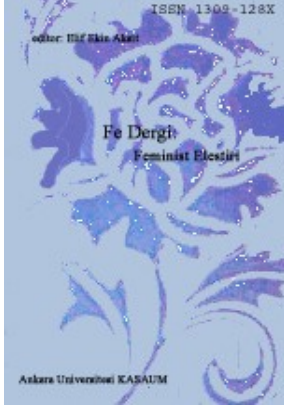


Yayınlayan: Ankara Üniversitesi KASAUM
Adres: Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Cebeci 06590 Ankara



Fe Dergi: Feminist Eleştiri Cilt 5, Sayı 1
Erişim bilgileri, makale sunumu ve ayrıntılar için:
<http://cins.ankara.edu.tr/>

Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu

Seher Kırbaş Canikoğlu

Çevrimiçi yayına başlama tarihi: 15 Haziran 2013

Bu makaleyi alıntılar için: Seher Kırbaş Canikoğlu , “Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu,” *Fe Dergi* 5, no. 1 (2013), 61-73.

URL: http://cins.ankara.edu.tr/9_7.html

Bu eser akademik faaliyetlerde ve referans verilerek kullanılabilir. Hiçbir şekilde izin alınmaksızın çoğaltılamaz.

Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu *Seher Kırbuş Canikoğlu**

Türkiye'de cinsel şiddet konusu, özellikle son yıllarda mahkemelerde verilen adaletsiz kararlar üzerinden sıkça tartışılmaktadır. Cinsel suçlara maruz kaldığı için devlete başvuran mağdurlar, çoğunlukla da kadınlar, yargı sürecinin kendileri için ikinci kez travmatize edici olduğundan ve genellikle şikayetlerinin takipsizlik ya da sanıkların beraati ile sonuçlandığından yakınmaktadır ve bu tip haberler medyada sık sık yer almaktadır.

2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu ile cinsel suçlar konusunda yasal düzenlemeler anlamında ortaya konan olumlu gelişmelere karşın neden halen kamuoyunda tartışılan kararların verildiği konusu üzerinde hassasiyetle durulması gereklidir.

Feminist kuramcılar genel olarak kadına yönelik şiddeti, özel olarak da kadına yönelik cinsel şiddeti, erkeğin kadın üzerinde tahakküm kurmasının ve kadını baskı altına almasının yollarından birisi olarak varsaymakta ve temellerini patriyarkadan aldığına inanmaktadırlar. Bu sebeple de sorunun, hukuki-cezai bir sorun olmaktan çok politik bir sorun olduğu söylenebilir. Bu yüzden, şiddetin kadın ve erkek arasındaki eşitsizlik ilişkisinin bir sonucu olduğu, cinselliğin ve cinsel şiddet ile cinsellik ayrımının da eril bir gözle değerlendirildiği, bunun ise mağdurların durumlarını anlama konusunda önemli bir engel olduğu, yargı mensuplarının da bu değerlerden azade tutulamayacağına tespiti; bu konuda yapılan tüm tartışmalar için önemli bir çıkış noktası olmalıdır.

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'ndaki cinsel saldırı suçunun unsurları incelenirken bütün yasal gelişmelere rağmen yasa yorumu ve somut olay değerlendirmelerinin neden adaletsiz ve cinsiyetçi yapıldığı konusu irdelenmiş; buna cevap bulunmaya ve bu konuda çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Suçlar, Cinsel Saldırı, Cinsel Şiddet, Türk Ceza Kanunu, Feminist Hukuk.

Sexual Assault in Turkish Criminal Law in Feminist Perspective

Sexual violence topic has been discussed in Turkey by the means of unfair court decisions during the recent years. Victims of sexual crimes complain about the judicial procedures being traumatizing and the processes resulting in exculpation or nolle prosequi.

Despite the positive improvements in terms of sexual crimes with the amendments in Turkish Criminal Law in 2005, the reasons why the judicial processes and decisions are so controversial in public opinion, should be investigated.

Feminist theoreticians believe that violence against women, especially sexual violence, which is based on patriarchy, is one of the means men use to dominate and exercise control on women. So it can be considered that, this problem is more political than juridical or criminal. So, the awareness of violence being the result of unequal relations between men and women, sexuality and the difference between sexuality and sexual violence being evaluated by a masculine view and that the judicial authorities cannot be free of those common social values; should be taken as an important starting point of these discussions.

The article discusses the reasons of unfair and gendered comments, applications and evaluations executed for the sexual assault crime cases despite the legal improvements in Turkish Criminal Law while focusing on the elements of the crime.

Keywords: Sexual Crimes, Sexual Assault, Sexual Violence, Turkish Criminal Law, Feminist Legal Theory

* Avukat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

Giriş

Feminist kuramcılar genel olarak kadına yönelik şiddeti, özel olarak da kadına yönelik cinsel şiddeti, erkeğin kadın üzerinde tahakküm kurmasının ve kadını baskı altına almasının yollarından birisi olarak varsaymakta ve temellerini patriyarkadan aldığına inanmaktadır. Teorik olarak erkeklerin de cinsel şiddetin mağduru olabildiği, hatta aynı cinsten bireylerin birbirlerine karşı bu şiddeti uygulayabildiği görülse ve kabul edilse de, esas olarak kadınların bu şiddet biçiminin mağduru olduğu istatistiklerle sabittir. Bu sebeplerle de kadına yönelik şiddet hukuki-cezai bir sorun olmaktan çok, politik bir sorundur. Kadına yönelik şiddetin diğer türlerinde olduğu gibi cinsel şiddet sorununun da politik yönü görmezden gelindiği ve bu sorun hukuki ve cezai bir soruna indirildiği için, yasal düzenlemeler de çözüm üretmek yerine ayrı bir ayrımcılık ve şiddet biçimi olagelmıştır. Bunun en acı örneği olarak eski Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda cinsel suçların düzenlenişini gösterebiliriz.

Cinsel suçlar dönemin siyasi ruhuna, topluma egemen olan geleneklere, kültüre göre farklı tanımlamaları yapılan suçlardır. Diğer birçok suç düzenlemesi gibi cinsel saldırı suçu düzenlemesi de soyut bir düzenleme olduğundan uygulama sırasında yasa maddesi uygulayıcı tarafından öznel bir biçimde yorumlanarak somut olaya uygulanmaktadır. Bu yüzden, ülkeler arasında ve aynı ülkede zamana ve mekana göre yeknesak bir uygulama ve düzenleme sağlanabildiğinden bahsedilemez. Cinsellik sadece Türkiye'de değil, tüm dünyada tabu bir konu olduğundan cinsel şiddet konusu da bir nevi tabu olmuştur. Bu durum aynı zamanda neyin cinsellik, neyin cinsel şiddet olduğu ayrımı konusunda hem bireylerde hem toplumlarda hem de devletlerde kafa karışıklığına yol açmaktadır.

