



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Ceza Adaleti Sistemimizin En Önemli Yanlış Uygulamalarından Biri Olarak Cinsel İstismar Kapsamında Değerlendirilen Akran Cinselliği

Av. Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA*

Öz

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun, yargı uygulamamızda, çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliğine ilişkin fiillerde de uygulandığı ve taraflardan erkek çocuğun cezalandırıldığı görülmektedir. Ancak birini diğerine nazaran bu tür eylemlerden kaçınmak bakımından daha fazla sorumluluk altına sokamayacağımız iki akran çocuktan birinin salt erkek olduğu için cezalandırılması, ne mevcut hukuk kurallarıyla ne de adalet duygusuyla açıklanabilir bir durum değildir. Bu bağlamda bu tür eylemleri gerçekleştiren çocuklardan biri hakkında cezai takibat ve yargılama yapılıyor olması bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (m.3, m.5, m.6, m.7 ve m.14 bakımından) açık ihlalini oluşturmaktadır. Aynı şekilde bu tür bir uygulama; Anayasa m. 2'deki hukuk devleti ilkesine, m. 10'daki eşitlik ilkesine, m. 17'deki kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı, m. 19'deki kişi hürriyeti ve güvenliği ve m. 38/1'deki kanunilik ilkesine ilişkin temel haklara, açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu çalışmada söz konusu uygulamanın ayrıntıları ve hukuka aykırılığı üzerine ayrıntılı bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Akran cinselliği, Cinsel istismar, Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, Cinsel suç, Suça sürüklenen çocuk.

* Eskişehir Barosu / Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, hkarakehya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5028-1216.

Gönderim Tarihi: 15.01.2023. Kabul Tarihi:16.03.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

As One of the Most Important Misapplication of Our Criminal Justice System: Peer Sexuality Considered as Sexual Abuse

Abstract

It is seen that the crime of sexual abuse regulated in Article 103 of the Turkish Penal Code is also applied in acts related to peer sexuality based on consent between children in our judicial practice and the male child is punished from the parties. However, the punishment of one of the two peer children, whom we cannot put under more responsibility in terms of avoiding such acts than the other, cannot be explained either by the current rules of law or by a sense of justice. In this context, even the fact that criminal proceedings and trials are carried out against one of the children who commit such acts constitutes a clear violation of the European Convention on Human Rights (in terms of articles 3, 5, 6, 7 and 14). Likewise, such an application; Clearly contradictory to the principle of the rule of law in article 2 of the Constitution, the principle of equality in article 10, the inviolability of the material and spiritual existence of the person in article 17, personal freedom and security in article 19 and the principle of legality in article 38/1 of the Constitution. constitutes. In this study, a detailed evaluation was made on the details of the application in question and its illegality.

Keywords

Peer sexuality, Sexual abuse, Crimes against sexual immunity, Sexual offences, Children dragged into crime.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nin) ikinci kitabının altıncı bölümünde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara yer verilmiştir. Bunlar arasında 103. maddede “çocuğun cinsel istismarı” suçu düzenleme altına alınmıştır. Tipik düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bu suçun mağduru ancak çocuk olabilir. Peki, söz konusu düzenlemede yer alan fiilleri, akran durumunda bulunan çocuklar birbirlerine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir vasıta kullanılmaksızın (karşılıklı rızayla) gerçekleştirdiklerinde, cezai sorumluluk ortaya çıkacak mıdır? Bu konuda doktrinde ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay uygulaması ise söz konusu fiillerin karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, erkek çocuğun cezalandırılması yönünde yerleşik bir içtihat oluşturmuş durumdadır¹.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamasının hukuka aykırılığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Söz konusu değerlendirme yapılırken, hukuki düzenlemelerimiz yanında; doktrindeki farklı görüşlerden, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşme hükümlerinden ve Yargıtay içtihatlarından faydalanılacaktır. Bunun yanında böyle bir uygulamanın ortaya çıkışı nedenleri de irdelenecektir.

Çalışma başlığında söz konusu uygulamanın Türk yargı sisteminin en önemli yanlış uygulaması olduğu iddiasını içeren bir metnin kullanılması tercih edilmiştir. İlk bakışta bu kullanım fazla iddialı görünebilir. Ancak Türkiye'nin geleceğini oluşturan ve toplumda en çok dikkat edilmesi gereken hassas gruplar içerisinde yer alan çocuklar, 13-14 yaşlarında, sırf ergenliğe yeni adım atmanın hormonal değişikliği ve merak duygusu ile karşı cinsten bir arkadaşı ile gerçekleştirdiği cinsel eylemler dolayısıyla, 12 yıla kadar hapis cezası ile yargılanmakta (Bkz. TCK m. 102/2 ve TCK m. 31), sonuçta da 5-7 yıl gibi hapis cezaları alarak, çocukluk ve ilk gençlik yıllarını infaz kurumlarında yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar. Bu çocuklar infaz kurumundan ne şekilde çıkacaklardır, infaz kurumlarını bilen meslektaşlardan çoğu bunu az çok takdir edecektir. Erkek çocukların tabii tutulduğu bu muamelenin yanında, söz konusu çocukları geleceğin muhtemel suçluları olma sürecine katılmaları dolayısıyla, bu uygulamanın şu an için adalet sistemimizdeki en önemli yanlış uygulama olduğu kanaatindeyiz.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuk uygulamamızda sadece 12-15 yaş aralığındaki çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar cezalandırılmamaktadır. Bunun yanında 15-18 yaş aralığındaki akran çocukların birbirilerine

