

ENSEST MAĞDURLARINDAN BİRİSİ: “KADIN” A VICTIM OF THE INCEST: “WOMAN”

Ersan ŞEN*

Tuğçe BAŞARIR**

Özet: Bu makalede Türk Ceza Kanunu açısından, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikah düşmeyen, yakın akraba olan kişilerin arasındaki cinsel davranışları kapsayan ensestini ayrı bir suç olarak düzenlenmediği, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar adı altındaki cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz kapsamında değerlendirilebileceğine değinilmektedir.

Anahtar Sözcükler: ensest, evlenme yasaklılığı, cinsel ilişki, altsoy, çocuk

Abstract: In this article it is discussed that incest, which, according to the Turkish Penal Code, covers sexual act between those who are not allowed to get married on moral, legal and religious grounds or those who are next of kin to each other, has not been classified as crime but it can be reviewed in the scope of crimes against sexual immunity, sexual abuse, sexual abuse of children, sexual intercourse with a minor and sexual harassment.

Keywords: incest, being restraint of marriage, sexual intercourse, lineal kinship, child

I. Genel Olarak

Ceza hukukunda bugüne kadar yeterince tartışılmamış olan “ensest” kavramı, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikahlanmaları mümkün olmayan, yakın akraba olan kişilerin cinsel ilişkide bulunmaları anlamına gelmektedir¹. Ayrıca, kan bağı olan kişiler arasında cinsel ilişki ve temas dışında cinsel amaçlı davranışlar da, “ensest” kavramı kapsamında düşünülmektedir.

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

** Avukat, İstanbul Barosu

¹ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 13.

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesine göre, üstsoy ile altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden birisi ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan birisi ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağı bulunmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda kuzenler arasındaki evlilik yasaklanmamıştır. Türk Medeni Kanunu tarafından evlenme yasağı konulan kişiler arasındaki cinsel davranışların gerçekleşmesi ensesti tanımlamaktadır. Bu davranışların rıza ile veya rıza olmaksızın gerçekleşmesi mümkündür. Ayrıca bir suç olarak tanımlanmamış olan ensest, rıza ile gerçekleşirse yalnızca 18 yaşını tamamlamamış kişilere yönelik olanlar suç sayılmış, rıza olmaksızın gerçekleşirse Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamındaki suçların ağırlaştırıcı sebebi olmak suretiyle suç olarak düzenlenmiştir.

Ensest adlı ilişki türü, geçmişten günümüze genel olarak bir tabu olarak görülmüş olup, ensest ilişkide bir mağdurun bulunabilmesi için öncelikle kişinin rızası dışında cinsel ilişkiye veya cinsel amaçlı davranışa maruz kalması gerekmektedir. Bu tip bir mağdur, çocuk olabileceği gibi ergen kişi de olabilir. Çalışma, elbette yalnızca Türk Dil Kurumu'nun kullandığı anlamda erişkin olan kadını ele almamaktadır. "Kadın" kavramı, doğduğundan itibaren "kadın" cinsiyetine sahip olan herkesi kapsar. Kadın cinsiyeti, istisnai olarak sonradan da elde edilebilir. Elbette bu elde etme, kişinin kendisini "kadın" olarak hissetmesi ile mümkün olmayıp, bu kimliğin doğal ve hukuki şartlarla kazanılmasına bağlıdır.

Kadının bir cinsiyet türü olarak 18 yaşından küçük (18 yaşını tamamlamamış) kız çocuğunu da kapsadığından hareketle, çalışmada çocuğun cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları da ele alınacaktır. Bu çerçevede, 18 yaşından küçük olan kız çocuklarının "kadın" kapsamında değerlendirilmemesinin ayrımcı bir bakış taşıyacağını ifade etmek isteriz. Belirtmeliyiz ki, ensestin mağduru yalnızca kadın değildir. Çocuk, özellikle 15 yaşını tamamlamamış kız ve erkek çocuklar maalesef ensestin daha fazla mağduru olabilmektedir.

Ensest ilişkinin 18 yaşından büyük kişiler tarafından rızaen gerçekleşmesi halinde, ceza sorumluluğu açısından hukuka aykırılığın

gerçekleşmeyeceğini ifade etmek isteriz. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez*". Kanun koyucu, kişinin rızasını bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Kişi hürriyeti olarak kabul edilen cinsel hürriyet de, temyiz kudretini haiz kişi tarafından üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunulabilecek haklar arasında yer almaktadır. Bu durumda olan bireyin iradesi üzerinde herhangi bir baskının olamaması ve özgür iradesi ile hareket etmesi, TCK m. 26/2'nin somut olayda kabulü için aranması gereken bir diğer unsurdur.

"Ensest", kavram olarak mukayeseli hukukta bazı mevzuatta yer alırken, Türk mevzuatında düzenlenmemiştir. Kanunlarımızda geçmese de bu kavram bilinir ve doktrinde yer alır². Eski adı irza tecavüz veya irza tasaddi, yeni adı cinsel saldırı ve cinsel istismar, yine sarkıntılık, cinsel taciz gibi suç tipleri ile ensest ilişkisinin önüne geçilmesi amaçlanmış ise de, bu düzenlemelerin doğrudan doğruya enseste ilişkin olmaması, bu konuda hukuk kültürü ve inancının toplumda tesis edilmemiş olması, enseste ayıp, konuşulmaması, tartışılmaması ve Türk aile yapısında işlenmesi ve kabulü mümkün olmayan konu olarak bakılması, yine bu tür meselelerin dışarıya yansıtılmaması, aile içine karışılmasının önüne geçilmesine dair bakış açısı, tüm bu sebeplerle enseste ilişkin somut olayların yargıya intikal etmemesi, mevcut yasal düzenleme ve uygulamanın yeterli olmadığını göstermektedir. Ensest konuşulmaktan kaçınılsa da bir sorunsal, bu sorunun üzerine gitmek, aile içinde mağdur olan ve mağdur olma ihtimali bulunanı korumak, kesinlikle Anayasa m. 41/1 hükmü ile Türk toplumun temelini teşkil eden aile düzenini bozmak amacına değil, aile düzeni ile birlikte mağdur kişinin hak ve hürriyetlerini, dolayısıyla toplumun temelini oluşturan ve asıl unsur olan bireye güvence sağlamak anlamına gelir. Enseste maruz kalan mağdurun güvence altında olmasını sağlayan hukuki yollara ilişkin düzenlemeler eksik ve yetersiz gözükmektedir. Bu konuda toplumsal inanç ve istek sağlanmalı, ensest sorununa elbette yasakçı ve cezacı bir mantıktan hareketle tek bir çözüm yolu üreterek,

² Ahmet Mumcu, "Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, İstanbul, 2010/1.

aile içine sürekli müdahale yöntemlerini tatbik etmekle yetinilmemeli, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku, hatta Aile Hukuku, ensest sorunun çözümde yardımcı fonksiyonlar üstlenmelidir. Aile bireylerinin de öncelikle manevi olarak, daha sonra hukuki olarak müdahalesinin gerektiğini önemle belirtmek isteriz.