“Ceza hukuku, devletin toplumda düzeni ve güveni sağlama konusunda en önemli ve etkin araçlarından birisidir. Böylece hukukun birinci amacı, bireylerin her türlü saldırılara karşı korunması, yaşamlarını güven ortamı içerisinde sürdürmelerinin teminidir. İkinci olarak, hukukun toplumsal düzeni sağlama işlevi de bulunmaktadır. Düzenin varolabilmesi için, bir takım ödevler, yükümlülükler, sınırlamalar ve düzeni bozucu davranışlara yönelik yaptırımlar kaçınılmazdır.”¹

Devletin ve hukukun bu yükümlülükleri olmasına karşın Türkiye'de cinsel suçların yaygınlığının azaldığından, devletin önleme yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedemeyiz. Ayrıca cinsel suçlara maruz kaldığı için devlete başvuran mağdurlar/kadınlar, yargı sürecinin kendileri için ikinci kez travmatize edici olduğundan ve genellikle şikayetlerinin takipsizlik ya da sanıkların beraati ile sonuçlandığından yakınmakta ve bu tip haberler medyada sık sık yer almaktadır.

Bu makalede Türkiye'de neden yargı ile cinsel saldırı mağdurları/kadınlar arasında bu tip bir iletişimsizlik olduğu, neden genellikle cinsel saldırı şikayetlerinin takipsizlik veya sanığın beraati ile sonuçlandığı, TCK'nın cinsel saldırı suçu² düzenlemesi ve bu düzenlemenin doktrin ve uygulamada nasıl yorumlandığı ve uygulandığı konusu feminist bir perspektiften değerlendirilecektir.

Cinsel Saldırı Suçu

Genel Olarak

5237 sayılı yeni TCK ile eski TCK'de, cinsel suçların düzenlendikleri yer ve ilgili maddelerin korudukları hukuki yarar farklıdır. Eski TCK'de cinsel suçlar “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” bölüm başlığı altında düzenlenmişken, yeni TCK'de “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”ın içinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile cinsel suçlar aileyi ve genel ahlakı ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarılmış ve böylelikle cinselliği kişisel bir özgürlük değeri olarak gören ve toplumu ve aileyi değil; doğrudan kişinin kendisini merkeze alan ve onun özgürlüğünü ön plana çıkaran bir anlayışa geçiş yapılmıştır. Eski TCK'de bir kadına tecavüz etmek sadece ona yönelik bir saldırı değil; aynı zamanda diğer aile bireylerinin de aile değerlerine bir saldırı olarak kabul edilirken yeni TCK'de cinsel suçlar düzenlemesi ile korunan hukuki değer, kişilerin bizzat kendi cinsel dokunulmazlığı ve özgürlükleridir. Bu bakımdan düzenleme, bireylerin/özellikle kadınların bedenlerinin kendilerine ait olduğu ve aileye, eşe ve topluma ait bir nesne olarak kabul edilmediğinin göstergesi olması bakımından önemlidir. Ayrıca eski TCK'de yer alan birçok cinsiyetçi ifade, yeni TCK'den çıkarılmıştır. Yeni düzenlemede, cinsel saldırıya uğrayan kişinin evli olup olmadığına ya da

bakire olup olmadığına bakılmaksızın bütün mağdurların cinsel özgürlük değerine aynı derecede önem verildiği gösterilmiştir.

Düzenleme ile getirilen bütün bu iyileştirmelere karşın cinsel saldırı davalarında tam bir adaletin sağlanabildiğinden bahsedebilmek mümkün değildir. Mağdurlar şikayetlerinin gereği gibi dikkate alınmadığından, fail yerine kendilerinin yargılandığından, failerin genellikle cezasız kaldıklarından şikayet etmekte ve bu durum da adalete olan güveni zedelemektedir. Toplumda yaygınlaşan, yargının fail lehine yorum yaptığı önyargısı birçok cinsel saldırı vakasının yargıya başvuru dahi olmadan kapanmasına sebep olmaktadır. Takip eden başlıklarda TCK'deki cinsel saldırı suçunun unsurları incelenirken bu durumun sebebi açıklanmaya çalışılacaktır.

Suçun Maddi Unsurları

Fiil (Eylem)

TCK'nın, cinsel saldırı suçunun basit şeklini, kişilerin vücut dokunulmazlığının cinsel davranışlarla ihlal edilmesi oluşturur. Kanunun "cinsel davranışlar" şeklinde ifade ettiği suç oluşturduğu eylemin kapsamına nelerin girip girmeyeceği konusu, doktrin içerisinde ve uygulamada farklı yorumların ortaya çıkmasına ve belirsizliklere yol açmaktadır.

Bu konuda,

"Suçla korunan hukuki menfaatin cinsel dokunulmazlık olması da göz önüne alındığında mağdura yönelmiş her hareketin bu suç oluşturmayacağı açıktır. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için yapılan davranışın "cinsel arzuları tatmin amacına yönelik" olması zorunludur."³

şeklinde yorumlar mevcuttur. Oysa ki; kanunun lafzında vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranıştan bahsedilmekte, ayrıca bir de cinsel arzuları tatmin amacıyla bu hareketin gerçekleştirilmesi gerektiğinden bahsedilmemektedir. Bunun yanında, kanun koyucu madde gerekçesinde "Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir." demektedir. Madde gerekçesi bu açıklaması ile maddenin uygulamasını kolaylaştırma amacını aşarak maddenin sınırlarını daraltacak bir düzenlemeye yol açmaktadır. Kanunun amacı, cinsel arzuları tatmin amacıyla söz konusu eylemi gerçekleştirmek koşulunu aramak olsaydı, cinsel taciz suçunda olduğu gibi, cinsel saldırı suçunu düzenlerken de söz konusu davranışın cinsel amaçlı gerçekleştirilmesi gerektiği ifadesini kullanabilirdi. Bunun yerine madde, cinsel davranışların hangi saikle yapılmış olduğuna bakılmaksızın cinsel saldırı suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Bunun sınırının daraltılması, ceza hukukunun belirlilik ilkesinin zedelenmesine yol açacaktır. Ayrıca failin saikin belirlenmesindeki güçlükler, birçok saldırı failinin cezasız kalmasının sebeplerindedir ve mağdurların ikinci kez mağduriyetine sebep olmaktadır.

Bu noktada karşımıza çıkan diğer bir sorun ise cinsel davranış kavramının kapsamının ne olması gerektiği konusundadır. Bazı hukukçular, "ilişki düzeyine varmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerin kastedildiğini"⁴ kabul etmiştir. Bu görüşte olan hukukçular, amacın cinsel olduğu durumlarda vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olmasının suçun oluşması için yeterli olduğunu söylerken davranış konusunda bir sınırlama getirmemektedirler.

Bazıları ise, 'bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali' olarak ifade edildiğine göre cinselliğin objektif olarak, vücutta dokunulan bölgeye göre belirlenmesi ya da nitelenmesi de olanaklıdır"⁴ demektedir. Bu görüştekiler,

