

Anayasa Mahkemesinin Çocuğun Cinsel İstismarı Suçuna İlişkin İptal Kararları Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, 13.07.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 2016/46 sayılı kararıyla Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesini yani çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışın cinsel istismar sayılacağına ilişkin hükmü 15 yaşını tamamlamayan çocuklar bakımından iptal etti. 11.12.2015 tarihinde yayımlanan, 2015/100 sayılı kararında ise TCK md.103/2’de düzenlenen çocuğun cinsel istismarının “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleşmesi” halinde cezanın “16 yıldan aşağı olmama” hükmü hukuk devleti ilkesine aykırı görülmüş ve iptal edilmişti. Bu yazıda, iptal edilen hükümlere göre cezanın belirlenmesinde mağdur ile failin yaşlarının ve fiil gerçekleştikten sonra tarafların evlenmeleri durumunun dikkate alınmamasının; hukuk devleti ilkesine aykırı, mahkemelere somut olaya özgü bir takdir marjı tanımayan, ölçüsüz bir uygulama yarattığı yönündeki gerekçeler üzerine görüşlerimi ifade edeceğim.

TCK çocuğun 15 yaşını tamamlamış olup olmamasına farklı sonuçlar bağlamış; 15 yaşından küçük çocukların cinsel birlikteliğe gösterdiği rızayı, hukuken tanımamıştır. Ancak aralarında önemli bir yaş farkı olmayan çocukların rızaya dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel davranışları, suç tipinin belirlenmesinde yetişkin bir bireyin bir çocuğa karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlarla bir tutmuştur. Kanun bu haliyle ergenliğe girmiş, cinsel kimliği oluşmaya başlamış çocukların cinselliğe ilişkin merak ve deneyim ihtiyacı olabileceğini göz ardı etmiştir.¹ Oysa tarafların yaş durumu, aralarındaki ilişkinin istismar niteliği taşıyıp taşımadığını doğrudan etkiler niteliktedir.

İstismar, yararlanma, kötüye kullanma anlamına gelmektedir. Öte yandan yaş farkları az olan çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışların bu şekilde bir faydalanma içermemesi de mümkündür. Ayrıca, böyle bir ilişkinin cinsel istismar addedildiği durumda da kimin mağdur kimin fail olduğunun tespiti zordur. Ek olarak, çocukları bu şekilde ceza yargılamasının yıpratıcı sürecine ve sonuçlarına tâbi tutmanın, suç tipiyle korunan hukuki menfaat bakımından çocukların gelişimine yarar sağlayacağı da şüphelidir.² Bu gibi kaygılar dikkate alınarak İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunlarında rızaya dayalı ilişkilerde, çocuklar arasında en fazla üç yaş fark olması durumunda istisnai bir cezasızlık hali öngörülmüştür.³ Her ne kadar yalnızca reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin olsa da 5237 sayılı TCK da yürürlüğe girdiği dönemde benzer bir düzenleme içermekteydi. Ancak, failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olduğu hallerde şikâyet koşulu aranmaksızın ilk fıkraya nazaran iki kat fazla ceza öngören ikinci fıkra hükmü, AYM’nin 2005/89 sayılı kararıyla, failerin aynı hukuki konumda bulunmadığı gözetilmeksizin eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmişti.