Ancak düzenin kişi hak ve hürriyetleri adına korunması gerek ve gerçeği, kime karşı olursa olsun bireyin hak ve hürriyetlerinin “eşitlik” ilkesine uygun şekilde ve Anayasa m. 13’de öngörülen sınırlama ölçütleri çerçevesinde dikkate alınmalıdır³. Çünkü toplumsal düzen ve barış, gerek bireyler ve gerekse devlet ile bireyler arasındaki ilişki ve uyumsuzluklar açısından, hiçbir zaman eşit, dürüst, iyi düzenlenip tatbik edilen hukuk kuralları olmaksızın sağlanamaz.

Tüm dünyada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkan ensest konusu farklı hukuki temellere oturtularak, çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuş ve engellenmeye çalışılmaktadır. Elbette esas olan, yasak ihlalinden ve suç işlendikten sonra tedbir almak ve failleri cezalandırmak değil, bireyin hak ve hürriyeti ihlal edilmeden kime karşı olursa olsun korunmasını sağlamak, temyiz kudretine sahip olmak ve özgür iradesi ile hareket etmek kaydı ile bireyin cinsel hürriyeti üzerindeki tasarruflara karışmamak gerekir. Bu anlamda, Türk hukukuna göre çocuk sayılan henüz 18 yaşını doldurmamış olanlarda ise rızanın varlığı yeterli olmayacaktır. Ancak bu noktada maalesef TCK m. 104’ün, fiil tarihinde 15 yaşını dolduran çocuklar yönünden zımni olarak rızayı kabul ettiğini, aile baskısı altında kalma ihtimali çok yüksek olan mağdur çocuğun şikayetçi olmayacağını veya olamayacağını, sessiz kalacağını veya şikayetten feragat edeceğini ya da yaptığı şikayetten göreceği gizli ve dayanılmaz baskılar nedeniyle vazgeçmek zorunda bırakılacağını görmekteyiz. Esasında cebir, tehdit veya hileye dayanan çocukla cinsel ilişki, bu hükümden dolayı özellikle ensest fiiller yönünden kötüye kullanılmaya çok elverişlidir. 104. maddeye göre, “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Çocukla cinsel ilişki, en azından evlenmeleri ya-

³ Anayasa m. 13’e göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

sak olanlar ve enstest fiiller yönünden soruşturulup kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlı tutulmamalı ve cezanın alt haddi, hapis cezasının paraya çevrilme, ertelenme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırlarının dışına taşınmalı, bu suçla ilgili hapis cezasının alt sınırı üç yıl ve üst sınırı da beş veya altı yıl hapis cezası olarak tespit edilmelidir.

Aralarında evlenme yasağı bulunan, ayırt etme gücüne sahip kişiler arasında karşılıklı rızaya dayanan enstest fiili, bizim ülkemiz de dahil olmak üzere bazı ülke yasalarında suç olarak düzenlenmemiştir. Aile hukuku açısından ise, enstest ilişkiden doğan çocuğun baba tarafından tanınması halinde çocuk tüm haklara sahip olabilmekte ve yasal zemini olmasa da ayrı birey kimliği kazanan çocuk ile baba arasında kişiler hukuku ve aile hukukundan kaynaklanan ilişkiler kurulabilmektedir.

Çalışmamızın konusunu kadına yönelik enstest fiilleri teşkil ettiğinden, “pozitif ayırmıcılık” olarak bilinen, kadın hak ve hürriyetlerinin korunması adına cinsiyet ayırmıcılığı yasağının istisnalarına izin veren Anayasa m. 10’ndan da kısaca bahsetmek gerekir. “Kanun önünde eşitlik” başlığı taşıyan Anayasa m. 10’un birinci fıkrasına göre, cinsiyet ayırımı yapılmaksızın kanun (hukuk) önünde herkes eşittir. Kadınlar ve erkekler, ayırım gözetilmeksizin insan hak ve hürriyetlerinden eşit şekilde yararlanırlar. Ancak bazı doğal veya sosyal zorunluluklar sebebiyle ortaya çıkan hukuki statü farklılıkları, erkekler ve kadınlar arasında ayırım yapılmasını, değişik kural ve uygulamaları lüzumlu kılabilir. Bunlara, doğum yapan çalışan kadına verilen izin, emekli sürelerinde farklı uygulama, askerlik ödevinin kadınlar için öngörülmemesi bazı örnekler olarak gösterilebilir. Elbette bu farklılıklar, hem keyfi olmamalı ve hem de eşit hukuki durumda olan tüm kadınları kapsamalıdır.

Tüm bunlara rağmen kanun koyucu, kadınların korunması ve “eşitlik” ilkesine vurgu yapmak amacıyla Anayasa değişikliğine ihtiyaç duymuştur. Türk toplumunun sosyolojik yapısı, iktisadi ve hukuki bazı gereklilikler sebebiyle kanun koyucu tarafından Anayasa m. 10/2’ye önce 2004 yılında 5170 sayılı Kanunun 1. maddesi ile eklenen, “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” hükmü ve sonrasında 2010 yılında 5982

sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa m. 10/2'ye eklenen, *"Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."* üçüncü cümle, net bir şekilde kadınlar lehine eşitlik ilkesini ihlal edecek olsa bile düzenleme getirilebileceğini ve tedbirlere başvurulabileceğini ifade etmektedir. Kadına yönelik ensest fiilleri yönünden de Anayasa m. 10'da yer alan bu hükümler ile düzenlenme amaçları dikkate alınmak zorundadır. Çünkü *"Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* başlıklı Anayasa m. 11'e göre, *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz"*.

II. Kadına Yönelik Ensestin Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeri

Ensesti doğrudan doğruya düzenlemeyen, fakat zımni olsa da ağırlaştırıcı sebep olarak içinde barındıran suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı ikinci kısmının *"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"* başlıklı altıncı bölümünde yer almaktadır. Bu hükümlerde ensest, ayrı bir suç tipi olarak değil, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu ve 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ensest ilişkinin, TCK m. 104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında gerçekleşmesi mümkün olsa da, bu durum TCK m. 104 kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

1. Cinsel Saldırı Suçu Kapsamında

TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, birinci fıkrada basit cinsel saldırı ve ikinci fıkrada nitelikli cinsel saldırı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunun basit hali, kişinin cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi ile gerçekleşir. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, cinsel içerikli davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi yeterlidir. Basit cinsel saldırı suçunun düzenleyen TCK m. 102/1'de öngörülen cinsel davranış, ilişki düzeyine varmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler ola-

rak tanımlanabilir⁴. Bu ihlalin, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması hariç olmak üzere cinsel içerikli her türlü davranışla icrası mümkündür. Basit cinsel saldırı suçu, bireyin rızası dışında yapılan cinsel arzuları tatmine yönelik ve mağdurun vücuduna temas içeren her türlü davranış olabileceğinden, bu suçun maddi unsurunun hareket kısmı serbest hareketlerden oluşur. Basit cinsel saldırı suçu, serbest hareketli suç olup, bu yönü ile nitelikli cinsel saldırı suçundan da ayrılır. Çünkü nitelikli cinsel saldırı suçunda, vücuda organ veya cisim sokulmasını kapsayan bir hareketin varlığı suçun maddi unsurunun tamamlanması için aranmıştır.

102. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği anlamı ile vücut dokunulmazlığının ihlali, kişinin rızası dışında başkası tarafından vücut bütünlüğüne yönelik fiziki temas şeklinde gerçekleşmektedir. Bu suçun oluşması için, kişinin vücuduna cinsel amaçlı olmak üzere temas edilmesi yeterli olup, failin cinsel arzularının tatmininin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Cinsel saldırı suçunda failde aranan kast ise, cinsel içerikli davranışın objektif açıdan incelenmesi yoluyla tespit edilecektir. Cinsel saldırı suçunun failinin suç işleme kastı ile hareket edip etmediğinin tespiti, sübjektif olarak failin cinsel amaçlı olarak hareket edip etmediği yönünden değil, failin davranışının cinsel arzuyu tatmin amacı içerip içermediğinin ortaya konulması suretiyle yapılacaktır. Bir başka deyişle, bu suçun işlenmesinde bulunması gereken kastın tespitinde, failin özel olarak cinsel arzuyu tatmin amacına yönelik kastının bulunup bulunmadığı değil, failin suç işleme kastı ile hareket ederek, davranışının objektif olarak cinsel arzuyu tatmin amacına yönelik olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu durumda, cinsel saldırı suçunda failin genel kast ile hareket etmesinin gerektiği düşüncesini savunduğumuzu ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, failin özel kasta sahip olması ve bu kastın tespiti halinde suçun manevi unsurunun gerçekleştiği fikri de ileri sürülebilir. Çünkü hükümde, “cinsel davranışlarla” ibaresine yer verilmiş olup, bu ibarenin varlığının tespitinde failin sübjektif olarak durumun incelenmesi ve failin gerçek iradesinin anlaşılabilmesi için hangi maksatla bu davranışı icra ettiğinin belirlenmesi gerektiği düşünülebilir.

⁴ Emin Artuk –Ahmet Gökçen – Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, 7. Bası, s. 137.

Cinsel saldırı suçu, kişinin rızasının bulunmaması halinde gerçekleşebilmektedir. Erişkin bir kimsenin rızasının olması halinde, hukuka uygunluk sebebi gerçekleşeceğinden, cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi için failin mağduru etkisiz hale getirmesine veya mağdur üzerinde baskı yapmasına, mutlaka bir darp, cebir uygulamasına gerek olmamakta ve mağdurun vücut dokunulmazlığının rızası dışında ihlal edilmesi gerekmektedir. Mağdur, baştan rızası olmamakla birlikte, kendisine karşı yapılan cinsel davranışa sonradan muvafakat göstermiş veya rızasının olduğunu açıklamışsa, suçun olduğundan ve cezai sorumluluğun doğduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵.

Basit cinsel saldırı suçunda fiilin cinsel amaçlı olarak işlenmesi gerekir. Bir kişinin herhangi bir yerine dokunma, bir kişiye sarılma veya herhangi bir yerini öpme, sıkma, okşama, hatta dokunma gibi hareketler cinsel istek veya amaç içermekte ise, basit cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. “Cinsel davranışlar” deyiminden, kişinin bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal ederken bunu cinsel arzu ve duygularını tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirmesinin anlaşılması gerekir. Ancak cinsel tatmin amacına yönelik olan cinsel davranışlarda, failde tatmin duygusunun gerçekleşip gerçekleşmemesinin, birinci fıkra düzenlenene basit cinsel saldırı suçu veya ikinci fıkra düzenlenene nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması açısından önemi bulunmamaktadır. Cinsel amaçlı bir davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, failin kastına bakılmak suretiyle değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmek isteriz. Basit cinsel saldırı suçunda failin suç kastı özel bir amaç içermektedir, bu sebeple failin olası kastla basit cinsel saldırı suçunu işlemesi de mümkün gözükmemektedir. Bu tespit, esas itibarıyla basit cinsel saldırı suçunun manevi unsuru yönünden özel kastın, yani failin cinsel arzu saiki ile hareket etmesinin gerekli olduğunun kabulü anlamına da gelebilir.

Cinsel saldırı suçuna ilişkin yargılamalarda, davranışların cinsel tatmin amacı taşıyıp taşımadığı ve suça ilişkin olayda rızanın bulunup bulunmadığı konularında ciddi hukuki tartışmalar ortaya çıkabilecektir. Bu hususların kanıtlanamadığı durumlarda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmek isteriz.

⁵ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 378.

Basit cinsel saldırı suçu şikayete tabi bir suç olarak düzenlenmiş olup, basit cinsel saldırıya maruz kalan kişinin “Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar” başlıklı TCK m. 73/1-2 hükümleri uyarınca, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde şikayette bulunması gerekir. Aksi takdirde, bu suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Basit cinsel saldırı suçunun, bir kişinin bacağına cinsel tatmin amaçlı ellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde, kişinin davranışın cinsel amaçlı olduğunu ilk aşamada fark edemeyeceği ve ilerleyen günlerde devam eden benzer davranışlarda cinsel amaçlı olduğuna emin olabileceği durumlar gerçekleşebilmektedir. Böyle hallerde altı aylık şikayet süresi, mağdur tarafından fiilin cinsel amaçlı olduğunun anlaşılması anı ile itibaren işlemeye başlamalıdır. Esas itibarıyla bu durumda aynı mağdura karşı birden fazla cinsel saldırı olduğundan, TCK m. 43/1’de düzenlenen müteselsil/zincirleme suç hükmü uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 73/3 uyarınca basit nitelikteki cinsel saldırı suçuna maruz kalan aynı anda birden fazla kişi varsa, bu kişilerden birisinin altı aylık şikayet süresini geçirmesi, diğerlerinin şikayet haklarını düşüreceği anlamına gelmemektedir. Şikayetten vazgeçmeyi düzenleyen TCK m. 73/4 uyarınca basit cinsel saldırı suçundan şikayetçi olan kişinin şikayetinden vazgeçmesi, soruşturmayı kapatacak veya davayı düşürecek, ancak TCK m. 74/2 uyarınca uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemeyecektir. Eğer şikayetçi olan birden fazla kişi varsa, bir kişinin şikayetinden vazgeçmesi diğer şikayetçileri etkilemeyecektir ve soruşturma veya kovuşturma, şikayetçi olan diğer kişiler yönünden devam edecektir. Ayrıca iştirak halinde basit cinsel saldırı suçu işlenmişse, TCK m. 73/5’e göre, faillerden biri hakkındaki şikayetten vazgeçme diğer failleri de kapsayacak ve şikayetten vazgeçme hükümleri tatbik edilecektir. Basit cinsel saldırının ensest ilişki kapsamında gerçekleşmesi halinde suç yine şikayete bağlı olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Uzlaşma” başlıklı 253. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Ancak CMK m. 253/3’e göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. 5918 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişiklik getirilen hükmü uyarınca uzlaştır-

ma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Örneğin, basit cinsel saldırı suçu ile birlikte soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan basit yaralama suçu işlenmişse, basit yaralama suçu uzlaşma kapsamına düzenlenmiş olsa da basit cinsel saldırı suçu ile birlikte işlendiğinden, bu suçlarla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.