"bir kadının kolunu tutmanın cinselliğin ifade biçimi veya şehvani bir davranışla vücut dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilemeyebileceğini, ancak kadının göğsüne ya da kalçasına dokunmanın vücut dokunulmazlığını ihlal olarak değerlendirilebileceğini"⁵

söylemişlerdir. Bu hukukçular davranışın cinsel olup olmadığını tespit etmekte objektiflik kriterinin kullanılması gerektiğini, yani toplumda cinsel davranış olduğu kabul edilen davranışların cinsel saldırı olarak kabul edilmesi gerektiğini, bunun dışında kalanların ise cinsel davranış olarak kabul edilemeyebileceğini söylemektedir. Ancak yine mağdurun fiili nasıl algıladığından çok, failin saikin ne olduğu ve toplumda neyin cinsel davranış olarak kabul edildiği konusuna odaklanarak suçun varlığının tespit edilmesi önerilmektedir. Kanun, kişilerin rızası hilafına vücut dokunulmazlıklarının cinsel davranışlarla ihlal edilmesini önleme amacını gütmektedir. Bu yüzden davranış değerlendirilirken mağdurun söz konusu davranışa yüklediği anlamın ne olduğu konusunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Mağdurun sadece koluna ya da bacağına dokunulmuş olması, bunun cinsel davranış

olmadığı sonucuna götürmeye yeterli değildir. Mağdur bu davranışı cinsel bir davranış şeklinde tanımlamış ise failin bu davranışının cinsel davranış olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Otobüsteki sıkışıklıktan faydalanarak mağdurun koluna ya da bacağına dokunan fail, bazı hukukçuların aramış olduğu biçimde cinsel arzularını tatmin etme amacı olmaksızın fakat mağduru cinsel olarak rahatsız etmek, aşağılamak, iktidarını hissettirmek amacıyla bu davranışı yaptığında, yine cinsel saldırıdan bahsetmek gerekecektir. Bu durumda mağdurun, failin davranışına yüklediği anlam öne çıkmaktadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, cinsel saldırı suçunda, cinsel taciz suçundan farklı olarak failin fiili “cinsel amaçla, cinsel saik veya güdülerle” gerçekleştirmiş olması şartının aranmadığıdır. Bu sebeple failin fiilin mağdur tarafından bir cinsel saldırı olarak tanımlandığı durumlarda, failin böyle olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Zira kanun vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışın hangi saikle yapıldığına bakılmayacağını zımni olarak söylemektedir. Bu durumda da mağdurca ya da toplum tarafından cinsel davranış olduğu kabul edilen fiilin, cinsel saldırı olarak kabul edileceğini söylemiş olur. Aksi durumda nitelikli cinsel saldırı ve mağdurun dudaklarının öpülmesi fiilleri dışında failin hangi saikle cinsel teması gerçekleştirmiş olduğu tespit edilemeyecek ve böylelikle birçok cinsel saldırı suçu cezasız kalacaktır.

Cinsel saldırıya zorlamak için mağdura cebir uygulanan fakat cinsel saldırı eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda olayın yaralama mı yoksa cinsel saldırı mı olarak değerlendirileceği konusunda,

“Seksüel hayranlık ile karşı cinse bakış, cinsel saldırıyı oluşturmaz. Keza failin, mağdurun veya failin kendisi üzerinde cinsel dokunma teşkil edecek hareketleri yapması için mağdura karşı cebir icra etmesi halinde de henüz cinsel saldırı oluşmaz, sadece cebir suçu oluşur.”⁶

şeklinde bir görüş mevcuttur. Cinsel davranış hakkında yapılan bu değerlendirme de, eril bir gözle yapılmıştır. Tecavüze zorlamak için kullanılan cebir de faille cinsel bir tatmin sağladığı ve mağdurları cinsel olarak aşağıladığı için, eylemin cinsel saldırı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden henüz “cinsel bir davranış” gerçekleşmediğinden bahisle tecavüze zorlamak için kullanılan cebri hareketlerin yaralama olarak değerlendirilmesi yanlış olacaktır. Bu durumu, koşulların olduğu durumlarda, cinsel saldırı suçuna teşebbüs olarak kabul etmek gerekecektir.

Suç düzenlemesi yapılan birinci fıkrada, eylemin mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmiş olması gerektiği açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak vücut dokunulmazlığının ihlalden bahsedildiği için, suçun oluşması için mağdurun rızasının olmaması gerektiği tartışmasıdır. Cebir ya da tehdit olmaksızın da suçun oluşması mümkündür. “Mağdurun ters yöndeki iradesini ortadan kaldıracak biçimde, eylemin sinsi ve hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesi durumunda rızanın varlığından söz edilemez.”⁷ Mağdurun görmeyeceği bir şekilde arkasından gelmekte olan failin hızlı bir biçimde mağdura dokunması olayında olduğu gibi, cebir, hile, tehdit olmadan ve hatta mağdurun fiil konusunda rızasının olup olmadığını beyan etme/gösterme fırsatı olmadan da bu suç işlenebilir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde yasaklanan fiil, vücuda organ veya cisim sokulmasıdır. Burada vücut sözcüğünden vücut boşluğu kastedilmektedir ve basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi mağdurun rızasının olmaması gerekmektedir.

Ayrıca yeni TCK’de eskisinden farklı olarak, her iki cinse karşı cinsel saldırı ve her türlü penetrasyonu içerecek şekilde vücuda organ ve sair cisim sokmak fiilleri cezalandırılmıştır. Bu da olumlu bir gelişme olmuştur. Zira eski yasa klasik anlamda bir cinsel birleşmeyi ağırlaştırma sebebi olarak kabul ederken onun kadar travmatize edici olan başka fiilleri görebilmekten ve aynı derecede cezalandırmaktan uzaktı. Oysa ki; vücuduna organ sokmak da bir cisim sokmak da mağdurun üzerinde aynı derecede yıpratıcı etki göstermektedir.

“Vücuda organ veya cisim sokulması bizzat fail tarafından yapılabileceği gibi, fail tarafından zorla, rızası bulunmayan mağdura da yaptırılabilir. Fail, üçüncü bir kişiye de yaptırılabilir. Bu durumda da suç oluşur ve iştirak hükümleri uygulanır.”⁸

“Acaba parmağın ağza sokulması durumunda da, bu suçun olduğu söylenebilecek midir? Madde gerekçesine bakıldığında, cinsel arzuları tatmin etme saikiyle failin hareket etmiş olması aranmayacağına göre, ilk bakışta bu soruya olumlu yanıt vermek gerektiği düşünülebilir. Ancak dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bu tür bir davranışın nitelikli cinsel saldırı sayılabilmesi için, failin kastının, davranışın cinselliğini de içermesi zorunludur. Kaldı ki, bu durumda davranışın objektif bakımdan cinsel nitelikli olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Diğer bir deyişle

nitelikli halin oluşması için, şehvet hislerini tatmin maksadı, artık aranmasa da yapılan davranışın objektif yapısı, içeriği itibarıyla “cinsel nitelikli” olması şarttır.”⁹

“Cinsel arzuların tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmayan parmak, cop ve sopanın ağıza sokulmasının, bu nitelikli hali oluşturduğundan söz edilemez.”¹⁰

Bu görüşlere katılmakla birlikte, ağıza parmak sokmak gibi davranışlar olayın özelliğine göre nitelikli cinsel saldırı olarak değerlendirilemese de basit cinsel saldırı olarak değerlendirilebilmesi gerektiği, tarafımızdan düşünülmektedir.

Fail – Mağdur

Kanunun lafzından cinsel saldırı suçunun failinin hem erkek hem de kadın olabileceği sonucu çıkmaktadır. Mağdur açısından da cinsiyet ayrımı söz konusu değildir; fakat mağdurun on sekiz yaşından büyük olması gereklidir. Zira mağdurun on sekiz yaşından küçük olduğu durumlarda, cinsel saldırıdan değil cinsel istismar suçundan bahsedilecektir. Fail ve mağdurun aynı cinsiyetten olabileceği, madde gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ayrıca kanun maddesi düzenlemede farklı cinslerden bahsetmemiş olduğundan, yine aynı cinsiyetteki kişilerin bu suçu birbirlerine karşı işleyebilecekleri sonucunu çıkarabiliriz.

