

Çocuklar Arasında Rızaya Dayalı Olarak Gerçekleşen Cinsel Davranışlar Sorunu Ve Bu Konuya İlişkin Olabilecek En Kötü Çözüm Önerisi:

Evlendirme

Bugün konunun yeniden ele alınmasına yönelik ihtiyacın nedeni, daha önce yapılmak istenilen ancak TBMM'de kabul edilmeyen, çocukların evlendirilmesine yönelik düzenlemenin bir benzerinin yeniden yapılmak istendiğine dair, basında ve sosyal medyada farklı kaynaklardan yayılan haberlerdir.



Bu kısa yazıda; kanunen evlenme yaşının altında olan, ancak çoğunlukla evlenmenin dinsel töreni yapıldıktan sonra evlendiğini zanneden, bu düşünceyle birbirlerine karşı cinsel davranışta bulunan ve daha sonra çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı ceza takibatı altında kalan çocukların durumu değerlendirilecektir. Buna ek olarak bu tür bir yanlış içinde olduklarını ileri süren yaşça büyük bireylerin durumu ve çocukla aralarındaki fark ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2015 yılından bu yana, ardı ardına konuyla ilgili pek çok gelişme yaşanmıştır. Hızlı değişen ülke gündeminde, bu gelişmeler zaman içerisinde unutulmaktadır. Bu nedenle öncelikle, konuya ilişkin ortaya çıkan gelişmeler kronolojik olarak sıralanacak, ardından ise maddeler halinde genel bir değerlendirme yapılacaktır. Bu yöntem; hukukçu olanlar kadar, çocuk konusuyla ilgilenen ancak farklı formasyona sahip ilgililerinde gelişmeleri takip etmesine yardım etmeye elverişlidir.

Bugün konunun yeniden ele alınmasıya yönelik ihtiyacın nedeni, daha önce yapılmak istenilen

ancak TBMM'de kabul edilmeyen, çocukların evlendirilmesine yönelik düzenlemenin bir benzerinin yeniden yapılmak istendiğine dair, basında ve sosyal medyada farklı kaynaklardan yayılan haberlerdir. Kaynakların farklı olması, haberin doğru olması ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Mademki "insan hafızasının eksikliği unutkanlıştır" (hafıza-i beşer nisyan ile maluldür); önce hatırlatmak, sonra da sorunları birbirleri ile ilişkilendirerek kısaca tartışmakta fayda vardır.

Konuya ilişkin, yazarın çalışmalarının da içerisinde yer aldığı akademik çalışmalara ilişkin seçilmiş kaynakçaya, başvurmak isteyen okuyucular için yazının sonunda yer verilmiştir.

A. Konuya ilişkin olarak ortaya çıkan gelişmeler (kronolojik)

1. Anayasa Mahkemesi 2015/51 sayılı kararıyla 27.5.2015 tarihinde evlenmenin dinsel töreninin yapılmasına ilişkin TCK'nın 230/5 ve 6. maddelerini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2015/51 sayılı kararıyla TCK'nın "Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören" başlıklı 230. maddesinin 5 ve 6. fıkralarını iptal etmiştir. İptal edilen fıkralarda şu düzenlemeler yer alıyordu.

"(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir."

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümleri Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine, 20. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ve 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir. 14'e karşı 3 oyla verilen karar, R esmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girmiştir.

Mahkeme, kararında öncelikle söz konusu hükümlerde evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılmasıyla, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiğini tespit etmiştir. Bu bağlamda "din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli davranışları kapsadığı" sonucuna varan Mahkeme, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığını ifade etmiştir.

Mahkeme ölçülülük ilkesi bakımından yaptığı incelemede ise özet olarak "hukuk düzenince

resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmaması suretiyle, itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlemin alındığını" belirtmiş ve "dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken 'hukuki müeyyide' aracından daha ağır bir müeyyide öngören 'suç ve ceza aracı'na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü" gösterdiğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre bu şartlar altında "kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk yoktur" ve ayrıca "kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi" ölçülü değildir.

TCK'nın 230/6. maddesinde yer alan evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimselerin cezalandırılmasını öngören hüküm için ise Mahkeme, "özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal ettiği" sonucuna varmıştır.