Nitelikli cinsel saldırı suçu ise, basit cinsel saldırıdan farklı olarak, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Nitelikli cinsel saldırı suçu, basit cinsel saldırı suçunun unsurlarından farklı olarak, cinsel arzuların tatmini amaçlı olması şart olmaksızın rıza dışında mağdurun vücuduna bir organın veya bir cismin ithal edilmesi ile oluşmaktadır. Maddenin gerekçesinde, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart koşulmadığı belirtilmiş olsa da, doktrinde nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin davranışın, cinsel tatmin amacına yönelik olmasa da mutlaka cinsel içerik taşıması gerektiği yönündeki görüş hakim gözükmektedir⁶. Bu düşünce isabetli gözükmektedir, çünkü kanun koyucu 102/2’de “fiilin” ibaresine yer vermek suretiyle birinci fıkraya atıf yaptığından, birinci fıkra da geçen “cinsel davranışlarla” ibaresi, «fiilin» ibaresine yer vererek ilk fıkraya atıfta bulunan 102. maddenin ikinci fıkrasında da uygulama bulacaktır.

Farklı bir düşünce, tartışmalı olan bu konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki yararın ihlal edilip edilmediğine objektif olarak bakılması gerektiği şeklinde ileri sürülebilir. Bu suçla korunan hukuki yarar kişilerin cinsel dokunulmazlık ve özgürlüğüdür⁷. Örneğin, bir copun cinsel içerik kapsamayan bir davranışla kişiye vajinal veya anal yollardan ithal edilmesinde, kişinin cinsel dokunulmazlığının ihlal edileceğini ve hatta kişinin maruz kaldığı bu tür bir davranıştan sonraki hayatında cinsel özgürlüğüne sahip olarak sağlıklı bir şekilde yaşamasının da engellenebileceğini ifade etmek isabetli olacaktır. Fiilin davranışının cinsel içerikli olsun ya

⁶ Remzi Gündüz -Veyssel Gültaş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008, s. 26-29.

⁷ Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2007, s. 269-270.

da olmasın cinsel bir organa gerçekleştirdiği herhangi bir davranışının cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğunu belirtmek isteriz. Bu sebeple, failin cinsel arzu, güdü veya amaçla hareket etmesinin nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması açısından bir önem taşımayacağı ve suça yönelik davranışın failden bağımsız olarak cinsel olmasının yeterli olacağı ileri sürülebilir. Ancak verilen bu örnekler, icra ediliş şekli itibariyle ister istemez cinsel davranış veya cinsel içerikli davranış olarak kabul edilecektir. Burada itiraz, mağdurun vücuduna bu şekilde cisim sokan kişinin cinsel arzularını tatmin kastına sahip olmaması hallerinde çıkabilir ki, mağdura vajinal veya anal yollardan cisim sokulması, kanaatimizce beraberinde karine olarak bu hareketi bir cinsel davranış ve faildeki kastı da cinsel içerik taşımaya elverişli olarak nitelendirmede yeterli olacaktır. Bu noktada, failin kastının işkence veya mağduru yaralamak olduğunun kabulü halinde, ya TCK m. 44'e göre fikri içtima ya da fiillerin birbirinden ayrılması durumunda birbirinden bağımsız suçların varlığı gündeme gelebilecektir. Ancak failin, mağdurun ağzına ya da kulağına veya burnuna bir cisim veya organ sokması durumunda, somut olayın ortaya koyduğu özellikler ve failin sahip olduğu kastın araştırılıp incelenmesinden elde edilen sonuçlara göre bir karar varılması gerekecektir.

Suçun nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ ve sair bir cisim ithal edilmesi gerekir. Fail bu işlemi bir başkası vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Bu durumda iştirak hükümleri tatbik edilecektir. Cinsel saldırı suçunda failin kadın olabileceği durumlar olmakla birlikte, nitelikli cinsel saldırı suçunda kadın failin bir erkeği cinsel ilişkiye zorlaması ve aralarında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi durumunda nitelikli halin oluşup oluşmayacağı konusu tartışmalıdır. Kadın failin zorla erkekle cinsel ilişkiye girmesi halinde, erkeğin rızasının bulunduğu fikri ileri sürülebilir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Çünkü içinde "zorla" kelimesi olan bir ilişkinin rızaya dayalı olduğunu söylemek imkanı olamaz. Aksi düşüncede olanlara göre, burada cinsel saldırı suçunun basit hali oluşabilse de nitelikli hal gerçekleşmeyecektir. Çünkü nitelikli cinsel saldırı suçu, failin mağdura organ veya sair cismi ithal etmesi halinde oluşmaktadır. Kadının zorla erkeğin organını kendisine ithal etmesi gibi bir durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğu, ancak böyle bir durum olsa da suçun nitelikli halinin oluşmayacağı ve aksi halin suçun tipiklik unsuruna ve ka-

nunilik ilkesine aykırılık taşıyacağı söylenebilir. Kadının da zorla bir erkekle cinsel ilişkiye girebilmesi mümkündür. Özgür iradeyi ortadan kaldırmaya elverişli olacak şekilde zorla veya tehditle erkeğin organını vücuduna ithal ettiren kadının fiili nitelikli cinsel saldırı suçu sayılır ve suçun kanunilik unsurunu da bozmaz. Çünkü 102. maddenin ikinci fıkrasında, “fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle” denilmekte, fakat burada kadından veya fiilin icrasında mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulan kişi olmasından bahsedilmemektedir. Fail, “sokma” eylemi bakımından aktif veya pasif durumda olabilir. Bu fark, suçun nitelikli cinsel saldırı suçu sayılmasının etkilemeyecektir. Kaldı ki, vücuda organ veya cisim sokulabilmesi için erkek olmaya da gerek bulunmamaktadır. Kadınlar da parmak, dil gibi organların yanında, cisim kullanmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçu işleyebilirler.

Nitelikli cinsel saldırı suçunda, vücuda ithal edilen organ, penis, parmak veya dil olabileceği gibi, sair cisim olarak meyve, şişe, cop da olabilir. Ancak Yargıtay, cinsel amaçla da olsa failin ağzına parmaklarını sokması veya dilini okşaması şeklindeki eylemi basit cinsel saldırı olarak değerlendirmiştir⁸. Kişinin parmağını bir başkasının ağzına sokması bile cinsel tatmin amacına yönelik olup, mağdurun vücuduna bir organ sokulması suretiyle vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğinde sayılabilir. Bu sebeple, sözkonusu fiilin basit cinsel saldırı kapsamında değil de, nitelikli cinsel saldırı kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği düşünülebilir. Burada kanun koyucunun 102. maddenin ikinci fıkrası ile neyi amaçladığının tespiti önemli olmakla birlikte, bu noktadaki yorumu genişletip kıyas yapmak da hukuka aykırıdır (TCK m. 2/3). Ayrıca, parmağın sadece ağza sokulması nitelikli cinsel saldırı suçu sayıldığında, fail hakkında ağır bir cezanın uygulanması gündeme gelebilecektir ki, bu ceza adalet duygusunu ve vicdanları rahatsız edebilecektir.