Kanun herkesin bu suçun faili ve mağduru olabileceğini öngörmesine karşılık, toplum ve yargı, cinsiyetçi kalıp yargılarla ve hukuka aykırı bir biçimde “herkes” tanımını sınırlandırmaktadır. Toplum nezdinde ve hatta bazen yargıda, önemli ve hatırı sayılır kişilerin bu suçu işlemeyecekleri çok yaygın olan bir cinsiyetçi kabuldür.

“Bu varsayım, bu tür adamların istedikleri zaman ve istedikleri şekilde rızaya dayalı cinsel ilişkiler kurabilecekleri fikrine, bu fikir de tecavüzün asıl olarak cinsel nesneye ulaşamamaktan duyulan hoşnutsuzluğa bağlı olduğu varsayımına dayanıyor. Gerçekte güçlü adamlar tam da bu güç nedeniyle cinsel suçları işlemeye yatkın olabiliyorlar.”¹¹

Türkiye’nin gündemini uzun süredir işgal eden, sekiz kişinin tecavüzüne uğradığı iddiası ile şikayetçi olan kadının suç duyurusu hakkında savcı, “şüphelilerin Fethiye eşrafından olduğunu söyleyerek takipsizlik kararı vermiş, ancak kadın örgütlerinin ısrarlı takipleri sonucunda bu karar Kanunun Yararına Bozmaya gidilerek düzeltilmiştir.”¹²

Bu kalıp yargı sadece Türkiye’de değil, tüm dünyada karşımıza çıkmaktadır. Yine IMF eski Başkanı Dominique Strauss-Kahn’ın kaldığı otelde çalışan temizlik görevlisi bir kadına tecavüz ettiği medyaya yansıdığında, Strauss Kahn “şiddet içeren bir suç işlemek için fazla medeni’ olarak portrelenmiştir.”¹³

Tecavüz mağduru kadınlar ise davranış biçimlerine, giysi tercihlerine göre kategorize edilmekte, cinsel geçmişlerine göre değerlendirilmekte ve bazı kadınların egemen eril anlayışa aykırı oldukları durumlara göre, tecavüze maruz kalıp kalmadıklarına karar verilmektedir. Hukuka aykırı olan bu tip kalıp yargılar, kaynağını ataerkil paradigmadan almaktadır. Hukukun ve ceza hukukunun evrensel ve genel ilkeleri gereğince bir suç ihbarı değerlendirilirken failin ve mağdurun statüsüne bakılarak karar verilmemesi, her iki tarafın da iddialarına aynı derecede saygı gösterilerek, hukuka uygun delillere göre karar verilmesi gerekmektedir.

Teorik olarak, herkesin cinsel saldırı suçunun faili ve mağduru olabileceği konusunda bir tartışma olmamakla birlikte; evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirine karşı cinsel saldırı suçunun basit halini gerçekleştirip gerçekleştiremeyecekleri hakkında yapılan tartışmalarda da cinsiyetçi düşüncelerin açık izdüşümlerini görmek mümkündür.

Bir görüşe göre;

“TCK’nin 102/2. fıkrası ikinci cümlesi hükmü göz önüne alındığında, birinci fıkrası kapsamında yer alan suçun, eşler arasında işlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekmektedir. Birinci fıkrası kapsamına giren bir davranışın eşin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda, TCK’nin 232. maddesi açısından eylemin değerlendirilmesi gerekir.”^{14 15}

Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira yeni TCK’de, eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırıların şikayete tabi olduğu düzenlenmiştir. Diğer kişiler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırılar, şikayete tabi değildir. Böylelikle kanun tarafından nitelikli cinsel saldırı suçu için bir istisna ortaya konmuştur. Birinci fıkrada yer alan basit cinsel saldırı suçu için böyle bir istisnaya yer verilmemesi, bu suçun eşler arasında da oluşabileceği sonucunu doğurur. Ayrıca TCK eşler arasında basit nitelikli cinsel saldırıları düzenleme dışı bırakmış olsa idi, açık bir biçimde belirtmesi gerekirdi ki bu da, insan haklarını esas alan hiçbir hukuk devletinde kabul edilebilecek bir düzenleme olmazdı.

Evli kişileri kanunun kastettiği kişi tanımının dışında tutmamız için herhangi bir hukuki, insani, ahlaki ve çağdaş gerekçe bulunmamaktadır. Evlilik kurumu içerisinde de eşlerin birbirlerine karşı rızaları dışında temas edemeyeceklerinin kabulü, çağdaş hukukun uygulandığı her yerde geçerli olmalı ve evliliğin özellikle kadın bedeninin, diğer eşe mülkiyet hakkının devri şeklinde algılanması Roma hukukunda kalmalıdır.

“Yasada, bu davranışların eşlerden biri tarafından diğerine karşı gerçekleştirilmesi dahi cezalandırılmaktadır. Yasa koyucunun bu tercihi tartışmaya sebebiyet vermektedir. Çünkü evlilik birliği, eşleri hem sadakat hem de karşılıklı olarak cinsel arzuların tatmini ile yükümlü kılmaktadır.

Dolayısıyla bir kişinin eşinden cinsel ilişki talep etmesi 5237 s. TCK'nın 26(1) maddesi kapsamında hakkın icrası olarak da düşünülebilir.

Kanaatimizce, eşler arasında normal yoldan cinsel ilişki talepleri evlilik birliğinden kaynaklanan bir haktır. Bununla birlikte organ dışında cisimler sokularak gerçekleştirilen cinsel davranışlar veya rıza hilafına anal ilişki bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak yasa koyucu cinsel organ veya cisim yönünden bir ayırım gözetmediğinden evli kimsenin eşiyle rıza dışı ilişkisi de cezalandırılmaktadır.

Sadece, bu suçun takibi zarar gören eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.”¹⁶

Evlilik içi cinsel saldırı konusunda yapılan bu değerlendirmeler, kadına yönelik cinsel şiddetin ve ataerkil paradigmalarda toplumda ne kadar içselleştirildiği konusunda güzel bir örnektir. Makale yazarı, eşlerin evli oldukları sürece birbirlerinin “normal yoldan” cinsel ilişki taleplerini reddedemeyeceklerini, bunun hakkın icrası olduğunu, bu yüzden rıza dışı olsa da cinsel saldırının cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nokta da MacKinnon'un

“Bir kadının hangi sözde rıza kategorisine gireceği, tercihini belirtmek için ne yaptığına ya da ne söylediğine değil, onu isteyen erkekle olan ilişkisine bağlıdır. Temel örnek oluşturan kategoriler; kendileri ile her türlü yasal ilişkinin yasaklandığı evdeki bakire kızlar ve öteki genç kızlar ile hiçbir yasağın olmadığı orospudan farksız eşler ve fahişelerdir.”¹⁷

tespitinin doğruluğunu göstermektedir. Eşlerden birinin diğerinden cinsel ilişki talep edebilme hakkı olduğu kadar, diğerinin de koşulsuz olarak bu talebi reddetme hakkı vardır. Eşi tarafından cinsel talepleri reddedilen taraf, koşulları varsa boşanma talep edebilir; ancak hiçbir hukuk sistemi, talebi reddedilen eşe tecavüz hakkı veremez. Bir insanın bedenini onun rızası hilafına kullanma hakkı veren bir sözleşme türünün, herhangi bir çağdaş hukuk sisteminde yeri yoktur. Kanunun amacına da lafzına da her bakımdan aykırı olan ve cinsiyetçi zihniyeti ele veren bu yoruma katılmak mümkün değildir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise yukarıda da değindiğimiz gibi cinsel saldırı suçlarının mağdurunun her iki cinsten de olabileceği kabul edilse bile, genellikle kadın olmasıdır. Bu bakımdan cinsel saldırı suçunun çoğunlukla kadınlara karşı işlenen suçlar olarak değerlendirilmesi ve bu suça ilişkin düzenleme yaparken ve bu düzenlemeleri uygularken kadına yönelik ayrımcılık, erkeklerin kadınlar üzerindeki iktidarı ve ataerki sorunlarının göz ardı edilmemesi gerekliliği, suçun özelliği gereği ortaya çıkmaktadır.