Kararda çocuklarla ilgili herhangi bir belirleme yer almamaktadır. Konu bu bağlamda aşağıda ele alınacaktır.

2. Anayasa Mahkemesi 2015/100 sayılı kararıyla 12.11.2015 tarihinde TCK'nın 103/2. maddesini 9'a karşı 8 oyla iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2015/100 sayılı kararıyla İptal edilen hüküm şu şekildedir:

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

İptal gerekçesi ise şöyledir:

"Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldırarak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır."

İptal edilen düzenleme

Çocukların cinsel istismarı

Madde 103- (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, **sekiz yıldan onbeş yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde **üç yıldan sekiz yıla** kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **onaltı** yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

Görüldüğü üzere Mahkeme'yi iptal kararı vermeye yöneltten asıl unsur, cezanın ağırlığından çok; çocuk yaşta, hukuka aykırı ve geçersiz biçimde evlenme adı altında bir araya gelen çocukların durumu olmuştur. Kararın, on iki ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi yukarıdaki karardan yaklaşık 6 ay sonra 2016/46 sayılı kararıyla 26.05.2016 TCK'nın 103/1 (a) maddesini 7'ye karşı 6 oyla kısmen iptal etmiştir.

Karardaki iptal gerekçeleri, yukarıdaki kararın gerekçesiyle paraleldir. İptal kararının yürürlüğe girmesi 6 ay ertelenmiştir.

4. Kanun koyucu 103. maddeye ilişkin bir düzenleme yapmak için harekete geçmiş ve 6763 sayılı Kanun'a esas olan tasarı hazırlanmıştır.

9 Kasım 2016 tarihinde, aşağıdaki metin (sağdaki) Adalet Komisyonu'ndan geçerek Genel Kurul'a gitmiştir.

Görüldüğü üzere Adalet Komisyonu'ndan geçen metin, yalnızca mağdurun 12 yaşından küçük olması halinde ceza artırımını getiriyordu. Adalet Komisyonu'nda yapılan

Adalet Komisyonu'ndan geçen metin

Çocukların cinsel istismarı

Madde 103- (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, **sekiz yıldan onbeş yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde **üç yıldan sekiz yıla** kadar hapis cezası verilir. **Mağdurun oniki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.** Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **onaltı** yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. **Mağdurun oniki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza onsekiz yıldan az olamaz.**

(3) Suçun;

tartışmalarda, evlenmeye ilişkin bir düzenleme yapılmasının, TBMM'de "Çocuklara İlişkin İstismar Olaylarının Araştırılması" amacıyla kurulan komisyonda da kabul görmediği ifade edilmiştir. Butartışmalarda Adalet Bakanı, Anayasa Mahkemesi iptal kararının gereklerini yerine getiren bir düzenleme yapılamadığını, konuya ilişkin bilimsel toplantılar düzenlenerek meselenin yeniden ele alınacağını; ancak şimdilik Anayasa Mahkemesi'nce verilen süreler dolmadan düzenleme yapılması zorunlu olduğundan, yukarıdaki düzenlemenin yapılabildiğini ifade etmiştir. 6763 sayılı Kanun'a esas olacak Tasarı, Genel Kurul'a gönderilmiştir.

5. 17.11.2016 tarihinde Genel Kurul'da söz konusu Tasarı görüşülürken, tasarıya çocukların evlendirilmesini esas alan bir geçici madde eklenmesi önerilmiş, ancak önerge kanunlaşmamıştır.

17.11.2016 tarihinde Genel Kurul'da söz konusu tasarı görüşülürken, Kanun'a bir geçici madde eklenmesine ilişkin bir öneri verilmiştir. Söz konusu önerge şu şekildedir:

"Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesindeki koşullara bakılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazın ortadan kaldırılmasına karar verilir."

Yapılan ikinci açık oylamada toplantı yeter sayısı bulunmadığından, görüşülmesi ertelenen önerge daha sonra kamuoyunun yoğun tepkisi nedeniyle komisyona geri çekilmiş¹ ve ilgili Kanun Tasarısı bu tür bir düzenleme yapılmaksızın 6763 numarasıyla kanunlaşmıştır.

