

Cinsel İstismar Suçunda Değişiklik Yapılmasını Öngören Teklife İlişkin Hukuki Görüşüm

Bilindiği üzere Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca 3.10.2016 tarihinde kararlaştırılan “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” Adalet Komisyonunda görüşülmüş ve TBMM Genel Kuruluna sunulmuştur.

Tasarının Genel Kurulda görüşülmesi sırasında, 17.11.2016 tarihinde sunulan önerge Meclis Genel Kurulunda kabul edilmiştir. 22.11.2016 itibarıyla tekrar komisyona çekilen bu önerge önümüzdeki günlerde de aktüalitesini koruyacaktır. Tasarıya eklenmesi düşünülen geçici 1. maddenin metni şu şekildedir:

“(2) 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.”

Bu düzenlemenin herhangi bir yaş sınırlaması içermemesine karşın, asıl olarak 15 yaşını tamamlamamış çocuklar açısından sonuç doğuracağını en baştan ifade etmek isabetli olacaktır. Zira mevcut düzenlemelere göre 15 - 18 yaş aralığında olan ve rıza ehliyeti bulunan çocukla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girilmesi Ceza Kanunumuz’da suç olarak düzenlenmiş fakat bu suç bazı istisnalar hariç¹ şikayete tabi kılınmıştır. Dolayısıyla 15 - 18 yaş aralığındaki bir çocukla, çocuğun rızasına dayalı olarak cinsel ilişkiye giren

¹ TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”:

*“... (2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, **şikâyet aranmaksızın**, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, **şikâyet aranmaksızın** ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”*

kişiler ancak şikayet üzerine cezalandırılabilir. Evlenmek niyetindeki bir kişinin bu şekilde bir şikayette bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu göz önünde bulundurulduğunda; yürürlükteki düzenlemenin bu çocuklarla gerçekleştirilen cinsel eylemler ve evlilikler bakımından failin cezalandırılması sonucunu doğurmadığı açıktır.

Bu açıklama ışığında, getirilmek istenen düzenlemenin esasen 15 yaşını tamamlamamış çocuklarla ilgili olduğuna ve bu yaş grubundaki çocuklar hakkında hukuki sonuçlar doğuracağına; 15 - 18 yaş grubu çocuklar açısından böyle bir düzenlemeye zaten ihtiyaç bulunmadığına dikkat etmek gerekmektedir.

Öncelikle bu tespiti yaptıktan sonra değişiklik önermesine ilişkin görüşlerimizi ifade etmek isteriz.

1. Düzenleme, hukuki niteliği öyle olmasa da, af özelliği göstermektedir. Mağdur ile fail arasındaki resmi evliliğin devam etmesi ya da failin kusuru olmaksızın sona ermiş olması (diğer tarafın aldatması, ölüm vb. sebeplerle evliliğin sona ermesi) halinde failin cezaevine girmemesini sağlamaya yöneliktir. 16.11.2016 tarihinden önce işlenen fiiller bakımından ve bir kereye mahsus olarak uygulanacak bir geçici hüküm teşkil etmektedir.
2. Cinsel istismar suçu düzenlemesinde mağdur çocuğa dair yaşa ve rıza ehliyetine dayanan bir ayırım yapılmışken fail olmak bir şarta bağlanmamıştır. Öyle ki 15 yaşında bir çocuğun da, 18 - 19 yaşında bir gencin de, 40 yaşında orta yaşlı bir kişinin de, 90 yaşında bir ihtiyarın da suçun faili olması kanunen mümkündür. Dolayısıyla cinsel istismar suçu, görünümleri çok farklı cinsel eylemlere sonuç bağlamaktadır. Önerge dahilinde de fail ile mağdurun karşılıklı durumuna veya failin yaşına dair herhangi bir ayırma yer verilmemesi, düzenlemedeki muhtemel amaçla ortaya çıkacak sonuçların uyum göstermemesine sebep olacaktır. Öyle ki 18 yaşındaki bir genç erkek ile 15 yaşını tamamlamamış bir kız çocuğunun birlikte yaşama iradesi göstermeleri, cinsel ilişkiye girmeleri, çocuk sahibi olmaları ve sürecin sonunda resmen evlenmeleri halinde failin cezalandırılmaması için bir düzenleme ihtiyacı hissedilmiş olabilir. Ancak mevcut düzenleme aynı zamanda ailesi tarafından 65 yaşında bir adamla birlikte yaşamaya ikna edilen 12 yaşındaki kız çocuğu bakımından da geçerli olmaktadır.
3. İlk bakışta fark edilen bu ciddi problemten başka olgular bakımından da çözümsüzlük söz konusudur. Örneğin birlikte yaşama iradesi gerçekten mevcut