¹ Bkz. Adem Sözüer, ‘İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor’, İpek Özbey ile gerçekleştirilen Röportaj metni (16 Nisan 2018 tarihli Röportaj), < <http://www.hurriyet.com.tr> > Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel ilişki boyutundaki cinsel davranışları da cezalandırılmaktadır. Bu tür eylemler bakımından da erkek çocuk TCK m. 104 kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulmaktadır. Kanaatimizce bu kapsamdaki davranışların cezalandırılması da hukuka aykırıdır. Ancak hem suçun cezasının görece az olması hem de çocukların yetişkinliğe daha yakın yaşlarda bulunmaları dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyetin 12-15 yaşındaki çocuklar için yapılan uygulamaya nazaran daha az olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle çalışma konumuzu, cinsel istismar kapsamında değerlendirilen akran cinselliğine hasretmeyi uygun bulduk.

I. AKRAN CİNSELLİĞİ KAVRAMI

Akran kelimesi gündelik hayatta çoğu kez birbiriyle aynı ya da yakın yaştaki kişileri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde ise bu terim; *“yaş, meslek, toplumsal durum vb. bakımından birbirine eşit olanlardan her biri, boydaş, böğür, taydaş, öğür”* olarak açıklanmıştır².

"Akran cinselliği" terimi, en yalın ifade ile birbirine yakın yaştaki kişiler arasındaki cinsel davranışları ifade eder. Ancak bu terim ile daha çok işaret edilen birbirine yakın yaştaki çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlardır. Doktrinde de bu yönde bir kullanım olduğu görülmektedir³. Ancak meramın daha net ortaya konulması bakımından biraz uzun olsa da "rızaya dayalı akran cinselliği" kavramının kullanılması da uygun olacaktır.

Çocukların akran sayılabilmeleri için aralarında en fazla kaç yaş fark olması gerektiği konusunda da bir ortak fikir birliği yoktur. Farklı hukuk sistemleri ise üç veya beş yaş farkı bulunan çocukları akran olarak kabul edip, bunlar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışların cezalandırılmayacağına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Kanaatimizce aralarında üç ve daha az yaş farkı bulunan çocukların akran sayılması uygun olacaktır⁴. *“Cinsel davranışlar bakımından psikiyatrik değerlendirmeler ışığında iki çocuk arasında üç yaştan fazla fark olmaması durumunda iki çocuğun rızaya dayalı olarak cinsel davranışlar gerçekleştirebileceği yönünde genel bir görüş vardır. Bu konuda, bir yaş belirlemek yerine her olayı kendi içerisinde kendi şartları bağlamında değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Uluslararası literatürde kabul edilen görüşe göre, iki çocuk arasındaki cinsel davranış, yaş veya gelişim*

² Bkz. Akran, TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, < <https://sozluk.gov.tr> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.

³ Örneğin çocuk vakfı tarafından hazırlanan raporda bu konu "akranlık meselesi" başlığı altında ele alınmıştır. Memduh Cemil Şirin, Çocuğun Cinsel İstismarı Raporu (Çocuk Vakfı Yayını 2016) 19.

⁴ Akran cinselliği ve çocuk istismarı özelinde karşılaştırmalı hukuktaki örnekler için ayrıca bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Seçkin Yayınevi 2013) 288 vd.; Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (Der Yayınları 2014) 90 vd.; Serhat Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (Yetkin Yayınevi 2016) 370 vd.

farkı bakımından bir çocuğun diğerine göre sorumluluk, güven ve güç bakımından üstün olması halinde cinsel istismar olarak nitelendirilmektedir.”⁵.

Bununla birlikte hukukumuzda rızaya dayalı akran cinselliğine ilişkin ayrı bir hüküm konulmuş değildir. Ancak mevcut uygulamalara bakıldığı zaman bu tür fiillerin cezalandırılmayacağına ilişkin açık bir hüküm konulması gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde de söz konusu fiiller bakımından, cezasızlık içeren açık bir hüküm konulması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.

II. AKRAN CİNSELLİĞİNİ ÖNLEMELİK İÇİN MADDİ CEZA HUKUKU BİR ARAÇ OLARAK KULLANILMALI MIDIR ?

Çocukların cinsel davranışlara maruz kalmaları psikolojik açıdan sorunludur. Çünkü çocuklar, ruhsal açıdan bu tür davranışlar karşısında erişkinlere nazaran daha kırılğan bir yapıya sahiptirler. Bu bağlamda özellikle ergin bir partnerle yaşanan cinsel deneyim, çocuklar açısından son derece yıpratıcı olabilecektir. Hele ki cinsel davranışlar çocuğa cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka araçlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmişse, çok daha travmatik sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bunun yanında, özellikle birbirine yakın yaşlardaki çocukların, birbirleriyle erken yaşta cinsel deneyimde bulunmalarının da bir takım ruhsal sorunlara neden olduğu, bugün geniş kitlelerce kabul edilmektedir. Dolayısıyla birbirleriyle bile olsa, çocukların erken yaşta cinsel deneyim yaşamasını önlemeye yönelik tedbirlerin alınması gerekir.