Ancak bu noktada, her ne kadar kanunlaşmasa dayeni önergelere ilham kaynağı olmamasını umut ederek, söz konusu önergenin bünyesinde barındırdığı sorunları kısaca özetlemek istiyoruz. Önerge kanunlaşsaydı:

a. 15 yaşından küçük çocuğa cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın (rızasıyla), cinsel davranışta bulunan failer için uygulanacaktı.

b. Metinde failin yaşı konusunda bir belirleme veya çocukla fail arasındaki yaş farkı konusunda bir düzenleme olmadığı için fail 60-70 yaşında dahi olabilecekti.

c. Bu durumdaki fail mağdurla evlendiği takdirde hakkında verilen ceza hükmünün infazı sona erecek veya hakkında verilecek hüküm bir hukuki sonuç doğurmayacaktı (hükmün açıklanmasının geri bırakılması).

d. Bu durumda suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazın ortadan kaldırılmasına karar verilecekti. Oysa burada asıl cezalandırılması gerekenler evlenmesi hukuken mümkün olmayan çocuklarını, genellikle evlenmenin dinsel törenini yaptırmak suretiyle erken yaşta birlikteliğe zorlayan bu kişilerdir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu kişilerin (genellikle ebeveynler), duruma göre azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılması yönündedir.

e. Evliliğin suça ilişkin dava zamanaşımı süresi boyunca failin kusuruyla sona ermesi halinde (cinsel istismarın türüne göre 8 veya 15 yıl), hüküm açıklanacak veya infaza kaldığı yerden devam edilecekti.

f. Hüküm 16.11.2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçlarına uygulanacaktı. Ancak söz konusu tarih, herhangi bir rasyonel temele dayanmıyordu. Anayasa Mahkemesi'nin önceki iptal kararları da dikkate alındığında, söz konusu tarih Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek metinden çıkartıldığı takdirde, hüküm o haliyle yaşayabilecek ve kalıcı hale gelebilecek şekilde yazılmıştı.

B. Evlenmenin dinsel töreninin yapılmasının konuyla ilişkisi nedir?

Evlenmenin dinsel töreninin yapılması, çocukların evlendirme adı altında bir araya getirilmesinin toplum gözündeki meşruiyet unsurudur. Anayasa Mahkemesi'nin evlenmenin dinsel töreninin yapılmasına ilişkin iptal kararının ardından, evlenmenin dinsel törenini yaptırmak için resmi nikâh yaptırma ön şartı ortadan kalkmıştır. Mahkemenin iptal kararına bakıldığında, kararda yer alan tüm tespitlerin yetişkinlere ilişkin olduğu görülmektedir. Bu iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi ve kanun koyucuya en azından çocuklar bakımından evlenmenin dinsel törenini yapmayı yasaklayan bir düzenleme hazırlığı için süre tanınması daha uygun olurdu. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi hükmün bu işlevini gereği gibi tespit edememiş ve bu kararla çocukların cinsel istismarıyla yapılan mücadelede ciddi bir gedik açılmıştır.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi hükmün bu işlevini gereği gibi tespit edememiş ve bu kararla çocukların cinsel istismarıyla yapılan mücadelede ciddi bir gedik açılmıştır.

Medeni Kanun uyarınca ülkemizde olağanüstü durumlarda on altı, veli veya vasi rızasıyla on yediyaşında evlenmek mümkündür. Burada yapılması gereken, hukuken evlenemeyecek durumda olan çocuklarla (örneğin on dört yaşında), şartları sağlamaları halinde evlenebilecek durumda olmalarına karşın resmen evlenmemiş çocukların (örneğin 16 yaşında), evlenmenin dinsel töreni adı altında, meşru bir şey yaptıklarını zannetmelerinin

sağlanmasının ve olayın toplum gözünde meşrulaştırılmasının önüne geçmektir. Bu sorunu çözmede etkin araçlardan biri, bu durumdaki çocuklar için evlenmenin dinsel törenini yapan kişiyi, geçmişteki önemsiz olarak nitelenebilecek cezanın aksine ciddi bir biçimde cezalandırmaktır. Burada konu yalnızca çocuklar olduğundan, cezanın ağır olması ölçüsüz olmayacak, böyle yeni bir hükmün ihdas edilmesi Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla da çelişmeyecektir. Zira Mahkeme, iptal kararında sorunun çocuk boyutunu zaten göz ardı etmiş ve tamamen yetişkinlere odaklanmıştır. Bu nedenle çocuklara ilişkin yeni bir düzenleme mahkeme kararının gerekçesine de aykırı olmayacaktır.