Nitelikli cinsel saldırı suçunun takibi şikayete bağlı tutulmamıştır. Savcılık makamı bu suçla ilgili ceza soruşturmasını, ihbar veya şikayet üzerine ya da re’sen başlatabilecektir.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs mümkündür. Fail

⁸ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 298.

nitelikli cinsel istismar suçu işleme kastı ile icra hareketlerine başlamış ve elinde olmayan sebeplerle icra hareketini tamamlayamamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Fail icra hareketlerine başlamış, ancak kendi iradesi ile bu hareketlerden vazgeçmişse, teşebbüsün şartlarından biri oluşmayacağından faile ceza vermek mümkün olmayacaktır. Ancak, vazgeçme anına kadar yaptığı icra hareketleri başlı başına bir suç teşkil ettiği takdirde, bu suçun cezasının verilmesiyle⁹ yetinilecektir. Suça teşebbüsün tespit edilebilmesi için, failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işleme kastı ile hareket edip etmediğinin, vasıtadaki elverişliliğin ve icra hareketlerinin suça teşebbüsü tereddütsüz ortaya konulması gerekmektedir. Failin cinsel organ veya sair bir cismin bir kişiye ithal etme kastı ile hareket edip bu kişiyi rızası olmaksızın soyduğu ve vücut dokunulmazlığını ihmal ettiği bir durumda, kendi iradesi ile organ veya sair bir cismi kişiye ithal etmekten vazgeçmişse, bu halde fail yalnızca basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır. Ancak failin, kendi iradesi ile değil de elinde olmayan sebeplerle, örneğin iktidarsızlıktan veya mağdurun kaçmasından, organ veya sair bir cismi mağdura ithal edemediği durumlarda nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan cezalandırılacağını söylemek isabetli olacaktır.

Cinsel saldırı suçunun “ensest” vakası olarak gerçekleşmesi hali, TCK m. 102/3-c hükmünde düzenlenmiştir. TCK m. 102/3-c’ye göre, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde temel ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu düzenleme yerinde gözüküp, ensest şeklinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunun, cezanın artırılma sebebi olarak düzenlenmesinin gerekçesi olarak, aileye duyulan güvenin yüksek miktarda sarsılması gösterilebilir. İnsanın sosyolojik olarak en güven duyduğu müesseselerden birisi olan ailede meydana gelen ve kişiyi en derin şekilde etkileyen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen cinsel saldırı suçunun insanda hiçbir zaman tamir edilemeyecek üzüntülere sebep olabileceğini belirtmek isteriz. Bu olumsuz etkinin hukuki bir sonucu olarak da cezanın yarı oranında artırılması kimileri için yetersiz gözükse de objektif açıdan bakıldığında korunan hukuki yarar ve fiilin ağırlığı ile paralel bir düzenleme olarak gözükmektedir.

⁹ Sulhi Dönmezer -Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 11. Bası, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 451.

Ensest olarak cinsel saldırı suçu işlendiğinde, artırım sebebinin uygulanması için, failin hısımlık ilişkisinin varlığını bilmesi ve bu ilişkinin varlığından faydalanmak suretiyle eylemi gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Ensest olarak cinsel saldırı suçu, anne, baba, dede, anneanne veya babaanne, büyük dede, büyük anneanne veya babaanne, çocuk, torun, torunun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca, hala, teyzeye karşı işlenebilecektir. Ayrıca, aynı uzaklıkta kayın hısımlığı için de artırım nedeni uygulanacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 18. maddesine göre, eşlerden birisi ile diğer eşin kan kısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz. Bu düzenleme uyarınca evlilik sona erse bile kayın hısımlığının devam ettiği düşünülecek olsa da, CMK m. 45'te tanıklıktan çekinebilecek haller sayılırken "evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi" ibaresine yer verildiğinden veya ensest ilişkinin temelini oluşturan müesseseden "evlenme engelleri" sayılırken "kayın hısımlığı meydana getirmiş evlilik sona erse bile" ibaresine yer verildiğinden, kanun koyucu cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m. 102'de de benzer bir ifadeye yer verebilirdi. Evlilik sona erdiğinde ortada bir aile kalmadığından, aile içindeki güvenin sarsılmasından yola çıkılarak düzenlenen aile içindeki cinsel saldırı suçunun, varsayılan kayın hısımlığını da kapsadığını ileri sürmek isabetli değildir. Bu sebeple kanun koyucu, evlilik bağının son bulması halini dikkate almamıştır. Evlilik bağı olmadığı veya son bulduğu halde bunu var olduğunu zanneden failin hataya düştüğü kabul edilecek ve ağırlaştırıcı sebep failin aleyhine uygulama alanı bulamayacaktır.

Ayrıca, ensest şeklindeki cinsel saldırı suçu evlatlık ilişkisi içinde de geçerlidir. Evlat edinme, bir evlatlığın aile tarafından korunmasını, bakılmasını ve tanınmasını öngörmektedir. Böyle bir durumda kişinin aileye duyduğu güven hukuki yarar korunmalıdır. Aile ilişkisinin istismar edilmesi ile işlenen cinsel saldırı suçunun cezalandırılmasının yine artırım görmesi yerinde bir düzenlemedir. Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinin ikinci fıkrasına göre, evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi gerekir. Bu durumda aynı her ailedeki bireyler gibi evlat edinenin de aile içinde kendini güvende hissetmesi ve korunması gerekmektedir.

2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu Kapsamında

“Çocukların cinsel istismarı” başlıklı Türk Ceza Kanunu m. 103’de, 102. maddedeki gibi “cinsel saldırı” ifadesine değil, “cinsel istismar” ifadesine yer verilmiştir. Cinsel saldırı suçu erişkin kişilere karşı rıza dışında gerçekleştirilebilen bir suç olup, çocukların cinsel istismarı suçu çocuklara karşı, yani rızanın önem teşkil etmediği kişilere yönelik işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun oluşması için mağdurun rızasının olmaması gerekmektedir. Bu sebeple, TCK m. 103’de cinsel istismar ifadesinin kullanılması isabetlidir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlayıp da fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların rızasının varlığı ya da yokluğu aranmamaktadır. TCK m. 103/1-b uyarınca, bu çocuklar dışındaki diğer çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir sebeple yani bir nevi kandırılmak suretiyle cinsel istismara uğramaları halinde, cinsel istismar suçu oluşacak ve TCK m. 103/1-b tatbik edilecektir.

15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocuğun rızası ile cinsel ilişkide bulunması halinde, fail yönünden çocuğun cinsel istismarı suçu gündeme gelmeyecek, TCK m. 104’de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Böylece, 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocukların rızalarının olması halinde, cinsel ilişki olmaksızın gerçekleşen cinsel içerikli davranışların cezalandırılmayacağını ifade etmek isteriz. Kanun’un bu şekildeki düzenlemesinin yerinde bir düzenleme olmadığına yukarıdaki açıklamalarımızda yer vermiştik. Ayrıca, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin tespiti konusunun hukuki açıdan ihtilafa yol açabileceğini ve kolay olmayacağını da ifade etmek isteriz. Buradaki şikayet hakkının kime ait olacağı, yalnızca fiilin icra tarihinde 15 yaşını tamamlamış çocuğa mı, yoksa yalnızca onun veli veya vasisine mi ya da çocukla birlikte veli veya vasiye mi ya da her iki tarafa da ayrı mı ait olup kullanılabileceği tartışılabilir ki, kanaatimizce şikayet hakkı aynı anda çocuğa, veli veya

vasiye aittir. Bu şikayet hakkı sayılan herkes tarafından kullanılabilir ve kim kullanmışsa şikayetten de sadece o vazgeçebilir.

Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, çocukların cinsel istismarı suçunda da faile bakılmaksızın davranışın cinsel nitelikte olması yeterli olup, cinsel arzusunun tatmin edilmiş olması gerekmemektedir. Ancak davranışın kapsamı, 102. maddeye göre farklı şekilde düzenlenmiştir. TCK m. 103/1-a'ya göre, her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında yer almaktadır. "Her türlü cinsel davranış" ifadesi doktrinde tartışmaya sebep olsa da, fiziki davranışların yanında, çocuklara karşı gerçekleştirilen söz atma, sarkıntılık yapma, cinsel organ gösterme gibi cinsel taciz niteliğindeki fiillerin de bu hüküm kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılacağı düşünülebilir. Bu düşünceye göre kanun koyucu bu görüşü benimsemese idi, "her türlü cinsel davranış" yerine, "vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü cinsel davranış" ibaresine yer verirdi. Ancak Yargıtay içtihatlarında bunun tersi bir uygulama öngörülmüştür. Yargıtay, failin yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı durumlarda cinsel taciz suçunun oluşacağına işaret etmiştir¹⁰. Kanun hükmünde, çocuklara karşı işlenen her türlü davranışın TCK m. 103 uyarınca cezalandırılacağı öngörülmüştür. O halde, çocuklara karşı TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz kapsamında gerçekleşen fiillerin TCK m. 103 kapsamında cezalandırılması gerektiği savunulabilir. Böylece TCK m. 105'in, sadece erişkin olan kimselere gerçekleştirilen cinsel taciz fiillerinin cezalandırılmasını hüküm altına aldığı düşünülebilir. Bu düşünceye, çocuğa yönelik cinsel taciz hareketinin ağırlığını gözardı ederek veya çocuğun vücuduna hiç temas olmaksızın yapılan cinsel taciz hareketlerini cinsel istismar kabul ederek katılmak, adalet duygusunu ve vicdanları rahatsız edebilecek cezaların failler hakkında tatbikini gündeme getirebilecektir. Bu sebeple, çocuğa yönelik cinsel

¹⁰ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 294. "Sanığın olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı dikkate alındığında, eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK. nun 105/1. ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, suç niteliğinde yamılgıya düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 06. 05. 2009 tarih ve 2009/5763-5363 sayılı kararı).

tacizi 103. madde kapsamında saymamak, 105. madde içinde değerlendirmek isabetli olacaktır. Ancak 105. maddeye, mağdurun çocuk olması yönünden ağırlaştırıcı neden eklenmesi yerinde olacaktır. Bu yolla, cinsel saldırı ve cinsel istismar ile cinsel taciz arasında mağdurun vücuduna temasla ilgili konulan ince çizgi de ihlal edilmemiş olacaktır. Çünkü vücuda temasla ilgili cinsel içerikli hareketlerin kapsamı oldukça geniş ve hareket sayısı da bir o kadar fazladır. Bu alanı daha genişletmek, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının tatbik sahasının macını aşacak şekilde uygulanmasına yol açacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçu şikayete bağlı bir suç olmayıp, savcılık makamı tarafından soruşturulması ve kovuşturulması ihbar veya şikayet üzerine ya da re'sen yapılabilecektir.

Çocukların cinsel istismarının mağduru, kadın veya erkek olabilmektedir. Çalışmanın konusu olan “ensest mağduru olan kadın” kapsamında “kadın” ifadesinin geniş anlamda kullanıldığını ve çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olan kız çocuğunun da kadın kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz. Ensest mağduru olan kadını kapsayan düzenleme, TCK m. 103'ün üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre, mağdur ile fail arasında belirli bir akrabalık bağı bulunması nitelikli hal olarak sayılmıştır.

TCK m. 103/3'e göre, “Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır”. Çocuklara karşı cinsel istismar eylemi, anne, baba, dede, annanne veya babaanne, büyük dede, büyük annanne veya babaanne, kardeş, dayı, amca, hala, teyze tarafından işlenirse, TCK m. 103/3 hükmü tatbik edilecektir. Ayrıca, madde kapsamına üvey baba ile evlat edinen de alınmıştır. Ancak bu düzenlemenin, üvey babayı kapsayıp üveyi anneyi kapsamaması sebebiyle hatalı olduğunu ifade etmek isteriz. Bu düzenlemenin, üvey annenin aile ilişkisini kötüye kullanmayacağı düşüncesinden hareketle yapılmış olabileceği düşünülebilir. Aile ilişkisinde kadının veya annenin rolü elbette çok daha güvenilir gözükür. Ancak, bunun her aile

ilişkisinde geçerli olmayabileceğinin gözönüne alınması gerekir. Annenin aile içindeki rolü dikkate alınmak suretiyle böyle bir düzenleme yapıldığı tahmini karşısında, aksine böyle bir düzenlemenin üvey anenin çocuğa karşı daha kolay cinsel istismar fiilini işlemesine yol açabileceğini de belirtmek isteriz. Encest mağdurlarından olan kadının bir üvey anne tarafından da cinsel istismara uğrayabileceği ve aile içinde bir kadının üvey anneye duyduğu güvenin çok daha güçlü olabileceği gözönüne alındığında, “üvey anne” ibaresinin nitelikli hal kapsamında bulunmamasının ne kadar hatalı olduğu tespit edilebilmektedir. Bu sebeple, Kanun maddesinin bir an evvel üvey anneyi de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir başka eleştiri olarak, cinsel saldırı suçunda fiilin kayın hısımları tarafından gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişken, kayın hısımları tarafından çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bu tutarsızlık, çocukların korunmaya, geliştirilmeye ve bakılmaya daha muhtaç oldukları gözönüne alındığında, düzeltilmesi yerinde olabilecek bir başka hususa daha işaret etmektedir.

3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Kapsamında

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 15 yaşını tamamlamış olan çocukla cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunmak olarak tanımlanmıştır. Bu suçlarla korunmaya çalışılan değer, kişinin cinsel özgürlüğü, yani cinsel tercih hakkıdır. Ancak bu madde ile 15 yaşını tamamlamış çocuğun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeteri kadar bulunmadığı ve bu yaş aralığında varsayılan cebrin bulunduğu yorumundan hareketle çocuğun korunması amaçlanmıştır. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması da şikayete bağlı olduğu için ve çocuğun cinsel özgürlüğünü yönlendirme hakkının ihlal edilmesini bir nebze engelleyebileceği gözönüne alındığında, bu düzenlemenin yerinde olduğu ileri sürülebilir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, mağdurda “rıza”nın olup olmadığı konusunda ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir. Rızanın varlığı, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bir unsurudur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için sakatlanmamış rıza olmalıdır. Bu suçun mağduru olan kimsenin cinsel ilişkide rızası bulunmuyorsa, fail hakkında TCK m. 103/1-b tatbik edilecektir.