Nitelikli cinsel saldırı suçu eşler arasında işlendiğinde, takibi şikayete bağlı tutulmuştur. Eş kavramı ile kastedilen Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre kurulmuş resmi evlilik birliğini oluşturan bireylerdir.

Kadının nitelikli cinsel saldırı suçu için fail olup olmayacağı konusunda;

“Suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi bakımından da fail ve mağdur herhangi bir kişi olabilir; suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden “organ sokma”nın bir kadın tarafından erkeğe karşı gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Fail kadının mağdur erkeği organ sokmaya zorlaması (örneğin, kadının, erkeği vajinasına penis sokması zorunda bırakması) durumunda ya da failin, mağduru kendi vücuduna cisim sokmaya zorlaması (örneğin, mağdurun kendi anüsüne cisim sokmaya zorlanması) durumunda, dolaylı faillik yoluyla 102/2'deki suç oluşabilir.”¹⁸

şeklinde ifade edilen yorumun, kanunun amacını aşan bir yorum olduğu düşüncesindeyim. Zira kanun, mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulmasından bahsetmektedir. Kadının kendi vücuduna zorla organ veya cisim sokulmasına neden olduğu durumlarda, koşulları varsa belki basit cinsel saldırı eyleminden bahsedilebilir.

Ancak bunun nitelikli cinsel saldırı olduğunu söylemek, ceza hukukunun genel hükümlerinde yasaklanan kıyas yasağını ihlal eder.

Suçun Manevi Unsuru

TCK'nin 21. maddesinde "kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir", şeklinde tanımlanmıştır. Öğreti ve uygulamada da kast, yasada öngörülmüş objektif suç unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanmaktadır.

"Fail cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmelidir. TCK'nın 102. maddesine ilişkin gerekçede de bu husus vurgulanmıştır. Eğer kişi cinsel saikle hareket etmemiş ise, somut olayın durumuna göre kasten yaralama (acı vermek amacıyla yanağın sıkılması, saçın çekilmesi) veya hakaret (aşağılamak amacıyla kişinin yüzüne hafif bir fiske vurulması) suçu oluşur."¹⁹

Kanun cinsel saldırı suçunda, failin cinsel güdülerle hareket etmesini değil; davranışlarının cinsellik taşıması gerektiğini açıklamıştır. Hem birinci fıkranın hem ikinci fıkranın oluşması için kastın varlığı yeterlidir. Failin cinsel güdülerle, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olması gerekmez. Failin davranışlarının, amaçlamamış olsa bile cinsel arzuları belirtir nitelikte olması yeterlidir. Kanun, "cinsel davranışlar" diyerek, davranışın nasıl olduğuna ve nasıl görüldüğüne vurgu yapmaktadır. Cinsel saldırıdan farklı olarak cinsel taciz suçu için kanun, "cinsel amaçla tacizden" bahsederek, özel saikle işlenmesi koşulunu aramıştır. Yani failin fiili bilerek ve isteyerek yapmasının yanında, ayrıca cinsel saiklerle ve güdülerle yapmış olması şartını da aramıştır. Örnek olarak bir polisin eylemci bir gencin ağzına cop sokması olayında, hangi saikle bu eylemi yaptığına bakılmadan, cinsel saldırı suçunu işlediği kabul edilebilecektir. Ancak aynı polis eylemcilere bakarak, cinsel organını kaşıya bu fiilin cinsel taciz suçu oluşturup oluşturmadığını söyleyebilmek için davranışını cinsel güdülerle mi yoksa eylemci grubu aşağılama amacıyla mı yaptığını bakmak gerekecektir. Zira kanun, cinsel tacizde hangi güdü ile hareket edildiğine bakılması gerektiğini söylemektedir.

Hukuka Aykırılık Unsuru

"Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuken meşru sayılan bir konuma getirirler."²⁰ Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için fiilin, mağdurun bilgisi ve iradesi dışında, diğer bir anlatımla rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerekir. Mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olup suçu ortadan kaldırır. Ancak mağdurun rızasının suçu ortadan kaldırması için, fiilden önce ya da en azından fiilin işlenmesi sırasında açıklanması gereklidir. Ayrıca mağdurun rızasının ne için ve ne ölçüde olduğu konusu önemlidir.

Cinsel suçlarda özellikle yetişkinler açısından mağdurun rızası, fiilin suç mu yoksa rızaya dayalı bir cinsel ilişki mi olduğunu belirlemede en temel ölçüdür. Ancak iki kişi arasında geçen cinsel ilişki ya da cinsel saldırıda rızanın olup olmadığını tespit etmek genellikle sorun olmaktadır. Bu noktada MacKinnon'un

"Tecavüzü eril cinsel terimlerle tanımladıktan sonra, kurbanın da sorunu haline gelen hukuk sorunu, özel bazı davalarda tecavüzü cinsel ilişkiden ayırabilmektedir. Tecavüz ve cinsel ilişki arasındaki sınır çizgisi ortak olarak kadının 'isteği' üzerine odaklanır. Ama sanık ya da yasa, bir kadının istekli olup olmadığını nasıl anlayacaktır? Bu sorununun bazı eyaletlerde halen geçerli olan cevabı zor kullanma, razı olmama ve direnç gösterme unsurlarının bileşimini içerir. Razi olmamak suçun yasal olarak saptanmasının bir unsuru olmadığında bile, jüriler tecavüze, zor kullanma ve direnç izleri üzerinden karar verirler."²¹

tespitinin sadece Amerika'da değil Türkiye için de doğru ve dikkate alınması gereken bir tespit olduğunu kabul etmeliyiz.

MacKinnon'un bu değerlendirmesi, ülkemizde halen geçerliliğini koruyan bir cinsiyetçi kalıp yargıyı ifade etmektedir. Mahkemelerde mağdur kadınlara cinsel saldırı sırasında bağırıp bağırmadıkları, direnç gösterip göstermedikleri, failin zor kullanıp kullanmadığı sorulmakta; fail zor kullandı ise mağdurun vücudunda darp ve cebrin izlerini görmek istemektedirler. Cinsel ilişkiyi cinsel saldırıdan ayırmak için, failin fiziki cebir kullanmasını bir koşul olarak aramaktadırlar. Mağdurların olayın şoku, korku ve çaresizlik ile tepki ve direnç gösteremedikleri, silahla tehdit edildikleri için direnç gösteremedikleri birçok tecavüz olayı yaşanmaktadır. Bu durumlarda mağdurun bağırması rızasının olduğunu göstermeyeceği gibi, vücudunda darp izlerinin olmaması da cinsel saldırının aslında bir cinsel ilişki olduğunu göstermemektedir.