olması fakat resmi evlilik gerçekleşmeden önce son bulması, birlikte yaşama iradesi ile gerçekleştirilen birden fazla ilişki bulunması durumunda veya aynı anda birden fazla failin ilgili fiili işlemesi (müşterek faillik) hallerinde düzenleme sorun teşkil etmektedir. Gerçekten evlilik iradesi bulunduğu fakat mağdurun harici bir nedenle hayatını kaybetmesi durumunda fail cezalandırılırken birden fazla çocukla aynı şekilde evlenip boşanan birinin bu düzenlemeye göre cezaevine girmesi söz konusu olmamaktadır. Müşterek faillik halinde ise aynı eylemden dolayı bir kişi bakımından bir infaz söz konusu olmazken diğerleri hakkında en az 16 yıllık hapis cezasına hükmedilebilmektedir.

4. Azmettiren ve yardım eden sıfatına sahip kişileri kapsamına alan düzenleme, iştirak kurumu açısından da yerinde olmayan sonuçlar doğuracaktır. Düzenlemeye göre fail bakımından hükmün açıklanmasını geri bırakma veyahut cezanın infazının ertelenmesi şartlarının oluşması halinde, şerikler hakkında kamu davasının düşmesi ya da infazın ortadan kaldırılması kararı verilecektir. Evliliğin failin kusuruyla sona ermesi durumunda ise fail hakkındaki hüküm açıklanacak veya ertelenmiş olan cezanın çektirilmesine devam olunacakken şerikler açısından kamu davası düştüğü veya infaz ortadan kaldırıldığı için bu kişilere yönelik herhangi bir yaptırım söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla şerikler bakımından düzenlemenin af niteliği daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.
5. Mevcut düzenlemelerimize göre cinsel istismar suçu bakımından 15 yaşını tamamlamamış çocukların rıza ehliyeti bulunmamaktadır. Dahası işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği olmadığı için, 12 yaşını doldurmamış çocukların hiçbir suç bakımından ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Önergenin kabul edilmesi halinde, kanunen rıza ehliyeti ve ceza sorumluluğu bulunmayan çocukların sözde rızası “infazın durdurulması şartı” konumuna getirilmiş olacaktır.
6. Ek olarak düzenlemenin teknik hukuk bağlamında da oldukça hatalı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Söz konusu hükmün özellikle 15 yaşını tamamlamamış çocuklar açısından sonuç doğuracağı ve bir çocuğun en erken 16 yaşında evlenebildiği göz önünde bulundurulduğunda; sözgelimi 12 yaşında bir çocukla zorlama veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın cinsel ilişkiye giren bir kimse öncelikle 16 yıldan az olmayan bir hapis cezasıyla cezalandırılacak, daha sonra mağdur çocuğun 16 yaşını tamamlamasıyla mağdur çocukla evlenecek ve

yaklaşık 4 yıl infaz kurumunda kaldıktan sonra cezasının infazı ertelenerek ceza infaz kurumundan çıkarılacaktır. Muhakeme ve infaz sistemiyle tamamen uyumsuz bir şekilde failin cezaevine girmemesi muhakeme ve infaz hukuku kurumları ile sağlanmaya çalışılmıştır.