C. Bu sorun neden çocukların evlendirilmesini esas alan bir kanun değişikliğiyle çözülemez?

Akranlar arasındaki cinsel davranışların cezalandırılması konusu ceza hukukunun çetrefil konularından birisidir. Üstelik bu konu yalnızca, çocukların geçersiz bir şekilde evlendirilmeye çalışılması ve sonrasında birbirlerine karşı cinsel davranışlarda bulunmaları meselesiyle ilgili değildir². Çocuklar; cinselliği ve bunun toplumsal tezahürlerini yavaş yavaş eğitimle, görgüyle ve biraz da birbirlerinden öğrenirler. Elbette bir çocuk da diğerine karşızorla cinsel davranışta bulunabilir. Bu durumda fail çocuk, isnat yeteneğine ilişkin kurallar izin verdiği ölçüde cezalandırılır. Ancak çoğunlukla bu davranışlar, geçerli olmayan bir rızayla ve çocukların birbirlerini istismar etmesi mümkün olmayan bir yaş aralığında gerçekleşmektedir.

Sonradan gerçekleşen evlenme, önceden gerçekleşmiş olan cinsel davranışla hiçbir ilgisi olmayan hukuki işlem ve aynı zamanda bir özel hukuk sözleşmesidir. Mülga TCK'nın 434. maddesi (XE "756 Sayılı TCK'nın 434. Maddesi") uyarınca, evlenme maksadıyla kaçırılan bir kimseye karşı işlenen ırza geçme (XE "İrza geçme") ve tasaddi (XE "Tasaddi") suçları bakımından, failin mağdurla evlenmesi sonucunda cezanın ertelenmesi ve dava

zamanaşımı süresi boyunca erkeğin kusurundan kaynaklanan bir nedenle boşanmanın (XE "Boşanma") gerçekleşmemesi halinde, bir şahsî cezasızlık sebebi söz konusu olmaktadır. Hükmün kaynağı, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 352. maddesiydi. İtalyan Kanunu'nda yer alan hükmün gerekçesi şu şekildedir:

*"Önce aralarında cürüm vuku bulan ve sonra en kutsal bağ ile birleşen iki şahsı, cezai takibattan dolayı birbirlerinden ayırmamak hakkı ve adalete muvafıktır. Diğer taraftan cezai muafiyet bahşedilmek suretiyle namusu ihlal edilen bir kadına en büyük telafi sebebi olacak evlenmenin kolaylaştırılması gayet ihtiyatlı bir tedbirdir."*³

Söz konusu hüküm, kadın-erkek eşitliğinin fazla bir anlam taşımadığı, insan haklarının ortaya çıkmadığı bir dünyaya aittir. Bugünün dünyasında, bu tür bir düzenlemeye yer yoktur. Hele ki konu çocuklar olduğunda, evlilik ve çocuk kelimesi aynı cümle içinde dahi kullanılamaz. Zira "çocuktan gelin" olmaz. Bu bağlamda esas tartışılması gereken, çocukların erken evlenmesine yönelik kanuni istisnaların ortadan kaldırılmasıdır.

Öte yandan ortada bir sorun olduğu açıktır. Fakat öncelikle, çözümün ne olamayacağı konusunda anlaşmak gerekir. Çocuklar arasında gerçekleşen geçersiz rızaya dayalı cinsel davranışlar sorunu, evlenmeyi esas alan bir düzenlemeyle çözülemez.

Çocuklar arasında gerçekleşen geçersiz rızaya dayalı cinsel davranışlar sorunu, evlenmeyi esas alan bir düzenlemeyle çözülemez.