Bu bağlamda özellikle çocuklara cinsel eğitim verilmesi ve bu tür davranışların sonuçları konusunda çocukların ve ailelerin yeterli oranda bilgilendirilmesi, söz konusu davranışların engellenmesi bakımından etkili olabilecektir. Ancak bireyde cinsel duygular uyanmaya başladıktan sonra, karşı cinsle ilişki kurmak birey için bir ihtiyaç haline gelmektedir. Cinselliğin bu kadar ön planda olduğu televizyon ve sosyal medya nedeniyle, önceki nesillere nazaran cinsel öğelerle çok daha fazla temas eden günümüz çocuklarının bu tür ihtiyaçlarının çok daha erken yaşlarda ortaya çıktığını söylemek mümkündür. 12-13 yaşında ve hatta yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle bazen çok daha erken yaşta ergenliğe giren çocukların hormonal durumları merak duygularıyla birleşince, cinselliğe ilişkin çok daha fazla ihtiyaç içerisinde oldukları gözlemlenebilmektedir. Elbette ki bu hormonal durum ya da merak duygusu, çocukların yetişkinler tarafından istismarının bir gerekçesi olmamalıdır. Ancak kendi aralarında

⁵ Şirin (n 3) 19.

gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından içinde buldukları bu koşullar makul bir neden olarak kabul edilmelidir.

Çocukların erken yaşta akranlarıyla, rızaya dayalı bile olsa, cinsel deneyim yaşamalarının onların psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkilediği ve bununla mücadele edilmesi gerektiği düşünülüyorsa, bu mücadelede ceza hukuku yaptırımlarının araç olarak kullanılmaması gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere eğitim, bilgilendirme, vb. araçlarla çocukların korunması mümkün ve etkili bir yöntem olabilecektir. Ancak ceza hukuku yaptırımlarının bu şekilde araçsallaştırılmasının, beklenen faydadan çok kamusal zarara neden olacağı açıktır.

“Cehenneme giden yol, iyi niyet taşlarıyla bezelidir.” şeklindeki özdeyiş, tam da çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliğini cezalandırma konusuna uygun bir cümledir. İnsanlık tarihi, devletin bir takım kamusal zararı olan fiilleri önlemek için yürüttüğü kamusal faaliyetlerin, önlenmeye çalışılan fiillerden çok daha fazla kamusal zarar ortaya çıkarmasına ilişkin örneklerle doludur. Çocukların daha sağlıklı bir psikolojiyle büyümesi adına iyi niyetle yapılacak hukuki düzenlemeler, sonuçta birbirlerinin rızasıyla cinsel davranışlarda bulunan çocuklardan birinin infaz kurumunda uzun süreler geçirmesi sonucunu ortaya çıkartıyorsa, toplumsal açıdan ciddi bir sorun var demektir. Bu durumda, devletin, çocukları korumak adına yürüttüğü kamusal cezalandırma faaliyeti, mücadele edilen erken yaştaki cinsellik eylemlerinden çok daha fazla kamusal zarar ortaya çıkarmakta, çocuklar bakımından çok daha ağır bir tehdit oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yükleyemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışları cezalandırmanın herhangi bir mantığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla akran çocuklar arası rızaya dayalı cinsel davranışların bu çocuklar üzerinde olumsuz etkileri varsa, bununla başkaca yollarla mücadele edilmelidir. Ancak hiçbir şekilde bu davranışlar cezai yaptırıma tabi tutulmamalıdır.

III. CİNSEL İSTİSMAR SUÇU

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK m. 103'te hüküm altına alınmıştır. Altı fıkradan oluşan söz konusu düzenleme şu şekildedir;

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar

hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde 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, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

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

Madde metninde de anlaşılacağı üzere bu suçun mağduru ancak çocuk olabilir⁶. Çocuk olmayan kişilere karşı işlenen cinsel fiiller, ancak cinsel saldırı (TCK m.102) veya cinsel taciz (TCK m.105) kapsamına girebilir. Burada cinsel istismar suçuna ilişkin ayrıntılara girilmeyecektir. Bu konuda doktrinde ayrıntılı şekilde yazılmış birçok esere bakılabilir. Burada akran cinselliği bakımından suç tipine ilişkin bir değerlendirme yapmayı daha uygun buluyoruz.

Bu bağlamda akran cinselliğinin cinsel istismar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu tartışmak gerekir. Aksi yönde görüşler olsa ve Yargıtay uygulaması farklı şekilde gelişmiş olsa da cinsel istismar suçu bakımından yukarıda paylaştığımız TCK m. 103 düzenlemesi, rızaya dayalı akran cinselliği yaşayan çocukların cezalandırılmasına imkan vermemektedir. Nitekim suç tipinin ismini belirlerken kanun koyucunun kullandığı "istismar" ifadesi, "birisinden yararlanma, onun iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme" anlamlarına gelir⁷. Bir kişinin bir çocuğu cinsel yönden kötüye kullanması için onun üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirirken; cebir, tehdit, hile gibi araçları kullanması veya çocuğun üzerinde en azından hafiften bile olsa bir otorite kurmaya neden olacak olgunlukta olması gerekir. Bu bağlamda birbirine yakın yaşlardaki çocukların birbirine karşı, rızaya dayalı olarak bu suçu işlemesi söz konusu olamaz. 13 yaşını yeni doldurmuş bir çocuk, 13 yaşını doldurmuş başka bir çocuğu, örneğin cebir ya da hile kullanarak cinsel yönden istismar edebilir. Ama arada iradeyi etkileyen herhangi bir araç kullanımı ya da çocuk üzerinde hafiften bile olsa bir otorite kurulmasını sağlayacak yaş büyüklüğü söz konusu değilse, istismardan söz edilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yükleyemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışları suç kapsamında değerlendirmek de mümkün değildir. Ancak her ne kadar bu fikirde olmasak da çocukların cezalandırılması gerektiği düşünülse bile, bu durumda tutarlılık açısından her ikisinin de cezalandırılacağı ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay uygulamasında olduğu gibi sadece erkek çocuğu cezalandırmayı herhangi bir hukuki argümanla açıklamak hiçbir şekilde mümkün değildir.