7. Bu durumda cezanın infaz edilmesini önlemek amacıyla fail ve yakınlarının mağdur ve ailesi üzerinde baskı kuracağı; cinsel eylemin zorlama veya herhangi bir iradeyi etkileyen neden bulunmaksızın gerçekleştiğini beyan etmeleri ve evliliği kabul etmeleri için her yola başvuracağı şimdiden öngörülebilmektedir. Zira söz konusu suçun yaptırımının alt sınırı 16 yıldır, yeni tasarıda bu sınırın 12 yaşın altındaki çocuklar bakımından 18 yıla çıkarılması öngörülmektedir. Açıkça ifade edilebilir ki bu düzenleme; yüksek cezalardan kurtulmak isteyen kişilerin suç işlemesinin ve çocukların istismarcıları ile bir ömür geçirmek zorunda bırakılmasının önünü açmaktadır.
8. Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise fail ile 15 yaşından küçük mağdurun evlenmelerine böyle bir sonuç bağlanmasının, çocuk evliliklerini arttıracığıdır. Bilindiği üzere kural 17 yaşını tamamlamış kişilerin aile izni ile, 16 yaşını doldurmuş çocukların hakim izni ile evlenebilmesidir. Evlenmenin cinsel istismar faileri açısından cezanın infazını engelleyen bir sonuç meydana getireceği düşüncesi, istisnai bir kurumun uygulama alanını da genişletecek, küçük yaşta evlenmelerin sayısını artıracaktır.
9. Bu noktada, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel eylemler bakımından birtakım önerilerde bulunulabilir. Aynı yaş grubuna dahil olan çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerde çocukların ceza sorumluluğu bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu durumda varsa ikna, teşvik vb. katkısı olan yetişkinlerin ceza sorumluluğuna dair bir düzenleme öngörülebilir. Farklı yaş grubunda olan çocuklar bakımından ise üst yaş grubuna dahil olan çocuğun fail sayılması söz konusudur. Ancak çocukların yaşça birbirine yakın olması, aralarındaki ilişkinin gösterdiği özellik vb. hallerin somut olayda göz önünde bulundurulabilmesi için; ceza verilmesine yer olmadığı, adli para cezası veya kısa süreli hapis cezası gibi olaya uygun bir hüküm tesis etmesini sağlayacak şekilde hakime takdir hakkı tanımak, cezanın infazının ertelenmesini yetişkinlere nazaran daha kolay şartlara bağlamak yerinde olacaktır. Yine 18 - 21 yaş arasındaki gençler ile çocuklar arasındaki cinsel eylemler bakımından gence daha az ceza verilebilmesi imkanının

oluşturulması da önerilebilir. Özet olarak, düzenlemeye dair mevcut sorunların çözümü, farklı durumlara farklı hükümler tesis edilmesini sağlayacak olanaklar düşünülmesinden geçmektedir.

10. Ayrıca böyle bir düzenlemenin Adalet Komisyonunda tartışılmaksızın Genel Kurulda verilen bir önergeyle tasarıyla eklenmesinin doğru bir yaklaşım olmadığını söylememiz gerekir. Bu yöntem hükmün, bilimsel tartışmalardan kaçırılarak yürürlüğe sokulması amacıyla hareket edildiği izlenimi uyandırmaktadır. Bu denli önemli ve hassas bir konunun mevcut yöntemle ele alınması şiddetli bir eleştiriyi hak etmektedir.
11. Tekrar belirtmekte fayda vardır ki bu düzenleme ile 16.11.2016 tarihinden sonra 15 yaşından küçük çocuklarla zorlama veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişi mağdur ile evlense bile cezalandırılacak ve bu ceza infaz edilecekken; bu tarihten önce aynı eylemi icra eden kişilerin cezasının infazının önüne geçilmekte, böylelikle bu kişiler adeta affedilmektedir. Toplumdan hukuk kurallarına riayet etmesi bekleniyorsa, bu kurallara aykırı davranıldığında ilgili yaptırımın kesinlikle uygulanması gerekir. Unutulmamalıdır ki cezaların caydırıcılığının sağlanması, cezanın yüksekliğinden ziyade onun istisnasız şekilde uygulanmasıyla mümkün olmaktadır. Bu sebeple af veya benzer nitelik taşıyan düzenlemelere mümkün olduğunca az başvurulması gerekmektedir.
12. Diğer taraftan eski TCK'nın 434. maddesinin yürürlükten kalkmasının ardından yeni Kanun'a ilişkin kültürün oluşmasında zorluk yaşandığını ve bunun mağduriyetler ortaya çıkardığı yönündeki gerekçe izaha muhtaçtır. Zira istatistiki veriler bu tespitin aksini göstermekte, yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından itibaren cinsel istismar teşkil eden fiillerde azalma olduğunu ortaya koymaktadır. Yine önergenin verildiği andan beri ülkenin genelinde oluşan ciddi ve yoğun tepkiler bu tespitin doğruluğunun sorgulanması gerektiğini göstermektedir.

Sonuç olarak; sosyolojik gerekçelerle ortaya çıkarılan fakat kanun yapma tekniğine aykırı olan bu düzenlemenin, gelecekte de bir af beklentisine neden olacağı göz ardı edilmemelidir. Mağdurda çeşitli tıbbi problemlere yol açan cinsel istismar vakıaları ile ekonomik özgürlük ve eğitim - öğretim hakkı bakımından büyük sorunlar yaratan çocuk evlilikleri sosyolojik gerçeğimiz olarak karşımızda durmaktadır. Bu gerçeğe dair çözümü

insan onuruna aykırılık teşkil edebilecek düzenlemelerde aramamalıyız. Aksine, sırf herkesçe bilinen sakıncalardan dolayı belki de 16, 17 yaşında yapılan evliliklere yasal engel oluşturmalıyız.

Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutođlu

22.11.2016