Madde başlığında geçen “reşit” ile maddede yer alan “15 yaşını tamamlamış çocuk” ifadeleri birbiri ile çelişmektedir. Bu çelişkili ifade sebebiyle, 18 yaşından küçük mağdurun Türk Medeni Kanunu hükümlerince ergin kılınması halinde suçun mağduru olup olamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre evlenme kişiyi ergin kılar ve Türk Medeni Kanunu’nun 12. maddesine göre, 15 yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir. Bu durumda “reşit” ifadesinin de ergin olma anlamına geldiği gerekçesinden hareketle, suçun mağduru- nun 18 yaşından küçük, 15 yaşını tamamlamış olması ve Türk Medeni Kanunu gereğince ergin kişi haline gelmemesi gerekmektedir.

Bu suçun işlenmesi için özel kast aranmaz, genel kastın varlığı yeterlidir. Ancak bu suç, taksirle işlenebilen bir suç da değildir. Bu suça yönelik kastın oluşabilmesi için failin, mağdurun 15 yaşının üstünde bir çocuk olduğunu bilmesi ve onunla cinsel ilişkiye girmeyi istemesi gerekmektedir. Ayrıca madde hükmünden, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde bu suçun oluşabileceği ve ancak cinsel ilişkinin kısmen veya tam olarak gerçekleştiği sırada failin kendisi dışında başka bir sebebin gerçekleşmesi ile fiili son bulmuşsa, suçun teşebbüs aşamasında kalabildiği net bir şekilde anlaşılabilmektedir.

“Cinsel ilişki” kavramı, kişiler arasında cinsel arzuların tatminine yönelik olan birleşmeyi ve teması ifade etmektedir. Madde gerekçesinde, cinsel ilişkinin kapsamına yer verilmemiştir. TCK m. 104 kapsamında ifade edilen cinsel ilişki de, cinsel arzuyu tatmin amacına bağlı olarak mağdur ile fail arasında vajinal, oral veya anal yoldan gerçekleşen ilişkiyi kapsamaktadır. Bu sebeple, yalnızca çiftleşmeyi sağlayacak bir birleşme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikayete bağlı bir suç olup, şikayet ancak suçun oluşmasından sonra yapılabilecektir. TCK m. 104’ün ikinci fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı hal ise, Anayasa Mahkemesi’nin 23. 11. 2005 tarih 2005/103 E. ve 2005/89 K. sayılı kararında “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu fıkra göre, fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırım yapılmakta idi. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında; *“faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza*

ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı" sonucuna varılmıştır. Yaş farkının cezayı belirleyici bir ölçü olmasının ve aynı suçun şikayete bağlılık açısından yaşa göre farklılık arz etmesinin eşitlik ilkesine ters düştüğünü, bu sebeple iptal kararının isabetli olduğunu da belirtmek isteriz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ağırlaştırıcı bir sebebi bulunmamaktadır. Enstest ilişkinin TCK m. 104 kapsamında gerçekleşmesi de ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Ancak, enstest ilişkinin mağduru olan birisinin 15 yaşından küçük ve ergin hale gelmemiş olması ve rızası ile faille cinsel ilişkide bulunması halinde TCK m. 104 hükmü tatbik edilecektir. Aile içindeki cinsel istismarın önlenmesi ve caydırıcılığının sağlanması açısından bu madde hükmünde de aile içinde gerçekleşen bu fiilin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

TCK m. 104 ile ilgili çalışmamızın başlangıcında yer verdiğimiz eleştiri ve açıklamalara burada atıf yapmakla yetinmekteyiz.

4. Cinsel Taciz Suçu Kapsamında

Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur". Maddenin gerekçesinde, cinsel tacizin cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmiştir. Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçlardan farklı olup, bu suçta kişinin vücut dokunulmazlığı herhangi bir şekilde ihlal edilmemekte, cinsel dokunulmazlık temas dışında söz, yazı veya benzeri şekillerde ihlale uğramaktadır.

Bu suçun faili herkes olabilmektedir. Mağdurun türüne göre ağırlaştırıcı bir sebep veya hal düzenlenmemiş olup, her birisi TCK m. 105/1 kapsamında değerlendirilecektir. Ancak failin çocuk olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden dolayı yaş küçüklüğünden dolayı cezanın indirilmesi gündeme gelecektir (TCK m. 31).

Çocuklara karşı TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz kapsamında gerçekleşen fiiller TCK m. 103 kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü TCK m. 103'de her türlü cinsel davranış, çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenmiş olup, bu davranışlar cinsel amaçlı olan cinsel taciz fiillerini de içerdiği söylenebilir. Ancak Yargıtay içtihatlarında bunun aksi yönünde bir uygulama görülmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere, cinsel taciz kapsamında kalan fiillerin mağduru çocuk da olsa TCK m. 103 değil, m. 105 kapsamında değerlendirilecektir. Uygulamanın isabetli olmadığı, Kanunun lafzından her türlü cinsel davranışın cinsel taciz fiilini de kapsadığı ve TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz suçunun mağdurunun çocuk olmayan kimseler olduğu düşünülebilir. Bu düşünceyi, cinsel taciz fiiline göre ağır ceza sorumluluğu öngörmesi nedeniyle eleştirdiğimizi, dolayısıyla bu konuda isabetli çözümün TCK m. 105'e mağdur çocuklar yönünden hüküm eklenmesinin isabetli olacağını belirtmek isteriz.

Cinsel taciz fiilinin cinsel amaçlı olarak gerçekleşmesi, vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikte olmaması ve mağduru rahatsız edici nitelikte olması gerekmektedir. Aksi halde, cinsel taciz suçunun unsurları oluşmayacaktır. Cinsel amaçlı olmayan taciz içerikli, örneğin karşı tarafı rencide etmek için yapılan el ve kol hareketleri veya söylenen kötü sözler, cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır¹¹. Fiilin cinsel amaçlı gerçekleşmesi suçun unsurlarından olup, fail açısından özel kastın cinsel amaçlı hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Fail cinsel amaçlı değil de, yalnızca kişileri rahatsız etmek amacıyla bir fiil işlemişse, o zaman cinsel taciz değil, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşacaktır. Cinsel amaçlı fiil, vücuda temas halinde gerçekleşmişse, burada cinsel taciz suçu değil, çocukların cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğinde olmayan cinsel amaçlı davranışlar; sözle sarkıntı-

¹¹ Osman Yaşar -Hasan Tahsin Gökcan -Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3458.

