Cinsel Taciz, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki,

## GİRİŞ

Irza geçme, ırz ve namusa tasaddi, reşit olmayanlarla cinsi münasebet, söz atma ve sarkıntılık suçları 765 sayılı TCK'da "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler*" başlığı altında düzenlenmiş iken 5237 sayılı yeni TCK'da cinselliğin artık bir bireysel özgürlük değeri olarak kabul edilip "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yaklaşım farklılığının sonucu olarak kadın-kız ayrımı kaldırılmış, evlilik içinde ırza geçme açıkça suç olarak kabul edilmiş, evlenme vaadiyle kızlık bozma suçuna yer verilmemiş, cinsel suçlara maruz kalan ile evlenen sanık ve diğer suç ortaklarının cezasız kalması ihtimali ortadan kalkmış, mağdurun cinsiyeti önemini kaybetmiş ve cezanın belirlenmesinde bakireliğin kaybı beden ve ruh sağlığının bozulmasına neden olmamak kaydıyla ölçü olmaktan çıkarılmıştır. Cinsel saldırı suçunun bir özgürlük değerini ihlal ettiği kabul edildiğinden, bu değer evlenme ile tamir edilemeyeceği de kabul edilmiştir.

Doktrinde bölüm başlığının, "*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*" olarak belirlenmesinin gerektiği, zira bu suçların kişinin cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturan veya bu özgürlüğe aykırı olan davranışlar olduğu, esasen kanun sistematğine daha uygun bir bakış açısıyla eleştiri konusu olmuştur.<sup>1</sup>

5237 sayılı TCK Sistemi cinsel dokunulmazlığa karşı suçları; cinsel saldırı (Md. 102), çocuğun cinsel istismarı (Md. 103), cinsel ilişki (Md. 104) ve cinsel taciz (Md. 105) adı altında dört ayrı suç başlığı altında düzenleme yoluna gitmiştir. Bu sayılanlardan ilk ikisine ilişkin olarak kanun metninde "cinsel davranış" olarak şekillenen fiziki temas, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsiyet ayrımı gözetmeksizin iki kişinin cinsel birleşmesi aranırken, cinsel taciz suçunda fiziki teması içermeyen sadece cinsel içerikli sözler ve hareketler, ilgili suçların maddi unsurlarının oluşması için gerekli ve yeterli sayılmıştır.

TCK'nın 102/1 ve 103/1. maddelerinde organ sokma boyutuna varmayan cinsel saikle yapılan ve fiziki teması içeren davranışlar yaptırım altına alınırken, anılan kanun maddelerinin ikinci fıkralarında cinsel saik içermesi gerekmeyecek şekilde kanun metninde sayılan vücut boşluklarına yani vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekmektedir.

\*Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

<sup>1</sup> Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Nisan 2009, s.12.

5237 sayılı TCK'nın sisteminde 765 sayılı TCK'dan farklı ve yeni bir bakış açısıyla ele alınan cinsel suçların anlaşılması ve uygulanmasında netlik arz etmeyen ancak Yargıtay'ın uygulamalarıyla bu boşluğu doldurduğu kimi sıkıntılı alanlar oluşmuştur. Çalışmada bu konular üzerinde durulacaktır.

### **I.Cinsel Davranış Kavramının İçeriğinin Belirlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar**

TCK'nın 102 ve 103. maddelerinin metni ve gerekçelerinde, "cinsel davranış" kavramının ne olduğu üzerinde durulmaması, "Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir" ifadesiyle yetinilmesi ve cinsel davranış kavramının içeriğinin belirlenmesinin uygulamaya bırakılması, "cinsel davranış" kavramının içeriğinin belirlenmesinde farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durum, kimi zaman bazı konularda kanunilik ilkesini zedeleyecek boyutta yorumlanmaya açık olduğu gibi kimi zaman söz konusu suçların basit hali için cinsel saiki arayan ölçütün suçun manevi unsuruyla karıştırılması, kimi zaman da fiziki teması içeren davranışların sanığın dış dünyaya yansıyan hareketlerine özgülenerek objektif şekilde mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelip yönelmediğinin tespit edilebilmesinin ihmali sonucunu doğurmuştur.

Kanunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçları inceleyen kısmının sistematigi, adı geçen suçların nitelikli hallerine ilişkin gerekçenin suçların basit haline yapmış olduğu atıf dikkate alındığında, kimi yazarların suçun oluşumu için cinsel arzuların tatmini amacını arayan yorumları ile yine kimi yazarların suçun maddi unsuru ile kastı ve hatta saiki birbirine karıştıran cinsel davranış tanımına ilişkin yorumlarının sorunu çözmekten öte derinleştirdiği görülmektedir.

Bu meyanda suçun manevi unsurundan bahsetmekte de zorunluluk bulunmaktadır.

*"Cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, bulunması gereken kastın çeşiti konusunda öğretide üç farklı görüş vardır: 1) Bu suçun genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, 2) Suçun temel şeklinin özel, vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenen nitelikli halinin ise genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, 3) Cinsel saldırı suçunun her iki şeklinin de özel kastla işlenebileceği. Bir suç tanımının analiz edilmesinde bu kadar farklı görüşlerin ileri sürülebilmesi tanımın isabetli biçimde yapılmadığını göstermektedir... Suç tanımına bakıldığında, cinsel saldırının her iki şekli bakımından da bu suçta aranan kast çeşitinin genel kast olduğu, cinsel tatmin özel kasta yer verilmediği görülmektedir. Madde metninde saike yer verilmemiştir. Fail, hareketinin cinsel hareket olduğunu bilmeli ve bu hareketi isteyerek yapmalıdır. Hareketin cinsel istekleri tatmine yönelik olması gerektiği madde metninden anlaşılmamaktadır. Hükmün gerekçesinde ise suçun temel şekli bakımından gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmalarının yeterli olduğu, failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerektiği, nitelikli şeklinde ise suçun temel şeklinin aksine nitelikli halin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı belirtilmektedir. Gerekçeye göre suçun temel şeklinde özel kastın aranması, nitelikli şeklinde ise genel kastla yetinilmesi gerekecektir. Yasa koyucunun hüküm metninin tamamlanmasını bu ölçüde Gerekçeye bırakması isabetli olmamıştır. Gerekçe hukuken yasa metnine dahil bulunmadığından, hüküm kapsamını bu yolla daraltmak veya genişletmek mümkün değildir. Temel cinsel saldırıda özel kast aranması, failin cinsel arzuları tatmin amacıyla eylemi gerçekleştirmediği hallerde suçun kasten yaralama veya hakaret sayılması sonucunu doğuracaktır. Vücuda organ veya sair cisim sokmada ise cinsel arzuları tatmin amacı bulunmasa da failin eylemi bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması bu suçun oluşması için yeterli görülecektir. Suçun işlenmesinde sadece doğrudan kastın mı aranacağı yoksa olası kastın da yeterli mi olacağı konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır."*<sup>2</sup>

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte cinsel suçlar bakımından dikkat edilmesi gereken failin dış dünyaya yansıyan davranışlarının "cinsel davranış" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususudur. Peki failin dış dünyaya yansıyan davranışlarının cinsel olup olmama içeriği nasıl belirlenecektir?