"Efendisi tarafından sistemli bir şekilde ırzına geçilen Harriet Jacobs, tecavüzü anlatırken şöyle yazmıştır: 'İnsanın kendini teslim etmesi, zorlamaya baş eğmekten daha az aşağılayıcı'.²² MacKinnon'un verdiği örnekteki gibi bir psikoloji içerisinde saldırıya direnç göstermeyen/gösteremeyen birçok kadının da olduğu kabulü ile olayları değerlendirmek gerekmektedir. Cebirin olması meşru olanı gayrimeşru olandan ayırmada kolaylık sağlayan emarelerden olmakla birlikte, tek emare olarak kabul edilmemesi ve olayların öznellikleri göz önünde tutularak rıza değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir.

Mağdurun kendi isteğiyle (çok miktarda alkol ya da uyuşturucu alarak) ya da failin hilesiyle (mağdurun haberi olmaksızın uyuşturucu vererek) savunmasız bir duruma gelmesinden faydalanarak gerçekleşen savunmasızlık durumlarında da cebir varmış gibi değerlendirilerek cinsel saldırıdan bahsetmek gerekecektir. Yaklaşık on yıl önce Türkiye’de tartışılan ünlü bir manken/oyuncu kadına tecavüz vakasında manken kadın sevgilisi ile birlikte bir gece kulübünde eğlenirken kendini savunamayacak kadar sarhoş olmuş; sonrasında uyku halindeyken sevgilisinin tecavüzüne uğramış ve tecavüz görüntüleri aynı zamanda kameraya çekilerek ve bir süre sonra şantaj için piyasaya sürülmüştü. Bu olayda mahkemeler çok doğru bir biçimde failin eyleminin bir tecavüz olduğunu kabul etmişler ve cezalandırılmasına karar vermişlerdir. Bu karar, Türkiye’de bir mahkemede kadının kendi tercihi ile savunmasız kalması halinde de maruz kaldığı tecavüzün tecavüz olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir karardır. Elbette ki, bu olayda kadın örgütlerinin ve kamuoyunda oluşan baskının da etkisinin olduğunu gözden kaçırmamak lazım.

TCK açık olarak, mağdurun rızasını göstermediği bir durumda gerçekleşen fiillerde, rızanın olmadığını kabul etmektedir. Buradan hareketle feministlerin kadının beyanının esas alınması gerektiği söylemleri konusunda, en azından rıza bakımından kadının beyanının esas alınması gerektiğini söylemek mümkündür. Yani bu durumda kadın rızasının olmadığını değil, erkek kadının rızasının olduğunu ispatlamak durumundadır. Oysa uygulamada hakim ve savcılar kanunun kabulünün aksine mağdurun rızasının var olduğunu kabul etmekte ve olmadığını ispat külfetini mağdura yüklemektedirler. Bu yüzden de eğer darp ve cebir yoksa, rızanın varlığı yönünde kanaatlerini kullanmaktadırlar.

Geleneksel cinsiyetçi kalıp yargılara göre, kadınlar cinsel içerikli bir teklife hayır derken aslında evet demek istemektedirler. Bu yargıya göre; kadınlar eğer gerçekten hayır demek isterlerse o zaman çok daha şiddetli bir biçimde seslerini yükseltirler; hatta fiziksel olarak bir direnç gösterirler. Bu kabul sebebiyle mahkemeler kadınlardan rızalarının olmadığını göstermek için ne kadar direnç gösterdiklerini, ne kadar bağırdıklarını duymak ve bunları ispatlamalarını istemektedirler.

“Kadın ve erkek biyolojisi ve güç farklılıkları ortada iken, cinsel saldırıya uğrayan bir kadından ciddi bir “hayır” dışında bir de “dayak yemesini” beklemek, çağdaş gelişmelere aykırıdır. Kriminal psikolojik veriler, özellikle ciddi korkunun mağdurlar üzerinde yarattığı dondurucu şok etkisi ile mağdurların “isteneni ve denileni yapma” eğilimine girdiğini göstermektedir. Erkeklerin direnç kavramını öğrenerek sosyalleştikleri, oysa kadınların itaat ve sessizlik için kodlandıkları ve böyle yetiştirildiklerinin unutulmamasında yarar vardır. Temel hürriyet değerlerine saldırıda bulunulan sıradan bir erkek, sosyalleşmesi sürecinde öğrendiği davranış kalıpları içinde, bedensel direnç gösterebilir. Ancak şiddeti tanımayan ya da daha az tanıyan ve daha az içselleştirmiş, hatta şiddete nasıl başvuracağını bilmeyen, bunu öğrenmemiş sıradan kadın için; direnç kavramı da farklı algılanmalıdır.”²³

Yasanın yorumundan mağdurun rızasızlığını ispatlaması gerektiği konusunda herhangi bir sonuç çıkmadığı halde, rıza olup olmadığının tespiti için cebrin olduğunu ispat zorunda bırakılması, çoğu yasa uygulayıcının cinsel saldırı suçları bakımından “iftira” tehlikesini gidermeye yönelik çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Genellikle mağdurların rızaları var ise olmadığı durumlarda, olmadığını mağdur ispat etmelidir şeklindeki kabul kanuna ve hukuka aykırı fakat geleneksel cinsiyetçi düşüncelerden beslenmektedir. Bu yanlış uygulama ve anlayış o kadar yaygınlaşmıştır ki artık mağdurlar sadece olayın olduğunu değil, aynı zamanda rızalarının da olmadığını ispata zorunlu bırakılmaktadır. Oysa ki; yasanın yorumundan, mağdurun bir cinsel saldırı fiili olduğunu ispatı ve bu eyleme rızasının olmadığını söylemesinin yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira yasa, suçun oluşması için cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesini aramaktadır. Bu suç tanımına göre mağdur, vücut dokunulmazlığının cinsel davranışlarla ihlal edildiğini kanıtladığında suç oluşmuş olacaktır. Ayrıca bir de rızasının olmadığını ispat etmesi gerektiği hakkında herhangi bir ifade yoktur. “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi nedeniyle sanığın hiçbir şey kanıtlamak zorunda olmadığı görüşü, ceza hukukunun uygulanabilirliğini imkansız hale getirecektir. Sanığın hiçbir şey ispat etmek zorunda olmadığı kabul edildiği takdirde çalıntı bir araba ile yakalanan kişinin de arabanın sahibinin ona ödünç verdiğini hatta hediye ettiğini söylemesi halinde bu durumu da ispat etmesi gerekmeyecektir. Böylesi bir durumda, arabası çalınan kişinin ona ödünç vermediğini ya da hediye etmediğini kanıtlaması gerekecektir ki bu da imkansız olacaktır.

Daha Ağır Cezayı Gerektiren Ortak Nitelikli Haller

Fülin Beden ya da Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyne Yönelik Olarak İşlenmesi

Failin, mağdurun beden veya ruh sağlığında karşı koymasını engelleyecek ya da güçleştirecek engelin varlığını bilerek, bu suç işlenmesi halini kanun cezası ağırlaştırma sebebi olarak düzenlemiştir. Örnek olarak; mağdurun felçli olması, kör olması, sağır ve dilsiz olması, ruh sağlığı mukavemet edemeyecek derecede bozuk olması gibi durumlar sayılabilir.