⁶ Kocaoğlu (n 4) 271.

⁷ Bkz. İstismar, TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>

IV. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAĞLAMINDA, AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN DOKTRİNDE YER ALAN GÖRÜŞLER

İki akran çocuğun birbirine karşı rızasıyla gerçekleştirdiği cinsel davranışlar bakımından ne şekilde hareket edileceği hususunda doktrinle uygulama arasında ciddi bir farklılık söz konusudur. Söz konusu görüşler şu şekilde özetlenebilir;

Özgenç, çocuğun cinsel istismarı bakımından aynı yaş grubunda bulunan çocukların birbirlerine karşı, rızaya dayalı olarak, vücut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle cinsel davranışlarda bulunmaları halinde, herhangi birisi bakımından cezai sorumluluk doğmayacağı kanaatinde⁸.

Koca-Üzülmez de cinsel istismar suçu bakımından akran çocukların birbirlerine karşı, vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle, rızaya dayalı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışlardan dolayı cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Yazarlar bu görüşlerine dayanak olarak ise bir suçun faili ile mağdurunun aynı kişi olamayacağına ilişkin ilkeyi göstermektedirler. Doğrudan alıntılırsak, yazarlara göre, *“böyle bir uygulama bir kişinin aynı suçun ya faili ya mağduru olabileceği yolundaki temel ceza hukuku prensibine aykırılık teşkil etmektedir.”*⁹.

Tezcan-Erdem-Önok da benzer şekilde, vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle birbirine karşı rızaya dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştiren kişilerin akran olmaları durumunda, cezai sorumluluk doğmayacağı kanaatinde¹⁰. Yazarlar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedirler; *“hem failin hem de mağdurun 15 yaşını doldurmuş olmaları durumunda, karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlar cinsel istismar suçu kapsamında cezalandırılmaz.”*¹⁰.

Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe'nin, yukarıdaki görüşlerden ayrılarak, cinsel istismar suçunda 12-15 yaş aralığındaki çocukların, birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışları dolayısıyla cezalandırılmalarını, normatif bir zorunluluk olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır¹¹.

⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Seçkin Yayınevi 2005) 824.

⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2017) 312.

¹⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2017) 404.

¹¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2015) 346.

Bununla birlikte akran çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından, aktif olarak hareket eden ve cinsel davranışları baskın şekilde gerçekleştirenin cezalandırılmasına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Ünver bu görüştedir¹². Ayrıca akran çocuklar arasındaki rızaya dayalı bu tür fiiller bakımından diğer tarafı ikna eden çocuğun cezalandırılması yönünde görüşler de bulunmaktadır. Artuk-Gökçen-Yenidünya, bu görüşü savunanlardandır¹³.

Doktrinde, uygulamadaki durumun aksi yönünde bu kadar çok görüş olması, konunun hukuken ne kadar çok problemlili olduğunun açık bir göstergesidir. Bununla birlikte, olması gereken bakımından doktrindeki hiçbir yazarın, akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışları nedeniyle, cinsel istismar suçundan cezalandırılmalarını savunmadığını da ifade etmek isteriz.

V. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAĞLAMINDA, AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

A. Genel Olarak

Doktrinde aksi yönde birçok görüş olmasına rağmen, Yargıtay uygulaması, 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların birbirlerine karşı, rızaya dayalı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışları, TCK m. 103 kapsamında cinsel istismar olarak değerlendirmekte ve bu suçun failini de erkek çocuk olarak görmektedir. Bununla birlikte doğrudan konumuz olmasa da 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklar bakımından da benzer şekilde hareket edildiğini ve vücuda organ sokan erkek çocuğun reşit olmayanla cinsel ilişkiden sorumlu tutulduğunu ifade etmek gerekir. Yargıtay'ın bu uygulamasını hukuki argümanlarla açıklamak mümkün değildir. Her ne kadar yukarıda açıkladığımız gerekçelerle aynı görüşte olmasak da her iki çocuğu cezalandırmak belki bir yere kadar (makul olmasa da) anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim *"kanun koyucu aksi yönde uygulama isteseydi bu yönde düzenleme yapardı. Tipik fiiller bakımından akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarına ilişkin bir istisna getirilmemiş. Bak başka devletlerde istisna getiren düzenlemeler var. Ama bizde yok."* denilerek durum nispeten hukuki bir zeminde açıklanabilirdi. Ama kız çocuğunu

¹² Yener Ünver, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel İncelenmesi' in II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi 2014) 45.

¹³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2015) 322.

cezalandırmayıp erkek çocuğu cezalandırmanın mevcut hukuki düzenlemelerde bir karşılığı yoktur¹⁴.