Burada suçun maddi unsuru ve cinsel davranış aşağıda sayılan üç halde karşımıza çıkar:

<sup>2</sup> Nur Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, TBB Dergisi,Eylül 2012, Ankara s. 276-277.

1.Failin cinsel organları veya cinsel olmayan organları ile mağdurun cinsel organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren eylemler,

2.Failin cinsel organları ile mağdurun cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren eylemler,

3.Failin cinsel olmayan organları ile mağdurun yine cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren eylemler.

1 ve 2.hallerde ortaya çıkan durumlarda suçun maddi unsuruna ilişkin olarak bir belirleme yapmakta bir zorluk bulunmamasına rağmen 3.halde sayılan durumlar için suçun maddi unsurunun belirlenmesinde cinsel davranışın nasıl tanımlandığına bağlı olarak ciddi bir karışıklık vardır. Uygulamada failin cinsel olmayan bir organla mağdurun cinsel olmayan bölgesine yapılan müdahaleler, “cinsel arzuları tatmin saiki” kriteri ile gerekçelendirilse de esasen manevi unsur ile ilişkilendirilerek sorunun çözümüne gidilmektedir.

Uygulayıcıların, suçun maddi unsuruna ilişkin olarak ve örnekteki şekilde de kimi zaman üstü örtülü olarak manevi unsura ilişkin olarak ortaya çıkan değerlendirmelerinin esasen cinsel davranışın içeriğinin belirlenmemesi veya göz ardı edilmesi nedeniyle söz konusu husustaki eksikliğin suçun manevi unsuruna ilişkin ve sıklıkla da suçun saiki ile kapatılması ihtiyacından kaynaklandığı ve suçun maddi unsurunun manevi unsur ile izah edilmesi gibi bir sonuca yol açtığı görülmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında kanun metninin gerekçesinin önemli rol oynadığı açıktır. Zira TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde bir yandan “*Suçun temel şekline ilişkin maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışları içermektedir...*” denmekte iken, uygulamada bu tanımla aynı anda ortaya çıkması mümkün olduğu gibi tersinin deyani cinsel saikle birlikte olmaksızın ortaya çıkmasının sıklıkla mümkün bulunduğu şekilde gerekçenin devamında “*Suçun oluşması için gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir...*” denilmek suretiyle uygulamada çoğu kez farkına bile varılmayan sakıncalı sonuçlara yol açılmıştır.

Zira kanunun metni, mağdurun cinsel dokunulmazlık alanını korumakta ve failin bu konudaki saikini suçun oluşumu için aramamaktadır. Bu anlamda cinsel davranışı kavramını ortaya çıkabilecek hiçbir durumu dışarıda bırakmayacak şekilde ve zorunlu olarak oldukça somut ve ayrıntılı biçimde tanımlamakta zorunluluk bulunmaktadır. Buna görecinsel davranış; failin cinsel organları veya cinsel olmayan organları veya başka bir materyal ile mağdurun cinsel organlarına yönelik olarak veya failin cinsel organları ile mağdurun cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirildiği fiziki teması içeren eylemler ile failin cinsel olmayan organları veya herhangi bir materyal ile mağdurun yine cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren ve halin icabı veya söylenen sözler nedeniyle mağdurun cinsel dokunulmazlık alanına yönelen eylemlerdir.

Bu tanım karşısında yukarıda (c) bendinde sayılan eylemlerin cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarını oluşturup oluşturmayacağı konusunda belirleyici olabileceği, ancak bu sırada yapılan yorumlarda suçun maddi unsurunu oluşturan “cinsel davranış” meselesi ile suçun manevi unsuruna ilişkin kastın ve daha ötesi saikin karıştırılması tehlikesi yine mevcut olabilecektir.Şöyle ki; Failin cinsel olmayan organları veya herhangi bir materyal ile mağdurun cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren eylemler sırasında söylenen sözler esasen failin saikini izah etmeye yönelik olarak ele alınmamalıdır.Bu sözlerin veya halin icabının ele alınış şekli, failin dış dünyaya yansıyan ve fiziki teması da ve içeren hareketi ile birlikte bir bütün halinde mağdurun cinsel dokunulmazlık alanına yönelik yönelmediğinin belirlenmesinden ibaret olmalıdır.

Mağdureye ve ailesine husumet besleyen bir failin bir nevi intikam isteğine bağlı olarak veya mağdureyi ve ailesini kızdırmak amacı veya mağdureyi tahkir amacı ile mağdurenin kürek kemiğine elindeki alelade bir sopa ile bir süre dokunup bu sırada da “*Sen ne güzel bir şeysin*” şeklinde sözler sarf ettiğini varsayalım.Fail burada mağdurun cinsel olmayan bir bölgesine cinsel olmayan bir materyalle dokunmaktadır ve hiçbir şekilde şehvi arzularını tatmin amacını gütmemektedir.Saniğin saiki mağdureyi ve ailesini tahkir etmektir.Cinsel arzuların tatmini amacını suçun oluşumu için gerekli gören anlayışta hiç şüphesiz söz konusu

eylem cinsel saldırı veya istismar suçunu oluşturmayacaktır. Ancak cinsel davranışın yukarıda anılan tanımını dikkate alındığında, sanık fiziki teması içeren hareketi ve sözleri bir bütün halinde mağdurenin cinsel dokunulmazlık alanına yönelen cinsel davranışı oluşturup bu suretle suçun maddi unsuru tamamlanmakta ve sanığın dış alemde ortaya çıkardığı bu temas ve sözleri bilip istemesi ile de suçun kasıt unsuru ortaya çıkmış olmaktadır. Burada failin şehvi arzularını tatmin amacı taşıyıp taşıyamamasının bir önemi yoktur; durumun tartışılması ve sonuca bağlanması failin reel aleme yansıyan davranışlarının amacından bağımsız olarak ve objektif manada bu davranışın mağdurenin cinsel dokunulmazlık alanında ne anlam ifade ettiği ile ilgilidir.