D. Akranlar arasındaki cinsel davranışlar sorunu, yaş farkını gözeten bir hükümle çözülebilir

Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (Lanzarote Sözleşmesi) 18/3. maddesinde, "küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetleri düzenleme amacı" bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme, Avrupa Konseyi bakımından etkin bir biçimde mücadele edilen cinsel istismar davranışları ile çocuklar arasında



gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların birbirinden net biçimde ayrıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Kanımızca bu yaklaşımın temelinde, her ne kadar hukuken geçerli bir rıza olmasa bile, birbirini zorlamaksızın cinsel davranışta bulunan çocukların cezalandırılmaya çalışılmasının fayda getirmeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Zira burada, yargılama sürecinin bu çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimleri üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler, cezanın sağlayacağı faydaya ağır basmaktadır.

Eğer sorun gerçekten, birisi 15 yaşından büyük, diğeri ise küçük olan iki çocuğun, evlendirmenin dinsel töreni yapılarak veya herhangi bir ad altında bir araya getirilmesi sonrasında ortaya çıkan cinsel davranışlar ise, bu sorun çözümsüz değildir. Bu çocuklar birbirlerine karşılıklı cinsel davranışta bulunduklarında, yaşı 15'ten büyük olan fail, küçük olan ise mağdur durumunda kalmaktadır. Kanımızca fiil, geçersiz de olsa rızaya dayalı olduğu sürece, burada çocukları cezalandırmakta hiçbir fayda yoktur. Bu nedenle hem birbirlerine yakın yaşta evlendirildiklerini zanneden çocuklara ilişkin sorunu, hem de bugüne dek göz ardı edilen çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışlar sorununu çözmek amacıyla, kanuna yaş farkı gözeten bir şahsî cezasızlık sebebi eklenebilir. Böylelikle, gerçekleşen cinsel istismar fiili suç olmaya devam edecektir. Buna karşın çocuklar cezalandırılmayacak, yalnızca onları cinsel davranışa yönlendiren kişiler, yerleşik Yargıtay uygulaması uyarınca bugün olduğu gibi azmettiren ve yardım eden olarak cezalandırılmaya devam edilecektir.

Ancak bu tür bir düzenleme de sorunsuz değildir. Bu sefer de rızanın elde edilişi konusunda tartışmalar doğacaktır. Yine de her şartta böyle bir düzenleme; evlendirme gibi, suç fiilinden bağımsız olan, fiilin suç olmasıyla ilişkisi olmayan bir hukuki işleminden çok daha işlevsel ve hukukidir. Benzer düzenlemeler İtalyan⁴ ve İsviçre⁵ Ceza Kanunlarında yer almaktadır. Her iki düzenleme de, akranlar arası rızaya dayalı cinsel davranışları düzenlemek amacıyla getirilmiştir. Bu bakımdan, aralarında üç yaş fark olan çocuklar akran olarak kabul edilmektedir.

E. Çocukla akran olmayanların çocuğa yönelik cinsel davranışı hiçbir gerekçeyle meşrulaştırılmaz

Çocuğa yönelik cinsel davranışta bulunan kişi; ister çocukla evlenmeyi, isterse onu istismar etmeyi düşünsün burada sonuç değişmez. Zira cinsel davranışlar bakımından ceza hukuku, failin saikiyle değil, davranışın objektif niteliğiyle ilgilidir. Burada çocuğun rızası hukuken geçersiz olduğu gibi, yetişkinin davranışını meşrulaştırmak açısından da bir önem taşımaz. Yetişkinler, cinsel açısından çocuklardan uzak durmak zorundadır. Çocuk bunu anlayacak yaşta olabilir veya olmayabilir. Bu noktada kanunları bilmek ve cinsel açıdan çocuklardan uzak durmak, yetişkinin yükümlülüğüdür. TCK'nın 4. maddesi uyarınca "ceza kanunlarını bilmemek" mazeret sayılmaz.