Bu bağlamda aşağıda örnek olarak, 12-15 yaş grubundayken gerçekleştirdiği ve karşı tarafın rızasına dayalı olduğu düşünülen cinsel davranışından dolayı erkek çocuk hakkında hükmedilen ceza miktarlarına dikkat çekmek isteriz.

“...Tüm dosya içeriğinden, suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği sırada tehdit ya da cebir kullandığına dair herhangi bir delil bulunmadığı gözlemlenmeden, hakkında T.C.K.nın 103/4. fıkrasının uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, Mahkemece S. S. çocuk hakkında eylemine uyan T.C.K.nın 103/2-3-4-6, 43/1. maddeleri gereğince belirlenen 23 yıl 6 ay hapis cezası üzerinden S. S. çocuğun suç tarihinde oniki-onbeş yaş grubunda olması nedeniyle, aynı Kanununun 31/2. maddesi uyarınca 1/2 oranında indirim yapılması sonucunda bulunan 11 yıl 9 ay hapis cezasının 31/2-son cümle düzenlemesi karşısında 7 yıla indirilmesi ve bu miktar üzerinden T.C.K.nın 62/1. maddesiyle indirim yapılarak neticeten 5 yıl 10 ay hapis cezası tayin edilmesi gerekirken, indirimin 11 yıl 9 ay üzerinden yapıldıktan sonra T.C.K.nın 31/2-son uygulanarak 7 yıl hapis cezası belirlenmesi suretiyle sonuç cezanın fazla tayini, ...”¹⁵.

Bununla birlikte Yargıtay, 15 yaşını tamamlamış reşit olmayan iki erkeğin eşcinsel ilişkisinde vücuda organ sokan, aktif tarafın cezalandırılması yönünde karar vermiştir¹⁶. Bu

¹⁴ Çocuğun cinsel istismarına ilişkin farklı devletlerin hukuki düzenlemelerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş Kartal (n 4) 90 vd.; Hem cinsel istismar hem de hem reşit olmayanla cinsel ilişki hem de cinsel taciz bakımından karşılaştırmalı devlet düzenlemeleri için bkz. Kocaoğlu (n 4) 370 vd, 433 vd, 477 vd. Konuya ilişkin ayrıca şu haberi de paylaşmak isteriz; “Belçika’da cinsel ilişkide rıza yaşı 16 olarak belirlendi. Akranlar arası cinselliğin dekriminalize edilmesi için, partnerler arası yaş farkının 5 olması şartıyla, bir kişinin 14 yaşında da rızaya cinsel ilişkiye girebileceği belirtildi. Belçika’da Ceza Yasası kapsamında yapılan değişikliklerle cinsel ilişkide rıza yaşı düzenlenirken, akran cinselliğinin kriminalize edilmesinin önüne geçildi...”

Rıza yaşı her ülkede değişiklik gösteriyor. Akranlar arası cinselliğin cezalandırılmaması için bir yaş aralığı belirleniyor. Örneğin Almanya’da rıza yaşı 16 olarak belirlense de, koruyucu önlemler 18 yaşına kadar tüm çocukları kapsıyor. Ayrıca akranlar arası ilişkilerde, partneri 21 yaş üzeri olmadığı sürece, rıza yaşı 14 yaş. Avusturya’da da partnerler arası yaş farkının 3 olması şartıyla, rıza yaşı 14.”: “Belçika’da Akranlar Arası Cinsellik Dekriminalize Edildi” (Bianet Bağimsız İletişim Ağı, 23 Temmuz 2018) < <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/199423-belcika-da-akranlar-arasi-cinsellik-dekriminalize-edildi> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.

¹⁵ Yargıtay 14 CD. E. 2013/6146, K. 2015/2313, 02.03.2015; Yargıtay’ın 12-15 yaş aralığındaki akranlar arası rızaya dayalı cinsel ilişkide erkek çocuğun cezalandırılmasına ilişkin bir diğer kararı ise şu şekildedir; “Kayden 14.06.1997 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşında bulunan suça sürüklenen çocuk Ali Haydar’la ilgili olarak... Mağdurenin 24.01.2012 tarihli kolluk ifadesinde suça sürüklenen çocuk Ali Haydar ve kardeşi Battal ile birlikte cebir, tehdit veya hile olmaksızın olay yerine gittiği, cebir veya tehdit olmaksızın her ikisiyle cinsel ilişkiye girdiği yönündeki anlatımları, suça sürüklenen çocuk ve kardeşinin de mağdurenin isteği üzerine terkedilmiş haldeki eve gittiklerini ve rızasıyla ilişkiye girdiklerini savunmaları, 23.01.2012 tarihli CD inceleme ve 24.01.2012 tarihli kolluk araştırma tutanaklarına göre mağdurenin suça sürüklenen çocuk ve kardeşiyle birlikte suçun işlendiği evin istikametine herhangi bir zorlama olmaksızın gittiğini gösteren kamera kaydı birlikte değerlendirildiğinde, suça sürüklenen çocuğun 5237 sayılı TCK.nın 103/2, 103/3, 103/6 ve 109/1,109/3b,f, 109/5 maddeleri uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, atılı suçların cebir ve tehdit ile gerçekleştirildiğinin kabulü ile 5237 sayılı TCK.nın 103/4 ve 109/2. Maddeleri uygulanmak suretiyle ceza tayini...”: Yargıtay 14 CD, 8699/14923, 29.12.2014.