Buradan hareketle yinelemek gerekirse cinsel davranışın ne olduğu meselesinde açık bir tanım yapılması gerekliliğini göz ardı ederek suçun maddi unsuru ile kastı ve özel kastı birbirine karıştıran düşünceler olduğu ve sorunun faili eyleme iten nedenden bağımsız olarak mağdurun cinsel dokunulmazlık alanını ihlal eden “Cinsel Davranış” kavramının belirlenip tartışılması ile çözülebileceği, bunun sonrasında ise cinsel davranışı oluşturan eylemin biliniş istenmesi ile suçun tüm unsurlarıyla oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu görüşündeyim. Zira cinsel davranışın ne olduğunun belirlenmesinde zorluk ve karmaşa yaratan failin cinsel olmayan organları veya herhangi bir materyal ile mağdurun yine cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren ve halin icabı veya söylenen sözler nedeniyle mağdurun cinsel dokunulmazlık alanına yönelen eylemlerdesöylenen sözler, suçun manevi unsurunun veya failin saikinin belirlenmesi ile ilgili olmayıp tamamen suçun maddi unsuru içinde değerlendirilmesi gereken ve cinsel davranış kavramı içinde ele alınması gereken dış dünyaya ilişkin hareketler olarak algılanması gerekmektedir.

## **II. Mağdurun Eyleme Rızasızlığı Sorunu**

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda fiilin hukuka aykırılığı konusu mağdurun rızasızlığından kaynaklanır. Bu konuda ilgili kanun metinleri açık bir tanım getirmemekle birlikte “hukuka aykırı davranış” tabiriyle konuyu çözümlenmiştir. Ancak bu durum, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan şekilde mağdura yönelik ve mağdurdan habersiz şekilde ani fiziki temaslarda yetersiz kalmaktadır. Şöyle ki; yolda yürüdüğü esnada arkasından yaklaşan failin mağdurun bedenine yönelik ani bir temasının söz konusu olup eylemin bundan ibaret kaldığı durumlarda, “Rıza” veya “Rızasızlık” ne zaman ortaya çıkmıştır ya da ortaya çıkmış mıdır? Hiç şüphesiz bu gibi durumlarda mantiken ve ahlâken mağdurun tanımadığı bir kişinin bu yöndeki eylemine rıza göstereceğinden bahsedilemez. Esasen özel daire de konuyu kararlarına yansıtılmamakla birlikte konuyu aynen bu çerçevede alıp zorunlu olarak “Varsayılan Bir Rızasızlık” kabulüyle eylemi cezalandırma yoluna gitmektedir. Özel Daire, söz konusu rızasızlığı, üstü örtülü olarak cebir kavramı içerisinde değerlendirmektedir.

Nitekim doktrinde de özel daire ile paralel şekilde olan ve tarafımızca kabul görmeyen görüşe göre; cebir, mutlak (*vis absoluta*) ve zorlayıcı (*vis compulsiva*) kuvveti kapsamaktadır. Burada mutlak bir kuvvete maruz kalan kimsenin iradesi tamamen devre dışı kaldığından, bu kimsenin cinsel saldırıya rıza gösterdiğinden bahsedilemez. Bu anlamda yolda yürümekte olan mağdura ansızın eliyle temas ederek cinsel arzuların tatminine yönelik bir davranışta bulunan fail, cebirle bu suçu işlemiş sayılır. Zira mağdur, karşı koyamayacağı bir cebrin etkisi altında fiile maruz kalmıştır. Failin sinsice ve çok hızlı bir şekilde kullandığı fiziksel kuvvet sebebiyle, mağdurun bu fiile ilişkin aksi yöndeki iradesini açıklama fırsatı bile kalmamıştır.<sup>3</sup> Ancak diğer yandan bu kabulün suç ve cezaların kanunla belirleneceği ilkesine çok da uyduğu söylenemez. Zira rıza veya rızasızlık ancak fiilin işlenmesinden önce mağdurun psikik alanında oluşması gereken bir kavramdır.

“Varsayılan Rızasızlık” kanunilik ilkesini zedeler. Bu sorun Uluslararası Ceza Mahkemesi cinsel suç tanımlamalarında, açık ve isabetli bir şekilde karşılanmıştır. Uluslararası

<sup>3</sup>Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2011, s. 168.

Ceza Mahkemesi, “Akayesu” davasında, cinsel faaliyetin ırza tecavüz niteliğinde olup olmadığının tespitine esas olacak kriterleri şu şekilde sıralamıştır;<sup>4</sup>

1. Mağdur veya üçüncü bir şahsa yönelik cinsel faaliyet, zor kullanma veya zor kullanma tehdidi eşliğinde gerçekleştirilmeli,

2. Mağdur veya üçüncü şahsa yönelik faaliyet, zor kullanma veya özellikle mağduru çaresiz kılan ya da mağdurun reddetme yeteneğini ortadan kaldıran diğer şartlar eşliğinde gerçekleştirilmeli veya

3.Cinsel faaliyet, mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmelidir.

Burada bahsi geçen “...mağdurun reddetme yeteneğini ortadan kaldıran diğer şartlar eşliğinde...” ibaresinin kanun maddelerinin metinlerine veya en azından gerekçesine yerleştirilmesinin sorunun çözeceği düşünülmektedir.

### **III.Cinsel Saldırı ve Çocuğun Cinsel İstismarı Suçlarında Mağdurun Olay Nedeniyle Ruh Sağlığının Bozulup Bozulmadığının Belirlenmesine İlişkin Sorunlar**

Hangi hallerin beden veya ruh sağlığını bozacağı kanunda gösterilmemiş, uygulamaya bırakılmıştır. Bu durum karşısında bu ağırlaşmış hallerin hekim raporu ile saptanması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumu’ndan veya Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7 ve 23. maddelerine göre teşekkül eden yükseköğretim kurumlarından görüş alınması gerekmektedir.

Ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcı olması gerekir. Yargıtay 14. Ceza Dairesince, Adli Tıp & İhtisas Kurulu’nun veya Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7 ve 23. maddelerine göre teşekkül eden yüksek öğretim kurumlarından alınan raporlarda genel olarak ve çoğunlukla; raporun hükme esas alınabilmesi için “ruh sağlığındaki” bozulmanın kalıcılığına işaret eden kayıt bulunup bulunmaması bozma nedeni yapılmazken kimi bazı kararlarda bu hususa atıf yapılarak ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcı olması gereğine işaret edilmiştir.