103. maddeye ilişkin iptal kararlarında ele alınan failin ve mağdurun yaşlarının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması, bu perspektiften düşünüldüğünde anlamlı olabilir. Kanunun çocuklara karşı gerçekleştirilen fiilleri, yetişkinlere karşı olandan farklı şekilde düzenlemesindeki amaç açıktır. Bu suçlarla korunmak istenen menfaat, cinsel bütünlük ve dokunulmazlığın yanı sıra çocuğun cinsel yönden istismar edilmeme hakkı ve özgürlüğü; bedensel, zihinsel ve ruhsal açıdan sağlıklı bir şekilde gelişme hakkıdır.⁴ Yani temel kriter aslında mağdur çocuğun yaşı değil; fiilin istismar niteliğinde olup olmadığıdır. Bu durumda genel anlamıyla çocuğun istismarına sebebiyet veren fiillerin hukuki anlamda tespitinde, yaş kriterine dayanarak iki farklı suç tipi öngörülmesi anlamsızdır. Gerek Anayasa’ya gerekse uluslararası belgelere göre 18 yaşından küçük her birey çocuktur. Yetişkin bir kişinin çocuklara karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlarda çocuğun “rızası” cebir, tehdit, hile ile edinilmemiş olsa dahi istismar niteliği taşımaktadır. Çünkü bir yetişkinin, toplum içindeki konumu, yaşam deneyimleri, ekonomik ve maddi gücü, cinsel partner olarak bu özellikleri taşıyan bir başka yetişkini seçme imkanı veriyorken⁵; onun psikolojik, biyolojik ve fizyolojik olarak kendisinden açıkça daha savunmasız, kolay yönlendirilebilir bir çocuğa karşı gerçekleştirdiği fiiller cinsel anlamda bir suiistimal, bir sömürü teşkil edecektir. Bu durumda AYM’nin iptal kararında ifade edildiği üzere, çocukların yaşı dikkate alınmalıdır; ancak bu yaşı birbirine yakın çocuklar arası rızaya

dayalı ilişkiyi bir cezasızlık hali olarak öngörmekle aşılabilecek bir durumdur. Gerekçenin yetişkinleri de kapsayacak şekilde ifade edilmiş olması çocukları ciddi bir istismar tehlikesiyle karşı karşıya getirmektedir.

İkinci olarak ise “fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi”ne dayalı gerekçe ele alınmalıdır. Cinsel birliktelik sonrasında tarafların evlenmesinin hafifletici bir neden olarak düzenlenmesi önerisi, akla mülga TCK md. 423’teki evlenme vaadiyle kızlık bozma suçundaki cezasızlık sebebini getirmektedir. Benzer bir düzenleme bu suç tipinde de öngörülmüşken kanun koyucu 5237 sayılı Kanunun düzenlenişi sırasında bu hükme yer vermeyerek siyasi bir irade göstermiştir. Zira bu hüküm, hem genel olarak erken yaşta gerçekleştirilen evlilikleri meşrulaştırmakta hem de hukuki anlamda evlenme ehliyeti olmayan küçüklerin dini nikâh ile bir araya getirilmesiyle bu tür “evlilikleri” toplum nazarında normalleştirmektedir. Ayrıca cinsel istismar mağduru çocukların kendilerine karşı istismar eylemlerini gerçekleştiren kişilerle evlenmeye zorlanmaları ağır bireysel ve toplumsal neticeler doğurmaktadır. İptal kararlarında yer alan gerekçenin dikkate alınması, hâlihazırda “çocuk” ve “evlilik” kavramlarının bir arada düşünülmesini doğal bulan ve bunun çok katmanlı sakıncaları konusunda ikna olmayan, bunu “normal” algılayan bir toplum içinde çocukların maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli koşulların oluşmasına izin vermemekte, onları her türlü istismar karşısında korumasız bırakmaktadır.

Ceza hukukunun toplumun kültürel özellikleri ve ihtiyaçlarına göre şekillenmesi gerektiği düşünülebilirse de yeni düzenleme yapılırken hukukun geliştirici ve yol gösterici işlevinin olduğunun da altını çizmek gerekir. Ancak kanaatimce sorun tek başına ceza hukuku aracılığıyla aşılabilecek boyutta olmayıp hukukun etkili bir mekanizma olarak işlemesi için devlet ve toplum iradesi çocukların her türlü suiistimali ile kapsamlı bir şekilde, dört koldan mücadele etmelidir.⁶

Notes:

1. Fahri Gökçen TANER; Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, TBB Dergisi 2016 (124) s. 241; <https://www.evrensel.net/haber/288099/istismar-torbaya-girmemeli> (Son erişim tarihi: 24.08.2016).

2. TANER, s. 242.

3. TANER, s. 237-238.

4. Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, İlker TEPE; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 350.

5. AYM’nin 12.11.2015 tarihli 2015/100 sayılı kararında Osman Alifeyyaz PAKSÜT tarafından yazılan Farklı Gerekçe.

6. Söz konusu iptal kararları md.103’te düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçuna ilişkin olduğundan mesele bu kapsamda ele alınmıştır; ancak aynı kaygılar, md.104’te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından da geçerlidir.