¹⁶ Yargıtay 14 CD, E.2012/13961; K.2013/467, 24.01.2013; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 11) 368 (190. dipnot).

bağlamda akranlar arası reşit olmayanla cinsel ilişki de farklı cinsler arası eylemlerde erkeği cezalandırırken; iki tarafın da erkek olması durumunda vücuda organ sokanı cezalandırmaktadır. Çünkü birazdan açıklanacağı üzere, ataerkil bakışta vücuda organ sokan, asıl kötülüğü yapandır. Ancak TCK m. 31'deki farklı yaş grupları söz konusu olduğunda, Yargıtay ataerkil bakış açısından sınırlanabilmiş ve üst yaş grubunda bulunanın cezalandırılacağı yönünde içtihatla bulunmuştur. Bu bağlamda 16 yaşındaki Fadime'nin 14 yaşındaki Mustafa ile cinsel ilişkisinde Fadime'nin eyleminin 103/1/a'yı (çocuğun cinsel istismarı suçunu) oluşturacağına hükmedilmiştir¹⁷. Bununla birlikte bir üst yaş grubunda da olsa bir çocuğu aralarında üç yaştan az fark varken, diğerinden daha sorumluluk sahibi görmek ve cinsel istismar gibi ağır bir fiilden dolayı cezalandırmak adil ve yerinde bir uygulama değildir¹⁸.

B. Yargıtay Uygulamasının Sosyolojik Nedenlerine İlişkin Değerlendirme

Akran cinselliğine ilişkin Yargıtay uygulamasının tek açıklaması, topluma hakim olan ataerkil bakış açısının Yargıtayı bir şekilde etkilemiş olmasıdır. Bu bakış açısı birçok sosyal alanda kadını dezavantajlı duruma getirse de söz konusu fiiller bakımından erkek çocuk için dezavantajlı bir uygulama ortaya çıkarmıştır. Toplumumuzda ataerkil bakış açısının tüm azametiyle egemen olması nedeniyle, cinsellikle ilgili davranışlar, bu davranışı yapan çocuk bile olsa “erkeğin elinin kırı” bakış açısıyla değerlendirilmektedir. Cinsel davranış nedeniyle toplumsal baskı ve dışlanmaya ilişkin sonuçlar kız çocukları ve onların aileleri üzerinde birçok olayda çok daha acımasız şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak birçok toplumsal problemin nedenini oluşturduğunu düşündüğümüz bu sorunlu bakış açısının hegemonyasına tabi olup, erkek çocukları cezalandırmanın kabul edilebilir bir yanı yoktur. Nitekim bu şekildeki hareket tarzı hem birçok erkek çocuğun çok küçük yaşlarda infaz kurumlarıyla tanışmasına ve hayatlarının yörüngesinin değişmesine neden olacak hem de sorunlu ataerkil düşüncenin toplumsal açıdan yeniden ve tekrar tekrar üretimini destekleyecektir¹⁹.

Söz konusu Yargıtay uygulamasını hukuki birtakım argümanlarla açıklamanın gerçekten anlamsız olduğunu düşündüğümüz için durumu sosyolojik durumla açıklamayı

¹⁷ Yargıtay 14 CD, 4557/10539, 01.11.2012; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Adalet Yayınevi, 2014) 3405 (983. dipnot).

¹⁸ Aynı yönde ayrıca bkz. Mahmut Koca, Özge Bozkurt ve İbrahim Akar, ‘Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’ in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan (Seçkin Yayınevi, 2020) 662 vd.

¹⁹ Toplumsal cinsel baskı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cahit Can, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar (Seçkin Yayınevi, 2002) 319 vd.

uygun görüyoruz. Bu uygulamanın dayandığı ataerkillikten kaynaklı üç temel husus söz konusudur.

Birincisi toplumda cinselliğin erkeğin elinin kiri olarak görülmesi ama kadın bakımından tam tersi bir durumun söz konusu olmasıdır. Gerçekten de örneğin on dört yaşındaki iki çocuk birbirleriyle cinsel ilişkiye girdiğinde, bunun ortaya çıkması sonucu, çoğunlukla erkek çocuğun ailesi sosyal açıdan fazla utanç duymamakta ve bu durum onların hayatlarının kalan dönemini çok fazla etkilememektedir. Benzer şekilde erkek çocuk psikolojik olarak durumdan belirli oranda etkilense de toplumsal açıdan çok fazla baskıya maruz kalmamaktadır. Oysa istisnaları olmakla birlikte, birçok olayda kız çocuğun sosyal hayatı bu yaşantısı dolayısıyla felç olmakta ve hayatının gidişatı değişebilmektedir. Aynı şekilde bu çocuğun ailesi de toplumsal algı dolayısıyla fazlasıyla utanç hissetmekte ve söz konusu durum nedeniyle birçok kez yerleşim yeri değişikliği yapmak durumunda da kalabilmektedir. Bu durumu göz önünde bulunduran Yargıtay, hukuki dayanağı olmasa da temelde bu tür fiillerin mağduru olarak kız çocuğunu görmektedir. Bazen bir ailenin tamamının hayatını etkileyen bu tür fiillerin faili olarak ise erkek çocuğu kabul etmektedir.