*“Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre de, mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespit, suç tarihinden itibaren en az 6 ay geçtikten sonra Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ya da Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23 ve 31. maddeleri gereğince usulüne uygun şekilde teşekkül ettirilmiş Yükseköğretim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınarak yapılması ve bu bozulmanın kalıcı olup olmadığının saptanması gerektiği gözetilmeden, 18.08.2011 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurenin "Travma Sonrası Stres Bozukluğu + Depresif Bozukluk" tanısıyla ruh sağlığının bozulduğuna dair Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı tarafından düzenlenen söz konusu 6 aylık süreden önce yapılan muayenesine istinaden 17.01.2012 tarihinde düzenlenen rapora dayanılarak verilen cezanın TCK'nun 103/6. maddesiyle artırımı tâbi tutulması suretiyle eksik incelemeyle hüküm kurulması...”* şeklindeki kararıyla bu hususa vurgu yapmıştır.<sup>5</sup>

Yine benzer bir kararında “Mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna dair Manisa Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesinin 04.08.2010 tarihli raporundan sonra Ege Üniv. Tıp Fak. Çocuk Psikiyatrisi Anabilim Dalı tarafından düzenlenen 21.06.2011 tarihli raporda, olay sonrasında mağdurede ortaya çıkan ve uzunca bir süre devam eden ruhsal etkilenme belirtilerinin düzelmiş olduğu ve ruh sağlığında olayla bağlantılı olabilecek kalıcı bir bozulma olmadığı belirtildiği halde, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 30.11.2011 tarihli raporunda olay nedeniyle mağdurenin ruh sağlığının bozulduğunun bildirilmesi karşısında, raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için bu konuda Adli Tıp Kurumu Kanununun 15. maddesine göre Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan nihai rapor alınması gerektiği gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” demek suretiyle mahkeme kararını bozma yoluna gitmiştir.

Bununla birlikte Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu çoğunlukla raporlarında kalıcılık vurgusuna yer vermemektedir. Zira, saptanan ruh sağlığı bozukluğunun yaşam boyu sürüp

<sup>4</sup> Ahmet Hamdi Topal, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009, s. 181.

<sup>5</sup> Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 13/03/2013 gün ve 2013/2649 sayılı kararı, Adalet Bakanlığı Uyap Portalı.

sürmeyeceğinin söylenebilmesinin ilgili bilim dallarının araştırma yöntemleri bakımından neredeyse imkansız olduğu ifade edilmektedir. Bu hususun tolere edilmesi bakımından Adli Tıp İhtisas Kurulu, ruh sağlığı bozukluğunun tespitinin, yetişkin mağdurlarda en az bir yıllık, çocuk mağdurlar yönünden ise en az altı aylık süreden sonra yapılması gerektiğini belirtmiş olup Yüksek Daire de uygulamalarını bu yönde istikrarlı hele getirmiştir.

Uygulamanın bu şekliyle olayın ilk şokunun atlatılmasından sonra olaya bağlı semptomların ilerleyen sürelerde kaybolup kaybolmadığı tespit olunmakta, bu suretle ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcılığı probleminin aşılma istendiği görülmektedir. Ancak uygulamanın bu haliyle bile sorunun giderildiği söylenemez. Kalıcılık meselesi bir yana ruh sağlığı bozulmasının, cezanın nitelikli hali olarak düzenlenmesinin uygulamada defalarca görüldüğü üzere mahzurları bulunmaktadır. Söz konusu mahzurları aşağıda kısaca özetleyebiliriz.

### **1.Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun Teşekkülü Sorunu**

2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7. maddesinde Adli Tıp İhtisas Kurullarının oluşumu şu şekilde düzenlenmiştir;

**Madde 7**(Değişik fıkra: 19/02/2003 - 4810 S.K./7. md.)

*Adli Tıp Kurumunda altı ihtisas kurulu bulunur. Aşağıdaki ihtisas kurulları, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile;.....*

**f) Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu birer;**

- Kadın Hastalıkları ve Doğum,
- Radyoloji,
- Üroloji,
- Ruh Sağlığı ve Hastalıkları,
- Çocuk Psikiyatrisi,
- Adli Antropoloji,
- Çocuk Cerrahisi,

*Uzmanlarından oluşur.*

Aynı kanunun 23. maddesinde Adli Tıp Genel Kurulunun ve İhtisas Kurullarının çalışma şekilleri şu şekilde düzenlenmiştir;

### **Madde 23**

**A)**(Değişik paragraf: 19/02/2003 - 4810 S.K./20. md.) *Adli Tıp Genel Kurulu, Adli Tıp Kurumu Başkanının başkanlığında adli tıp ihtisas kurulları başkan ve üyeleri ile 6'ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Genel Kurula katılması gereken adli tıp ihtisas dairesi başkan veya vekilinin iştiraki ile toplanır.*

*Genel Kurula İhtisas Kurulları Başkan ve üyelerinin en az üçte ikisinin iştiraki zorunludur.*

*Kararlar çoğunlukla alınır. Başkanın yokluğunda Başkan Yardımcısı, onun da yokluğunda en kıdemli İhtisas Kurulu Başkanı Genel Kurula Başkanlık eder.*

**B) Adli Tıp İhtisas Kurullarının Çalışması:**

*Adli Tıp İhtisas Kurulları Başkanının başkanlığında işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve oyçokluğu ile karar alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış sayılır.*

*Üyelerden birinin özürlü olması veya yokluğu halinde eksiklik diğer kurullardan alınacak üye ile tamamlanır. Şu kadar ki tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez.*

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, ruh sağlığı bozulmasına ilişkin raporlarda tek Adli Tıp Uzmanının heyete katılımını yeterli görmekte olup heyette iki Adli Tıp Uzmanının bulunması gerektiği yolunda yapılan itiraz da Yargıtay Ceza Genel Kurulunca reddolunmuştur. Kanımızca bu yorum Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7 ve 23. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gereğine uygun düşmemektedir. Zira, anılan Kanun'un kurulun çalışma şeklini düzenleyen ve başkan dışındaki dört üyenin katılımını yeterli gören 23. maddesi nazara alınarak ve 7. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gözetilmeden sadece buradan hareketle bir sonuca varılması gereği söz konusu ise, ruh sağlığı bozukluğunun tespitine ilişkin heyetlerin

oluşumunda olayın mağdurunun yaşına göre psikiyatrist veya çocuk psikiyatristinin katılımından sonra kanunun 7-f maddesinde sayılan uzmanlarından herhangi üçünün katılımı yeterli olacaktır. Diğer bir anlatımla bu durumda tek bir adli tıp uzmanının katılımı dahi gerekmeyecektir. Dolayısıyla Yüksek Dairenin son kararlarında tek adli tıp uzmanının katılımını yeterli ve bununla birlikte gerekli gören kabulünün yasal dayanağının bulunmadığı düşünülmektedir.