Suçun Kamu Görevinin ya da Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılarak İşlenmesi

Failin kamu görevinin sağladığı nüfuz ile daha kolay bir biçimde cinsel saldırı suçunu işleyebilmesi, kanun tarafından ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

“Cinsel saldırı suçunu mağdurun rızası dışında meydana gelir. Örneğin suçun işlenmesinde cebir, şiddet, tehdit hali ve benzeri zorlayıcı ve rızayı ortadan kaldıran hareketler gerçekleştirilmelidir. Bu itibarla artık kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bu nitelikli halin uygulanma kabiliyeti mevcut değildir. Rıza dışılık ile nüfuzun kötüye kullanılmasının birlikte olmasından söz edilemez. Rızanın olmaması zaten mağdur üzerinde nüfuz kullanma olanağının bulunmadığı anlamını taşır.”²⁴

Gündel’in bu yorumuna katılmak mümkün değildir. Mağdur cinsel davranışa/ilişkiye rızasının olmadığı bir durumda fail tarafından nüfuzu kullanılarak cinsel davranışa/ilişkiye zorlanmış ise Gündel’in iddia ettiğinin tersine, rızanın olmadığı bir durumda nüfuz kullanılabilir demektir. Kamu gücünün kullanılarak cinsel saldırı suçunu işlenmesi hem cinsel özgürlüklere karşı bir ihlaldir hem kamu düzenine karşı bir tehdittir.

Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçerisinde Bulunan Kişiyne Karşı İşlenmesi

Yasa mağdur ve fail arasında akrabalık bulunmasını ağırlaştırıcı sebep olarak kabul etmiştir. Nüfus kayıtlarında akraba olarak gözükmeler dahi fiili olarak akraba oldukları fail tarafından bilindiği durumda da bu ağırlaştırma sebebi uygulanır.

Evlilik sona erdiğinde eski eşe karşı bu suçun işlenmesi bir ağırlaştırma sebebi olarak kabul edilmemekte ancak eski eşin akrabalarına karşı işlenmesi ağırlaştırma sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu durum, kanunun esas amacına ters düşmektedir. Boşanmadan sonra erkeklerin eski eşlerine halen “sahip” oldukları düşüncesi ile tecavüz ettikleri vakalar düşünüldüğünde, esas olarak eski eşlere karşı bu suç işlendiğinde bu ağırlaştırma sebebinin uygulanması yerinde olacaktır. Bunun için de yasal düzenlemede değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Silahın mağdur üzerinde yarattığı etki, korku nedeniyle fiili işlemeyi kolaylaştırdığı ve birden fazla kişinin birlikte eylemi gerçekleştirmeleri daha kolay olduğundan bu durumlar ağırlaştırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Fiilin gerçekleşmesi için azmettiren kişilerin olması veya eylemin içerisinde olmayıp dolaylı olarak yardım eden kişilerin olması, bu ağırlaştırıcı sebebin kapsamına girmemektedir.

“Nitelikli halin uygulanması için silahın kullanılmış olması gerekli değildir. Mağdurun iradesini etkilemiş olması yeterlidir. Birden fazla kişi olduğu durumlarda, kişilerin her birinin cinsel saldırıda bulunması gerekli değildir. Bunlardan birinin cebir uygulaması, diğerinin de cinsel saldırıda bulunması durumunda da nitelikli hal uygulanır.”²⁵

Sonuçtan Kaynaklanmış Ağırlaştırılmış Haller

Sanığın fiiliyle, istenmeyen ancak gerçekleşen sonuç arasında nedensellik bağının bulunması ve sanığın gerçekleşen sonuç açısından en azından taksirle sorumluluğu kabul edildiği durumlarda, bu ağırlaştırma sebebi uygulanır. Sonuç fail tarafından istenmiş ise hem cinsel saldırı hem de istenen sonuçtan (ölüm, yaralama fiillerinden) dolayı ceza verilecektir.

Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

Cinsel saldırı suçunu için ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali”, Türkiye’de cinsel suçlar konusunda en çok tartışılan konulardandır. Feministler ve kadın örgütleri, bu tip bir suçta maruz kalan herkesin ruh sağlığının bozulacağını söyleyerek bütün mağdurların ruh sağlığı bozulup bozulmadığı araştırması yapılmaksızın ruh sağlığının bozulmuş kabul edilmesini ve cezanın

alt sınırının yükseltilmesini istemektedirler. Bu düşünceyi savunanlar, aynı zamanda mağdurun ruh sağlığının hayatını devam ettiremeyecek kadar sarsıldığı durumlarda ise çok daha fazla bir ağırlaştırma sebebinin uygulanması gerektiğini söylemektedirler. Bu görüşe sıcak bakmakla birlikte ruh sağlığı hakkında düzenlenen raporların, aynı zamanda mağdurun suça maruz kaldığı hakkında delil oluşturması bakımından değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Zira cinsel ilişki için rızanın olup olmadığı konusunda kadının/mağdurun beyanının esas alınabileceği kanun tarafından zımnen söylenmekle birlikte, suça konu eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda mağdurun/kadının beyanının esas alınacağı konusunda, herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Cinsel suçlar özelliği gereği eylemin gerçekleştiğinin ispatının zor olan suçlardır. Bu yüzden kadının/mağdurun beyanının esas alınarak ve başka bir delil olmasa da sanığa ceza verilmesi gerektiği veya ispat külfetinin sanığa yüklenmesi gerektiği şeklinde talepler ileri sürülmektedir. Kanımca bunun bir norm olarak düzenlenmesi, hukukun adil yargılanma hakkı ve herkesin suçu ispatlanana kadar suçsuz sayılacağı gibi temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Cinsel suçların cezasız kalmasına, elbette ki çok sık rastlanmakta ve bu durum, bu suçun mağdurları açısından adalete olan güveni zedelemektedir. Ancak diğer türlü düşünülmesi ise herkesin bir gün cinsel suçla itham edilerek hüküm giyme tehlikesi altına girebileceği anlamına da gelmektedir. Bu yüzden hiçbir delilin olmadığı durumlarda, uzman psikiyatrlar tarafından suçun olup olmadığı, yanı sıra belki ruh sağlığının bozulup bozulmadığı araştırması yapılması yerinde olacaktır. “Bedensel izler olmadığında, tümüyle iyileştiğinde dahi, ruhsal bulgular yoluyla cinsel saldırı tanısı koymak mümkün olabilir”²⁶ diyerek Adli Tıp uzmanlarından Şebnem Korur Fincancı da bu şekilde suçun varlığının tespit edilebileceğini belirtmiştir. Nasıl ki, darp izi bir delil ise suç nedeniyle ruh sağlığında oluşan bozulma da delil olarak kabul edilmelidir. Bu konunun tüm taraflarca çok boyutlu tartışılması gerekmektedir.