İkincisi; yine toplumdaki hegemonik ataerkil düşüncenin sonucu olarak, erkeğin cinsel davranışları gerçekleştirmek konusunda daha aktif olduğu ve girişken davrandığı kabul edilmektedir. Oysa kız çocuğu bu konulara aklı çalışmaz, cinsellikte girişken olmaz, cinsellik için erkeği kandırmaz, kandıramaz; ancak kandırılabilir olarak görülmektedir. Dolayısıyla akranlar arası rızaya dayalı böyle bir cinsellik yaşanmışsa; bunu erkek çocuğun, kız çocuğu ikna etmek, kandırmak suretiyle yaptığı ve olayın müsebbibinin erkek olduğu algısı sosyal alanda yaygındır.

Üçüncü ve son olarak ise, erkek egemen bakış açısında, cinsellik, iki taraflı zevk veren bir faaliyet değildir. Bilakis erkek açısından gurur vesilesi yapılacak ve sadece onun zevk aldığı bir eylemdir. Kadına ise bu faaliyetle utarılan bir şey yaptırılmakta ve mağdur edilmektedir. Bu anlayış sadece bizim toplumumuzda değil; batı toplumları da dahil olmak üzere ataerkil yapının egemen olduğu birçok toplumda görülmektedir. Bu durum birçok dilde ve özellikle bizim dilimizde argomuza bile yansımıştır. Birisine küfrederken sürekli ona ya da ailesine “sokmaktan, vurmaktan, geçirmekten” bahsedilmektedir. Dolayısıyla bunlar karşı tarafı en utarılan duruma sokan ifadeler olarak tercih edilir. Bir toplumda neye çok önem verilirse onu ifade etmek için çok fazla kelime kullanılır. Örneğin Arapça’da deveyi ifade etmek için onlarca kelime olduğu, yeni doğan için ayrı bir kelime, bir yaşına gelen için ayrı kelime,

vb. olmak üzere çok sayıda deveyi işaret eden terim bulunduğu söylenir²⁰. Bizde de cinsel ilişkiyi ifade eden kelime sayısı onlarla ifade edilebilecek şekildedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere sokmak, vurmak, düzmek, geçirmek gibi onlarca kelimedenden cinsel ilişkiye işaret etmek için yararlanılmakta ve hemen hepsi de küfrederken kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu durum bile toplumumuzda cinselliğe bakış açısını ortaya koymaktadır. Bu bakış açısının sonucu olarak, birisi rızasıyla da olsa bir başkasına cinsel organını sokuyorsa, temelde ona kötülük yapıyordur. Toplumsal ataerkil yapı ve algının sonucu olan bu üç husus, kanaatimizce Yargıtayın hapse gönderdiği kişinin de bir çocuk olduğunu ve rızayla giriştikleri eylem bakımından diğerinden bir farkı olmadığını gözden kaçırmamasına neden olmaktadır.

VI. AVRUPA KONSEYİ ÇOCUKLARIN CİNSEL SÖMÜRÜ VE İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI SÖZLEŞMESİNİN AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18. maddesinde taraf devletlere çocuğun cinsel istismarını önlemeye yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiş ve cinsel istismar oluşturacak fiillerin genel çerçevesi çizilmiştir. Söz konusu 18. maddenin çevirisi şu şekildedir;²¹

1- Taraflardan her biri aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır:

a. ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;

b. bir çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:

- baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,

- aile içi dâhil, çocuk üzerinde güven, otorite veya nüfuz suiistimal edilerek veya,

- özellikle bir zihinsel veya fiziksel özrürlük veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız durumunun suiistimal edilmesi.

²⁰ "Deve ile ilgili kelime hazinesi en zengin olan dil Arapça'dır. Yalnız devenin cinsi, yaşı, rengi ve diğer fiziki özellikleriyle yürüyüş biçimi gibi karakteristik vasıfları üzerine Arapça'da yer alan kelimeler dahi başlı başına büyük bir kitabı dolduracak kadar çoktur (bk. Hüseyin Yusuf – Abdülfettâh es-Saîdî, s. 706-774; Ibn Sîde, II/7. sifir, s. 2-175).": Ahmet Önkal ve Nebi Bozkurt, 'Deve' (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi) < <https://islamansiklopedisi.org.tr/deve> > Erişim Tarihi 15.03.2023.

²¹ Madde metni çevirisi için bkz. Şirin (n 4) 13 vd.

2- 1. fıkra amacına uygun olarak, taraflardan her biri hangi yaşın altında çocukla cinsel faaliyetlere girişilemeyeceğine karar verir.

3- 1.a fıkrasının hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme amacına yönelik değildir.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında, *cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmaya yönelik kanuni tedbir ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğünün küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme amacına yönelik olmadığı* hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla rızaya dayalı akran cinselliğini cezalandırmanın sözleşmenin bir gereği olmadığı gibi, aslında alt metinde bu tür eylemlerin en azından ağır yaptırımlarla cezalandırılmaması gerekliliği de ifade edilmiştir. Özetle devletlere, "çocukları cinsel davranışlardan koruma ve buna yönelik kanuni düzenlemeleri yapma yükümlülüğünüz var; ancak çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışları engellemek bu yükümlülük kapsamında değildir" denilmektedir.