Yüksek Daire'nin son kararlarındaki yorumun doğal ve zorunlu sonucu olarak; adli tıp kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun tek adli tıp uzmanının bulunmasının dahi gerekli olmadığı bir kurulca sadece konunun uzmanı tek bir üyenin katılımı ile ancak diğer dört üyenin konunun tamamen dışında olan üyelerin katılımı ile sağlıklı ve bilimsel bir sonuca varılmasının mümkün olmayacağı açıktır.

Keza anılan kanunun amacı da bu değildir: Zira, 2659 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci cümlesi, aynı kanunun 23/B maddesi ile birlikte nazara alınarak yorumlandığında, başkanın da katılımı ile en az beş kişiden oluşan heyette konunun uzmanı bir üyenin dışında en az iki adli tıp uzmanının katılımını da zorunlu görmekle, konuya vakıf olan ve heyette çoğunluğu sağlayan en az üç uzmanın varlığını kararın verilmesinde etkin kılmak istediği anlaşılmaktadır. Zira; Adli tıp uzmanları, Kanun'un 7/f maddesinde sayılan diğer uzmanlardan farklı olarak hukuk ve tıp uygulamalarının kesiştiği bir alanda eğitim görüp bu alanda uzmanlaşmış olmakla bu konuda yetkinliğe sahip kişilerdir.

Psikiyatri uzmanı ve iki adli tıp uzmanınca yapılacak ortak çalışma ve değerlendirme ile adli tahkikat dosyasının ve suçun hukuki unsurlarının kriminal bir bakış açısını içerir şekilde ve psikiyatri biliminin gerekleri de yerine getirilmek suretiyle harmanlanıp bunun sonucuna göre mağdurların ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespitinde zorunluluk bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla TCK'nın 102/5 ve 103/6. maddelerinde aranılan ruh sağlığı bozukluklarının tespitinde beş kişilik heyette konuya vakıf olan en az üç kişinin bulunması kanunun lafzı ile amacına uygun düşmektedir. Bu konuda Yargıtay Başsavcılığınca yapılan itiraz Yüksek Genel Kurulca reddolunmuştur.

Durumun son haliyle, tek bir psikiyatrist veya çocuk psikiyatristinin katılımı sağlandıktan sonra üç veya dört üyenin tamamen başka branşlardan olması halinde dahi kurul toplanıp çözümü özel bir uzmanlık isteyen bir konuda görüş bildirebilecek ve sonuç olarak cezanın önemli ölçüde artması bu rapora bağlanabilecektir.

## **2. Ruh Sağlığı Bozukluğuna İlişkin Semptomların Tespitinin Rastlantısallığı Sorunu**

Ruh sağlığının bozulduğunu gösteren semptomlar farklı zaman ve uyarıcılara bağlı olarak zaman zaman ortaya çıkabilmekte zaman zaman ise ortadan kaybolmaktadır. Örneğin tesadüfen suçun işlenmesinden yedi ay sonra muayeneye gönderilen ve burada olaya bağlı ruh sağlığı bozuklukları gözlemlenen mağdurda, aslında yine tesadüfi olarak 6 ay 15. gün veya 11. ayda gönderilmiş olması durumunda bu semptomlar görülmebilmektedir.

Diğer bir ifadeyle zaman zaman kimi bazı uyarıcılara bağlı olarak alevlenen belirtiler zaman zaman ortadan kaybolabilmektedir. Bu şekilde mağdurenin muayene edildiği zamanların değişkenliğine bağlı olarak rastlantısal olarak ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusunda farklı raporlar çıkabilmekte veya farklı olayların mağdurelerinin yine muayene tarihlerine ve belirtilerin farklı zamanlarda ortaya çıkıp farklı zamanlarda kaybolabilmesine göre bir olayın mağdurunda tespit edilebilen ruh sağlığı bozukluğu diğer bir olayda tespit edilemeyebilmektedir. Bunun da ceza adaleti yönünden sakıncalarını belirtmeye bile gerek duymuyoruz.

## **3. Ruh Sağlığı Bozukluğunun Nereden Kaynaklandığı Sorunu**

Özellikle uzun süredir ve farklı zaman ve kişilerce istismar veya saldırıya uğrayan mağdurlarda ruh sağlığının ne zaman ve hangi sanığın eylemine bağlı olarak bozulduğunun saptanması da yine ihtisas kurulunun bu konudaki açıklamalarına göre neredeyse imkansızdır. Bu durumda olaya katılımı hangi aşamada, hangi nicelik ve nitelikte bulunursa bulunsun tüm sanıkların aynı kefeye konup kasıtları ve eylemlerinin anti sosyal niteliği çok farklı olmakla birlikte aynı cezaya tabi tutulmaları sonucunu doğurmaktadır.

#### **4. Ruh Sağlığı Bozukluğunun Kalıcılığının Tespiti Sorunu**

Biraz önce izah olunduğu üzere ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcılığının tespiti sorunu ise her birinden bağımsız ve en önemli sorun olarak varlığını korumaktadır.

#### **5. Ruh Sağlığı Bozukluğunun Tespitinde Yorum Sorunu**

Ruh sağlığı bozukluğunda uzmanlık alanı aynı olan bilirkişilerin aynı konudaki yorumlamalarının zaman zaman çok önemli ölçüde değişiklik arz ettiği gözlemlenmektedir. Bu olaya çarpıcı bir örnek vermek gerekirse;

Bir vakıda alınan raporlarda sırasıyla;

#### **a. Üniversite Hastanesinin Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı Tarafından Düzenlenen Rapor**

“Patolojik düzeyde anksiyete ve depresyon saptandı. IQ : 77 (Sınır Zeka) Kognitif fonksiyonlarının, aile bütünlüğüne karşı tehlike olarak algıladığı konularda ailesine karşı ifade vermekten çekinmeye yetecek düzeyde olduğu, Ailesinden ayrılmış olmaktan dolayı üzgün olduğu, aile bütünlüğünün şu aşamada sürdürülememesinden kendini sorumlu tuttuğu ve annesini özlediği, bu durumda (kendisi de konu hakkında çelişkili ifade verdiği için) kendisinde var olan patolojik düzeydeki anksiyete ve depresyonun hangi olayla bağlantılı olduğunun kesin olarak belirtilemeyeceği, ifadesini aile bütünlüğünün tekrar sağlanması için değiştirmesinin ihtimal dahilinde olduğu, ifade değişikliğinin adli makamlarca değerlendirilmesinin uygun olacağı,” şeklindedir.