Bu ağırlaştırma sebebinin uygulanması için, mağdurun ruh sağlığının kalıcı olarak mı bozulması gerektiği, yoksa sadece geçici bir bozulmanın da ağırlaştırma sebebinin uygulanması için yeterli olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

“Her cinsel saldırının, kişinin ruh sağlığını etkilemesi beklenir. Bu maddenin uygulanmasında önemli olan, ruhsal bozukluğun kalıcı olmasıdır. Olay tarihinin hemen sonrasında üç aylık bir döneme kadar akut stres reaksiyonu görülebilir. Bu bozukluğun tüm tedavilere rağmen altı ay veya daha sonraki bir döneme kadar uzaması, kalıcı olduğunun göstergesidir ve travma sonrası stres bozukluklarıdır. Cinsel saldırı sonrasında beden muayenesi ile birlikte mutlaka ruhsal muayene de yaptırılmalıdır ve kişi, ruhsal bozukluk açısından tedavi edildiği kontrol muayenelerine gönderilmelidir. Beden sağlığının bozulmasında da, süreklilik şartı aranmalıdır. Kalıcı bir beden sakatlığı ya da AIDS ya da Hepatit B gibi bir hastalığın bulaştırılması, bu kapsamda ele alınmalıdır.”²⁷

Bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira kanun, sadece suç sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulmasından bahsetmiştir. Bunun dışında kalıcı olarak bozulması şartının aranması gerektiği şeklinde bir yorum, kanunun sınırlarını onun rızası hilafına daraltmak olacaktır. Ceza hukukunun genel ilkeleri kıyas ve yorum yoluyla ceza ve suç ihdas edilemeyeceğini düzenlerken ayrıca kanunun kapsamının yorum ve kıyas ile daraltılmasına da bir yasak getirmektedir. Bu sebeple mağdurda oluşan bedensel veya ruhsal bozukluğun geçici ya da kalıcı olması önemli değildir. Geçici olarak ruh sağlığı bozulduğu durumlarda da bu ağırlaştırma sebebinin uygulanması gerekmektedir.

Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Failin, mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesini istememesine karşın cinsel saldırı veya cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için kullanılan darp, cebir, ilaç vs. dolayısıyla bu sonuçların oluşmasına sebebiyet verilmesi durumunda, bu ağırlaştırma sebebi uygulanır.

Sonuç

TCK'nın cinsel suçları kişilerin özgürlüklerini ihlal eden suçlar olarak tanımlaması, eski yasaya göre hak ettiği biçimde cezaları arttırması ve cinsel şiddetin daha fazla çeşidine ceza verilmesi için yeni suç tipleri ihdas etmesi önemli gelişmelerdir. Ayrıca eski yasada var olan cinsiyetçi, erkek egemen dilin ortadan kaldırılarak evrensel hukuka uygun bir dil ve içerik getirilmesi hem bu suçun en çok mağduru olan kadınlar, hem de diğer mağdurları açısından önemlidir.

Norm koyma ve yasa yapma konusundaki gelişmeler, henüz mahkemelere ve topluma tamamen yansımış değildir. Halen tecavüz edenin değil, tecavüz edilenin onuru sorgulanmakta ve mağdurlar davranışları

ile bu suça zemin hazırladığı, bazı davranışları yapmasa idi, bazı yerlere gitmese idi bu suça maruz kalmayacağı gibi; kendisinin de kusuru olduğunu ima eden suçlamalara maruz kalabilmektedirler.

Giriş b6l6m6nde de vurgulandığı üzere kadına y6nelik şiddet, 6zelda cinsel şiddet, hukuki olmaktan çok politik bir sorundur. Bu y6zden cinsel şiddet vakalarının 6nlenmesi için devletin 6nleyici çalışmalar yapması, toplumsal cinsiyet ilişkileri ve bunun yarattığı cinsellik ve cinsel şiddet kavramları konusunda toplumun her kesimin bilinçlenmesi sağlanmalı ve kadın erkek eşitliği çalışmalarının devlet politikası olarak her alanda ana akımlaştırılması gerekmektedir. 6nleyici çalışmaların yanında daha kısa vadede, ortaya çıkan cinsel suç vakalarında adaletin daha sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için kolluk ve yargı mensuplarına y6nelik TCK'deki cinsel suçlar ve sorun alanları, toplumsal cinsiyet, cinsellik, cinsel şiddet, rıza kavramları hakkında belirli periyotlarla at6lye ve eğitim programları yapılması; en azından yargı ve kolluk mensuplarının cinsiyetçi kalıpyargılarının değişimine, mağdurların yargılama s6recinde yeniden mağdur edilmesinin 6n6ne geçilmesine ve adalete olan g6venin bir nebze de olsa tazelenmesine yardım edecektir.



¹Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011): 3-4.

²Kanun maddesi

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Cinsel Saldırı

Madde 102.

(1)Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3)Suçun;

a)Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b)Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c)Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d)Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4)Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5)Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6)Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

³Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 7. Baskı): 137.

⁴Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008): 249.

⁵Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 249.

⁶Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2005), 172.

⁷Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008): 290.

⁸İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005): 400.

⁹Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 305.

¹⁰Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Ağır Ceza Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2005): 175-176.

¹¹Alev Özkazanç, "Siyaset, Hukuk ve Cinsel Suçlar : Assange Olayı ve Hukukçu Feminizmin Eleştirisi," *Fe Dergi* 4, sayı 1 (2012): 1-13.

¹²<http://kadinemegikollektifi.blogspot.com/p/fethiye-adliyesi-onunde-yapilan-basn.html>

¹³*Feminist Politika*, Sayı 11, (İstanbul, 2011): 62.

¹⁴TCK Madde 232/1: Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁵İsmail Malkoç, *Cinsel Suçlar*, (İstanbul: Malkoç Kitabevi, 2009): 14.

¹⁶M. Reşat Koparan, "5237 sayılı TCK Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları": 6-7, <http://ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf>.

¹⁷Catharine MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (İstanbul: Metis Yayınları, 2003): 203.

¹⁸Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 304.

¹⁹Artuk ve Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 141.

²⁰Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 403.

²¹MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, 205.

²²MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, 160.

²³Öykü Didem Aydın, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 2, (İstanbul, 2005).

²⁴Ahmet Gündel, *5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 16.

²⁵Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 309-310.

²⁶Şebnem Korur Fincancı, *Amargi Dergisi*, Sayı 14, (İstanbul, 2009): 27.

²⁷Nur Birgen, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Dairesi Başkanı, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 8, (İstanbul, 2006) (aktaran Remzi Gündüz ve Veysel Gültaş, *Cinsel Suçlar*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2011).

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011).

Arslan, Çetin ve Azizoğlu, Bahattin. *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004).

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 7. Baskı).

Aydın, Öykü Didem. Cinsel Dokunulmalığa Karşı Suçlar, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 2, (İstanbul, 2005).

Birgen, Nur. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Dairesi Başkanı, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 8, (Eylül 2006),
(aktaran Gündüz, Remzi ve Gültaş, Veysel. *Cinsel Suçlar*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2011).

<http://kadinemegikollektifi.blogspot.com/p/fethiye-adliyesi-onunde-yapilan-basn.html>,

Feminist Politika, Sayı 11, (İstanbul, 2011).

Gündel, Ahmet. 5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009).

Koparan, M. Reşat. "5237 sayılı TCK Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", [http:// ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf](http://ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf)

Korur Fincancı, Şebnem. *Amargi Dergisi*, Sayı 14, (İstanbul, 2009).

MacKinnon, Catharine. *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (İstanbul: Metis Yayınları, 2003).

Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005).

Malkoç, İsmail. *Cinsel Suçlar*, (İstanbul: Malkoç Kitabevi, 2009).

Meran, Necati. *Kişilere Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008).

Özkazanç, Alev. "Siyaset, Hukuk ve Cinsel Suçlar : Assange Olayı ve Hukukçu Feminizmin Eleştirisi," *Fe Dergi* 4, sayı 1 (2012): 1-13.

Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer. *Ağır Ceza Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2005).

Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2005).

Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rıfat Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008).