lık etmek, telefonda cinsel içerikli sözler söylemek, internet vasıtasıyla cinsel içerikli fotoğraflar göndermek, kişiye cinsel organını göstermek suretiyle gerçekleşmektedir. Bu davranışların mağdura ulaşmış olması gerekmektedir. Aksi halde, suç oluşmayacaktır. Örneğin, cinsel içerikli bir mektubun mağdura ulaşmayıp, annesine ulaşması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak veya cinsel taciz suçu neticesi harekete bitişik ani suçlardan sayıldığı takdirde, cinsel taciz suçunun olutuğundan da bahsedilemeyecektir. Ayrıca bu davranışların, ulaşan kişinin mağduriyetine yol açması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, mağdurun rencide edilmesini sağlayacak nitelikte bir davranış olması halinde cinsel taciz suçu oluşacaktır. Bu suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini hakim somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

Doktrinde, cinsel taciz suçunun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Cinsel taciz suçu kapsamındaki bir fiil bölünebilir nitelikte olup da fail bu davranışı elinde olmayan sebeplerle tamamlayamazsa, cinsel taciz suçu teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir. Örneğin, failin cinsel amaçlı olarak cinsel organını mağdura gösterme amacıyla başladığı davranışını elinde olmayan sebeplerle tamamlayamadığı durumda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bununla birlikte, cinsel taciz suçunun umumiyetle neticesi harekete bitişik suçlardan olduğu, bu sebeple de teşebbüse elverişli kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda, cinsel taciz suçunun teşebbüse elverişli olduğu da düşünülebilir ki, bu noktada somut olayın özelliklerine bakmak isabetli olacaktır.

Cinsel taciz suçunun ensest olarak, yani aile içinde işlenmesi 5377 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değişen TCK m. 105/2'de ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. 105. maddenin ikinci fıkrası, 5377 sayılı ve 29. 06. 2005 tarihli Kanun ile genişletilerek, eğitim ve öğretim ilişkisi ile aile içi ilişkiyi de kapsar hale getirilmiştir¹². TCK m. 105/2'ye göre, bu fiiller, aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlendiği takdirde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Kanun değişikliğinin, aile içi ilişkinin kötüye kullanılmasının ve aile içindeki şiddetin engellenmesi açısından isabetli olduğunu ancak, madde metninde aile içi ilişkinin kapsamı belirlenmediğinden değişikliğin eksik olduğunu da ifade etmek isteriz. Cinsel taciz suçunun soruşturulması

¹² <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1584/17171.pdf>, 24. 02. 2012.

ve kovuşturulmasının basit veya nitelikli haller arasında ayırım yapılmaksızın şikayete bağlı olduğu ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de aksine bir hüküm bulunmamaktadır. Suçun nitelikli halinin takibi, yani soruşturulup kovuşturulması yine şikayete bağlı kabul edilecek, fail hakkında yalnızca ceza artırıma gidilecektir.

Sonuç

Türk Ceza Kanunları açısından, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikah düşmeyen, yakın akraba olan kişilerin arasındaki cinsel davranışları kapsayan ensestini ayrı bir suç olarak düzenlenmediği, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar adı altındaki cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Ensest, bu suçlardan cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçlarında nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise, aile içinde gerçekleşen cinsel ilişki nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

TCK m. 103 uyarınca failin, 15 yaşını tamamlamamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan mağdurun rızası olsa bile mağdura cinsel davranışta bulunursa fiil cezalandırılacaktır. TCK m. 104’de failin, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış ve ergin sayılmamış mağdurun rızası ile mağdurla cinsel ilişkiye girmesi halinde cezalandırılacağı öngörülmüştür. Çalışmamızda incelenen bu dört suça bakıldığında, esas itibarıyla ensestini 18 yaşını tamamlamamış ve ergin sayılmamış kişilere karşı gerçekleşmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak 18 yaşını tamamlamış kişilerin maruz kaldığı ensest kapsamındaki cinsel davranışlar suç olarak düzenlenmediğinden, bu fiiller yalnızca mağdurun rızasının yokluğu halinde cezalandırılacaktır.

Türk Medeni Kanunu’nun evlenme yasaklılığı ile ilgili olan hükmünde dolaylı olarak ve Türk Ceza Kanunu’nun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen “ensest” konusunun, Ülkemiz kanunlarında çok kapsamlı ve işlevsel bir şekilde düzenlenmemiştir.

Türkiye’de ensest vakıalarının daha çok kadına yönelik olduğu ve toplumumuzun ataerkil bir yapıdan oluştuğu düşünüldüğünde,

asında problemin rıza bulunmaksızın kadına yönelik gerçekleşen ensest ile ilgili cezalandırılma sorunu değil, soruşturma evresine geçme aşamasının gerçekleşememe sorunu olduğu görülecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ensestin mağduru çocuklar ve daha çok 15 yaşını tamamlamamış kız ve erkek çocuklar olabilmektedir. Bunun sebebi, çocukların ve özellikle henüz akıl baliğ olmayan, korumasız ve sosyal ilişkilerinde yetişkinlere daha fazla ihtiyaç duyan 15 yaşını tamamlamamış kız veya erkek çocukların aile yaşamına duyduğu saf güven duygusunun, ailede bulunan yetişkinler tarafından istismar edilmesinden kaynaklanabilir. Bu nedenle, çalışmamızda “kadın” tanımı altında topladığımız kız çocuklarının ve hatta erkek çocuklarının ensestin asıl mağduru olduklarını belirtmek isabetli olacaktır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ensest mağdurlarından kadının, maruz kaldığı suça yönelik fiillerin kapsamını ve boyutunu tam olarak bilememesi, meseleyi ahlaki boyutta görüp, kendisini veya ailesini korumak için yaşadığı sorunu üçüncü kişilere taşımak istememesi ya da korkması, aile içinde cinsel dokunulmazlığını ihlal eden fiilleri adli makamlara taşıyamamasına yol açmaktadır. Bu sorunun çözümü, kadınlar ve enseste maruz kalanlar açısından kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlamayacak nitelikte belirli pozitif ayrımcı düzenlemeler getirilmek suretiyle de mümkün olabilir. Bunun için, en azından aile içinde gerçekleşen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete bağlı olmaktan çıkarılması ensesti azaltmak ve enseste ilişkin bilinci ortaya çıkarmak adına isabetli olacaktır. Böylece, aile içinde yaşanan cinsel ilişkinin takibi re’sen de yapılabilecek hale gelir ve cinsel dokunulmazlık bir nebze daha korunabilir. Ayrıca, ataerkil toplum içerisinde yaşayan kadınların, yaşadıkları ensest deneyimleri yargıya taşımaması ve ahlaken bunu yanlış görmesi de, enseste yönelik gerçekleşen suçların karanlık alan içinde kalmasını sağlamaktadır. Aile bireyleri ensest konusunun yargıya taşınmamasını bir sorun olarak görmeyip, sorunun ahlaki boyutunu daha fazla önemsemekte ve kendi içlerinde yaşamaktadırlar¹³. Böylece, ülkemizde veya dünyada ne kadar ensest vakıası olup olmadığı tam olarak bilinmemektedir. Enseste dair olguların yargıya taşınmamasının sebeplerinin ortaya çıkarılması ve bu konuda kamuoyu duyarlılığının artırılması için çalışmalar yapılması her zaman mümkündür.

¹³ Alanur Çavlin Bozbeyoğlu, Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak, Nüfusbilim Derneği, 1. Bası, Ankara, 2009.