#### **b. İhtisas Kurulu Tarafından Düzenlenen Rapor (Muayene:19.09.2008)**

“Mağduresi bulunduğu olaydan kaynaklanmış beden ve ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede patolojik araz tespit edilemediği, dava dosyasının tetkikinde kişi hakkında Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalınca düzenlenmiş 18.07.2008 tarihli raporda tespit edildiği bildirilen ve “ hangi olaya bağlı olduğu kesin olarak belirtilemeyeceği bildirilen patolojik düzeydeki anksiyete ve depresyon olarak tarif edilen ruhsal bulguların kurulumuzun 19.09.2008 tarihli muayenesinde zail olduğunun anlaşıldığı, bu duruma göre mağdurenin 2008 Ocak-Şubat ayları ile 25.04.2008 günü mağduresi bulunduğu olay sonucunda ruh ve beden sağlığının bozulmadığı oybirliğiyle mütalaa olunur.” şeklindedir.”(kurul; 1 adet ruh sağlığı uzmanı, 2 adet adli tıp uzmanı ile farklı uzmanlıkları bulunan 3 kişiden müteşekkil; Çocuk Psikiyatristi yok)

#### **c. ATK Genel Kurulu Tarafından Düzenlenen Rapor (Muayene 04.06.2009)**

“Ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan “ Travma Sonrası Stres Bozukluğu” denilen psikiyatrik bozukluğun tespit edildiği, bu duruma göre; Büşra Çeliker’in 2008 Ocak-Şubat ayları ile 25.04.2008 günü mağduresi bulunduğu “ beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde zincirleme şekilde çocuğa cinsel saldırı ve bu suça yardımcı olmak” olayı nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu oy çokluğuyla mütalaa olunur.”(Muhalefet; ‘Mağdurenin uğradığı amca dayağı, yurttan kalma, annesinden uzak kalma, meydanın olayı çocuğu rahatsız edecek şekilde ele alış gibi olayların da etkisinin bulunduğu, muayenede tespit edilen bulguların hangi olaya bağlı olduğunun ayırdının yapılamayacağı’ belirtmişlerdir.)

Esasen her cinsel saldırının mağdur üzerinde psikolojik bir travma yaratacağı şüphesiz ise de, bu durum mağdurların yaşı, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik arzemesine nazaran, hangi hallerin ruh ve beden sağlığını bozduğu hususunun saptanması hukuki olmaktan ziyade tıbbi bir olgudur. Tüm bu değerlendirmelerin ışığı altında esas olarak hukuki bir kavram olarak uygulamaya yerleşmesi mümkün görünmeyen ruh sağlığı bozukluğu meselesinin kanun metninden çıkarılmasında büyük yarar bulunmaktadır. Genel yaklaşımın da bu yönde olduğu memnuniyetle izlenmektedir.

#### **IV. Bir Kısım Eylemlerin Cinsel Taciz Suçu Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu**

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada ortaya çıkan kimi eylemlerin cinsel taciz suçu kapsamında kalmasının yeterliliği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada öyle durumlar ortaya çıkmaktadır ki, bu hususlar uluslararası metinlerde açıkça “çocuğun cinsel yönden istismarı” niteliğinde bulunduğu halde kanundaki düzenleniş



şekli itibariyle cinsel taciz suçu kapsamında kalmaktadır. Örnek vermek gerekirse mağdur çocuğa porno bir dergi verip okutan veya porno bir yayın izletip bunun eşliğinde kendi kendini tatmin eden sanığın eylemi “cinsel taciz” suçu kapsamında kalacaktır. Bu nedenle kanun metnine aşağıdaki şekilde bir fıkranın eklenmesinin kanunun ruhuna ve uluslararası metinlerdeki istismar tanımına uygun olacağı değerlendirilmektedir;

“Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren, bunların içeriğini gösteren, okutan, okuyan, dinleten ve buna eşlik eder şekilde mağdura fiziki temasta bulunmadan cinsel davranışlarda bulunan kişi,”

#### **V.Basit Cinsel Saldırı ve Çocuğun Basit Cinsel İstismarı Suçlarına Vücut Veren Kimi Eylemlerin Suç ve Cezaların Oranlığı İlkesine Aykırı Düşmesi Sorunu**

765 sayılı TCK'nın 415 ve 421/2. maddelerinde tanımlanan “Irza Tasaddi” ve “Sarkıntılık” suçlarının karşılığı olarak düzenlenen 5237 sayılı TCK'nda TCK'nın 102/1 ve 103/1 maddelerindeki “basit cinsel saldırı” ve “çocuğun basit cinsel istismarı” suçlarına vücut veren kimi eylemlerin suç ve cezaların oranlığı ilkesine aykırı düşmesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eski TCK sisteminde ani hareketli olarak işlenen ve fiziki teması içeren eylemlerde sarkıntılık suçunun temadi eder şekilde ve belli bir süreye yayılan fiziki teması içeren eylemlerin ise irza tasaddi suçunu oluşturduğu ve bu düzenlemenin de uygulamada başarılı bir şekilde anlaşılabilir şekilde uygulandığı gözlemlenmekle birlikte eski yasada iki ayrı suç olarak düzenlenen eylemler yeni TCK.'nun sisteminde, mağdurun çocuk veya erişkinliğine bağlı olmak kaydıyla basit cinsel saldırı ve çocuğun basit cinsel istismarı kapsamında anlaşılabilir ve Yargıtay 5. ve 14. Ceza Daireleri tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır.

Diğer yandan doktrinde bedeni teması içeren ani hareketler ve kesiklik gösteren davranışların, cinsel saldırı ve istismar suçunu oluşturmayacağı, bu durumun oluşması için hareketlerin çokluğu ve belli bir devamlılığın aranması gerektiği<sup>6</sup>, keza TCK'nın 105. maddesi sadece 765 sayılı TCK anlamında söz atma suçunun karşılığını oluşturmadığı aynı zamanda bazı durumlarda sarkıntılık teşkil eden fiillerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>7</sup>

Yargıtayın istikrarlı kararları doğrultusunda uygulamaya yerleşen anlayışın ise mahzurları görülmüş ve farklı durumda bulunup, eyleminin anti-sosyal boyutu diğerine göre çok daha farklı bulunan failer aynı cezaya tabi tutularak hakkaniyete çok da uygun olmayan sonuçlara yol açılmıştır. Örneğin mağdura bir kez dokunan veya yanağından bir kez öpen failin durumu, mağduru çıplak soyup organ sokma haricinde her türlü cinsel davranışı sergileyen failin hukuku ile aynı rejime tabi tutulmuştur. Daha da ötesi eski kanuna göre eylemi sarkıntılık olan sanığın, mağdurun ruh sağlığının bozukluğunun tespit edilmesi halinde organ sokma suretiyle çocuğu istismar eden sanıkla aynı cezaya tabi tutulması, yeni kanun uygulamasında sıkça rastlanan bir durum olarak karşımıza çıkmıştır.