Dipnot

1. <http://www.hurriyet.com.tr/basbakan-yildirim-cinsel-istismar-onergesi-komisyonu-cekildi-40284683> (SGT: 12.03.2018)
2. Bu sorunu gören kanun koyucu 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle çocuklar arasında gerçekleşen ve suçun hafif şekli kapsamına giren davranışları, mağdurun veli veya vasisinin şikayetine bağlayarak sorunu çözmeye çalışmışa da, bu yaklaşımın sorunu bir bütün olarak çözmeye elverişli olduğunu söylemek mümkün değildir.
3. Hükümün Türkçe tercümesi ve gerekçe için bkz. MAJNO: C. III, s. 195 ve 196.
4. İtalyan Ceza Kanunu'nun 609-quarter/3. maddesi şu şekildedir: "Cinsel şiddet suçunda sayılan hipotezler dışında 13 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel davranışta bulunan kişi, aralarındaki yaş farkının üçten fazla olmaması halinde cezalandırılmaz."
5. İsviçre Ceza Kanunu'nun m. 187/1 ve 2. maddeleri şu şekildedir: "16 yaşından küçük bir çocuk üzerinde cinsel nitelikte davranış gerçekleştiren veya bu yaşta bir çocuğu tür bir davranış gerçekleştirmeye zorlayan veya cinsel nitelikte bir davranışa katılmasına yol açan kişi 5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılır. Suça iştirak edenler arasındaki yaş farkı üçten fazla değilse fiil cezalandırılmaz."

Hekimler, sosyal hizmet uzmanları ve hukukçular tarafından, ortak bir çalışmanın ürünü olarak hazırlanan bütüncül bir çözüm önerisi için bkz.

Kocaeli Barosu ve Türkiye Çocuk ve Genç Psikiyatrisi Derneği tarafından hazırlanan Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması İle Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri

Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Ayşen COŞKUN - Prof. Dr. Bülent COŞKUN - Prof. Dr. Başar ÇOLAK - Dr. Fahri Gökçen TANER - Hakim Murat AYDIN - Av. Necla ACAR - Av. Seda AKÇO - Doç. Dr. Şahika ŞİŞMANLAR

Ceza Hukuku Özel Hükümler Kitaplarına Ek Çocukların Cinsel İstismarı ve Mülga TCK'nın 434. Maddesine İlişkin Seçilmiş Kaynakça

AYDIN, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Bası Ankara 2018.

KESKİN KIZIROĞLU, Serap: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı içinde, Ankara 2008, s. 995-1004.

MEMİŞ KARTAL, Pınar: Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.

TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara 2017.

TANER, Fahri Gökçen: "Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Cinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi", TBBT, Y. 2016, S. 124, s. 221-247.

UYGUR, Gülriz - YALÇIN SANCAR, Türkan: "Law, Women's Subordination and Changing Face of The Turkish Legal System in The Example of Article 434 of The Turkish Criminal Code", Eastern European Community Law Journal, V. I, I. 2, January 2005, s. 30-36.

ÜNVER, Yener: "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi", II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku Sempozyum Kitabı içinde, Ankara 2014, s. 23-60.

YALÇIN SANCAR, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara 2013.

HUKUK DEFTERLERİ

Sayı 18 - Mart / Nisan 2019

Üniversite Hukuk Dergisi

15 TL

ÇOCUK HAKLARI

Çocuklar Arasında Rızaya Dayalı Olarak Gerçekleşen Cinsel Davranışlar Sorunu ve Bu Konuya İlişkin Olabilecek En Kötü Çözüm Önerisi: Evlendirme
Dr. Fahri Gökçen Taner

Çocuğun Nesneleşmesi: İera Yoluyla Çocuk Teslimi
Çağrı Mardin

Çocuk Hakları ve Eğitim Sistemimiz!
Prof. Dr. Rifat Okçabol

Yükselen Bir Toplum Sağlığı Sorunu Olarak: Aşı Reddi
Dr. Nilay Eliler

Hapishanelerin Mecburi Misafirleri:
Mahpus Annelerin Çocukları
Selmin Cansu Demir - Tuğba Ata Solmaz

Göçün Görünmez Çocukları
Ayça Sümeyra Aykut

Yaşadıkları Çocukluk "Sahici" mi?
Akasya Kansu Karadağ



Doç. Dr. Sevtap
Metin

Dr. Öğr. Üyesi Serkan
Gülfidan

Hüsnü Niyetli

Çağatay Şahin

Hak Uğruna Mücadele:
"Söz Değil Eylem İstiyoruz"

Anayasa Mahkemesi'nin İl ve İlçe Müftülüklerine Evlendirme Memurluğu Yetkisi ve Görevi Verilmesi Meselesine İlişkin Kararı Üzerine Bir Not

Afiyet Olsun

Bir Duygu Teorisi
Hukukçulara Ne Söyler?