O halde, eski kanun sistemindeki sarkıntılık suçunu karşılayacak bir düzenlemenin ayrı bir suç olarak kanuna eklenmesi veya cinsel taciz suçunun düzenlendiği TCK'nın 105. maddesine ayrı bir fıkra olarak eklenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Ancak son dönemde bu hususla ilgili tekliflerde tartışılan şekliyle “...ani ve kesik kesik hareketler...” tanımının bir yandan sorunu çözerken diğer yandan yeni sorunlar çıkarması oldukça mümkün görünmektedir. Zira “... ani ve kesik kesik hareketler...” kavramı, eylemin muhtemel ortaya çıkış şekilleri ve zamana yayılışının sınırları yönünden her bir uygulayıcı yönünden farklı şekilde yorumlanmaya oldukça açık bir kavramdır. Bunun yerine eski uygulamada yerleşen ve kanun metninin düzenleniş amacını en iyi şekilde karşılayacak “Sarkıntılık” kavramının kanun metnine yerleştirilmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

<sup>6</sup> Osman Yaşar, H. Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu (6 Cilt) Yorumlu – Uygulamalı, Adalet Yayınevi, 3. Cilt, Şubat, 2010, Ankara, s. 3251

<sup>7</sup> Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler) (5 Cilt), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2009, Ankara, s. 2683.

## **VI.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Mağdur ve Failin Belirlenmesi ile Kanun Metninin Tanımı Sorunu**

TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda; hem fail hem de mağdurun reşit olmadığı, esasen her ikisinin de hem mağdur hem sanık sıfatını taşıdıkları ve çoğu zaman cinsel ilişkinin tarafı olan erkeğin de 18-15 yaş aralığında olması durumunda ortaya çıkan diğer bir sorundur.

Bu suçta fail mağdura karşı, cebir, tehdit, hile kullanmamış olmalıdır. Bu hallerden biri dahi olayda gerçekleştiğinde, fiil rızâ cinsel ilişki olarak nitelenemez. Yasama tekniği açısından, fıkra da yer alan üç kavramın “ve” bağlacı ile bağlanması doğru değildir, bu bağlantının “veya” ile kurulması gerekirdi.<sup>8</sup>

Yargıtay, uygulamada yasama tekniği açısından ortaya çıkan bu sorunu kanun metninin gerekçesi ve amacını doğru algılayarak çözüme yoluna gitmiştir. Uygulamada sıkça rastlanan şekilde; suçun aynı zamanda mağduru olan ve 15-18 yaş aralığındaki erkek cinsiyetli fail ve/veya ailesi şikayetçi olmadığı için kamu davası açılmamakta, kimi zamanlarda suçun mağduru olarak algılanmadığı için mağdur sıfatıyla şikayet ve beyanları alınmayıp, bu husus açılması mümkün kamu davalarının açılmaması yoluyla ihmal edilmektedir. Bu hususun eski TCK'ndaki alışkanlıklardan kaynaklanan ve esasen cinsiyetçi bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Zira, kadın failin suçun mağduru olduğu söz konusu kamu davalarında suçun sanığı olan erkek de esasen 18 yaşından küçük olmakla 5395 Sayılı Kanun ve Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesine göre mağdurdur. Anılan suçun tipik şekli zorunlu iştirak gerektiren işteş bir fiili tanımlamaktadır. Bu meyanda 18 yaşından büyük failer için bir sorun bulunmamakla birlikte izah olunan nedenlerle bazı zamanlarda kadından sadece birkaç ay büyük sanıkların cezalandırılması kanunun düzenleniş amacına, yasanın sistematigine ve hakkaniyete aykırı düşmektedir.

Bu hususta aşağıdaki düzenlemenin, çocuk kavramının ulusal ve uluslararası hukuktaki tanımına daha uygun olacağı ve aynı zamanda hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracağı düşünülmektedir;<sup>9</sup>

1. *Cebir veya tehdit veya hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan ergin kişi, şikayet üzerine iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

2. *Fail mağdurdan üç yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.*

## **VII.Ensest'in Kanun'da Bağımsız Bir Suç Olarak Tanımlanmaması Sorunu**

Bir diğer sorun ensest ilişkilerin TCK'da bağımsız bir suç olarak tanımlanmamasında karşımıza çıkmaktadır. Kamu davalarına konu olan ve uygulamada sıkça rastlanan şekilde aile içi ensest ilişkilerde “cinsel davranışın” hukuka aykırılık unsurunun ortaya konmasında oldukça güçlük çekilmektedir. Zira yasanın mevcut haliyle ensestin cezalandırılabilmesi için TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde aranan manada cebir, tehdit, hile veya bilincin yitirilmesine neden olmak veya bilincin kapalı olmasından yararlanması gerekir.

“Cinsel saldırı suçunun düzenlenmesinde cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesine etki edecek haller unsur olarak gösterilmemiştir. Ancak gerekçede, cinsel saldırı suçunun özelliğinin, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi olduğu belirtilerek, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi; mağdurun bilincini yitirmesine neden olma veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanma suretiyle de suçun işlenebileceği gösterilmiştir. Kanaatimizce bu örneklere “psikolojik baskı” da eklenmeliydi. Bir çok cinsel saldırı psikolojik baskıya başvurularak işlenmekte, ancak bu durum cebir, tehdit veya hile kapsamında görülmeyle eylem suç sayılmamaktadır.

<sup>8</sup> Yurtcan, age, s. 84-85.

<sup>9</sup> Ayşe Nuhoglu, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezince düzenlenen ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Değişik Önerilerin Değerlendirilmesi’ Konulu Panelde Sunulan Tebliğ, İstanbul, 9 Kasım 2013

Cebir, mağdur üzerinde maddi güç kullanmaktır. Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilecektir.

Cebir mağdur üzerinde gerçekleştirilmelidir. Mağdurun yakınları üzerinde gerçekleştirilerek onun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir mağdura karşı tehdit sayılır. Mağdurun yakınlarına yönelik beyanlarda cinsel saldırı suçunun vasıtası olan tehdit niteliğindedir. Tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınlarının ağır ve haksız bir zarara uğratılacağı bildirilerek korkutulmasıdır. Bu zarar bildirim, yaşama, vücuda, malvarlığına yönelik olabilir. Hile, mağdurun aslında yapmayacağı bir davranışı aldatılarak yapmaya yöneltmesidir. Mağdur failin kullandığı hileli vasıtalarla veya başka nedenlerle de cinsel saldırıya karşı koyamayacak durumda bulunabilir. Bu durumlarda rıza göstermiş olsa bile rıza geçerli olmayacaktır. Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmasından yararlanılarak cinsel saldırının işlenmesi daha ağır cezayı gerektirecektir.”<sup>10</sup>

Oysa ki bu suçlarda azımsanamayacak sayıdaki vakıalarda ortada cebir, tehdit, hile veya diğer haller bulunmamakta, fail manevi bir cebir veya nüfuz ile söz konusu suç işlemekte, rızayı bu şekilde elde etmektedir. Söz konusu durumlarda mağdurun vazgeçtiği husus kendisini bu ilişkiye iten failden kaynaklanan dış etkenlerin yanında çok ağır kalmaktadır. Elbette Yüksek Yargıtay ahlaken korunamayacak bu durumu zor kavramı içinde değerlendirip, esasen kanunilik ilkesine pek de uygun olmayacak biçimde sorunu üstü örtülü biçimde ve cebir- tehdit kavramını kullanmaktan ziyade mağdurun savunmasızlığını ve en yakın aile bireylerinden gördüğü gayri ahlaki muameleyi “Zor” kavramı ile ifade edip olayı bu kavram içinde eritmek suretiyle çözmek zorunluluğunda kalmıştır. Yapılması gereken ise aşağıda gösterilen şekilde bir düzenlemenin ivedilikle uygulamaya konmasıdır;

"Ensest<sup>11</sup>;

*Her kim, altsoyundan biri ile cinsel ilişkide bulunursa ..... hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Birbirleri ile cinsel ilişkide bulunan kardeşler de ..... cezası ile cezalandırılır.*

*Her kim, üst soy ile cinsel ilişkide bulunursa ..... cezası ile cezalandırılır.*

*Amca, Dayı Hala ve Teyze ile yeğenleri arasında cinsel ilişki ..... cezası ile cezalandırılır.*

*Akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi bu hüküm uygulanır.*

### **VIII.Rıza ile Meydana Gelen Cinsel İstismar Suçlarında Suçun İki Süjesinin de Çocuk Olması ve Eylem Sonrası Evlenmelerin Kanun Tarafından Himaye Edilmemesi Sorunu**

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. Hatta zaman zaman bu eylemlerde mağdur 14 yıl 11 ay 29 günlük iken erkek fail 15 yaşından birkaç ay büyük olmakta, aslında tarafların her ikisinin de çocuk olduğu bu gibi durumlarda çocuklardan biri korunup, diğeri çok ağır cezalara maruz bırakılmaktadır.

Esasen evlenmenin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın rızayla meydana gelen eylemlerde eğer 15 yaşından küçük mağdurun ayırtım gücünün bulunduğu saptanması halinde ve yukarıda 104. maddede izah olunan nedenlerle suçun her iki süjesinin çocuk olması nazara alınarak suç ihdas edilip edilmeyeceği hususunun tartışılmasında büyük fayda vardır. Bu noktada Medeni Kanun hükümleri nazara alınarak kanunun 15-18 yaş aralığına bağladığı sonuçların 12-15 yaş aralığı yönünden yeni bir değerlendirmeye muhtaç olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

<sup>10</sup> Nur Centel, age, s.273-274.

<sup>11</sup> Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezince düzenlenen 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Değişik Önerilerin Değerlendirilmesi' Konulu Panelde Sunulan Tebliğ, İstanbul, 9 Kasım 2013

765 Sayılı TCK'da bu husus koruma altına alınmıştı. Ancak anılan Kanun, mağdurun eyleme rızasının olup olmadığını ve mağdur ile fail arasındaki yaş farkına bakılmaksızın zorla ırzına geçilen mağdurların da tecavüzcüleri ile evlenmek zorunda bırakılmaları sonucunu doğurmuştu. 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.

### **Sonuç**

5237 sayılı TCK'da yer alan cinsel suçlarla ilgili değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi üzerine TBMM Adalet Komisyonu'nun 4 Nisan 2011 tarihinde kabul ettiği “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” metni gündeme gelmiştir. Söz konusu metinde cinsel suçların nitelikli hallerinde ceza artırımına, basit hallerinde ise ceza indirimine gidilmesi, TCK'nın 102/5 ve 103/6. maddelerinin kanun metninden çıkartılması, basit cinsel saldırı suçunda “suçun ani hareketlerle ve kesik kesik hareketlerle işlenmesi halinde” ceza indiriminin öngörüldüğü bir eklemenin yapılması, 102. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen ağırlaştırıcı nedenlerin artırılması, cinsel suçlardan mahkum olanların koşullu salıverilmelerinin farklı bir rejime tabi tutulması ve kimyasal kastrasyonu içerecek şekilde tedaviye tabi tutulmaları gibi hususlar düzenlenmiştir. Söz konusu teklif bir çok yönden olumlu olmakla birlikte yukarıda izah olunmaya çalışılan ve söz konusu suçlara ilişkin kimi temel sorunları çözmekten uzak görünmektedir.

Tasarının bu haliyle kanunlaşması halinde, suçun önlenmesinde yeni tedbirler alınmadığı müddetçe cezaların artırılmasının Cinsel Dokunulmazlık alanının tam olarak korunmasına katkı sağlamayacağı açıktır.

Genel olarak 5237 sayılı TCK, 765 Sayılı TCK'dan ayrılan yeni bir bakış açısı getirmiş, ancak eski kanun sisteminde yer alan ve gerek teori gerekse uygulamada çok iyi anlaşılıp uygulanan kimi bazı kavram ve kurumlara yer vermeyerek, zaman zaman adaletsiz, zaman zaman da çelişkili uygulamalara yol açılmıştır. Keza cinsel suçlar; ispatı, algılanışı ve sonuçları itibariyle diğer tüm suçlardan ayrılan farklı bir yere sahiptir. Bu bakımdan konunun tüm uygulamacılar bakımından çok iyi anlaşılması, bireyleri ve toplumu derinden sarsan bu suçların sübütü bakımından aşılması çok güç sorunların yanına bir de ispatlanan eylemlerin nitelendirilmesi ve buna ilişkin sonuçların adil bir şekilde tespiti sorununun eklenmemesi gerekmektedir. Yine önemle vurgulamak gerekirse; **ağırlıklı olarak savunmasız çocukların, ekonomik ve sosyal yönden güçsüz kadınlar ile akıl hastalarının en önemli risk grubunu oluşturduğu bu suçlarda ve çocuk istismarı ile ensestini giderek arttığı son zamanlarda mevzuatın yukarıda bahsedilen gerekçelerle geniş bir tartışmaya açılarak gözden geçirilmesi ve mevzuatta yapılacak değişikliklerin yanı sıra, sosyal alanda yeni ve etkili tedbirlerin alınması gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.**