DEĞERLENDİRME

Çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliği konusundaki uygulama ise gerçekten çocuklar bakımından son derece can yakıcı bir yönde ilerlemektedir. Şöyle ki; akran çocuklar, TCK m. 103'teki düzenleme bakımından, rızalarıyla birbirilerine karşı bu madde kapsamına giren fiilleri gerçekleştirirlerse, erkek çocuğun cezalandırılması yönünde uygulama yapılmaktadır. Hukuki açıdan her iki çocuğu cezalandırmak belki bir yere kadar (makul olmasa da) anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim kanun koyucu aksine yönelik bir düzenleme yapılmasını arzu etse, bu yönde bir düzenleme yapabirdi. Tipik fiiller bakımından akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarına ilişkin bir istisna da öngörülmemiştir. Bu durumda, diğer ülkelere nazaran bizim ülkemizde istisna getiren bir düzenleme olacak ve durum nispeten hukuki bir zeminde açıklanabilecektir. Ama kız çocuğunu cezalandırmayıp erkek çocuğu cezalandırmanın ne karşılaştırmalı modern hukukta ne de mevcut hukuki düzenlemelerde bir karşılığı yoktur. Söz konusu uygulamanın tek açıklaması topluma hakim olan ataerkil bakış açısının Yargıtayı bir şekilde etkilemiş olmasıdır. Bu bakış açısı birçok sosyal alanda kadını dezavantajlı duruma getirirse de söz konusu fiiller bakımından erkek çocuk için dezavantajlı bir uygulama ortaya çıkarmıştır.

Akran çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlardan dolayı cezalandırılmaları ne toplumsal menfaate ne de çocukların menfaatine hizmet etmektedir. Bilakis bu işten hem toplum hem de çocuklar zarar görmektedir. Sırf ataerkil

yapıdan kaynaklı nedenlerle erkek çocukların söz konusu eylemler nedeniyle cezalandırılmaları AİHS ve Anayasa'nın aşağıda açıklanan hükümlerine açık aykırılık teşkil etmektedir. Rızaya dayalı akran cinselliğinde TCK m.103'ün mevcut uygulamasıyla, ataerkil toplumsal yapının acımasızca yargı eliyle tekrar ve tekrar yeniden üretilmesi nedeniyle, küçük yaştaki erkek çocuklar, hayatlarının yörüngesini değiştirecek şekilde uzun süreli hapsedilmekte, hayatlarının baharını hapiste geçirmiş ve sonuçta çok daha suça eğilimli kişiler olarak tekrar topluma dönmektedirler.

Bu bağlamda; bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yükleyemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar demokratik bir hukuk devletinde cezalandırılmaz. Buna aykırı hukuk uygulaması;

Anayasa m.2'de hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder. Nitekim bir hukuk devletinde kamusal menfaate hizmet etmeyen, ceza hukukunun son çare olma özelliği (*ultima ratio*) ile bağdaşmayan ve modern hukuk mantığıyla açıklanamayan uygulamalara cevaz verilmez. Rızaya dayalı akran çocukların cinselliği bakımından erkek olanı cezalandırmak modern hukuk mantığıyla ve AİHS ruhuyla bağdaşan bir hukuk uygulaması değildir.

Anayasa m.10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim hukuki düzenlemede hiçbir fark yokken, karşılıklı rızayla birbirine karşı cinsel davranış gerçekleştiren çocuklardan sadece erkek çocuk cezalandırılmaktadır. Ataerkil bakış açısının mantıksız bu uygulaması, kız çocuğa yapılan bir pozitif ayrımcılık değil; bilakis cinsiyete dayalı net bir ayrımcılığın yansımasıdır.

Anayasa m.17'de hüküm altına alınmış olan maddi ve manevi bütünlüğün dokunulmazlığı ilkesine aykırıdır. Nitekim hukuk devletinde cezaya müstahak olarak nitelendirilemeyecek akran cinselliğine ilişkin eylemler nedeniyle, çok küçük yaştaki çocuklar yıllarını tutukevi ve infaz kurumlarında geçirmekte, bu süreç de onların maddi ve manevi bütünlükleri üzerinde kalıcı hasarlar bırakmaktadır.

Anayasa m.19'da hüküm altına alınan bir temel hak olan kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal etmektedir. Nitekim demokratik bir hukuk devletinde cezalandırılmaması ve hatta soruşturma konusu dahi yapılmaması gereken eylemlerden dolayı akran çocuklardan erkek olanı, gerek gözaltına alma ve tutuklama gibi işlemler dolayısıyla gerekse de yargılama sonunda verilen cezalar nedeniyle özgürlüklerinden mahrum bırakılmaktadırlar. Kaldı ki, bu tür fillerin

cezalandırılabilir olduğu düşünülse dahi, çocuklar arası rızaya dayalı cinsel ilişki için öngörülen ceza, bu hakkı ihlal edecek derecede aşırı orantısızdır.

Anayasa m.38'de hüküm altına alınmış olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Nitekim bu ilke kusura göre cezanın belirlenmesi ilkesini de bünyesinde barındırır. Bu bağlamda bir an için rızaya dayalı akran cinselliğinin cezalandırılabilir bir fiil olduğu düşünülse bile; 50 yaşındaki adamın 13 yaşındaki çocuğa karşı cebirle gerçekleştirdiği cinsel davranışla, 13-15 yaşlarındaki iki akran çocuğun karşılıklı rızayla birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri eylemler aynı kefeye konulmakta, her ikisine de "cinsel istismar" denilmekte ve cezalandırma bakımında iki eylemin ağırlığıyla orantılı bir ceza farklılaşması sağlanamamaktadır. Ayrıca cinsel ilişki olmaksızın, bu iki akran çocuktan birinin diğerini, onun rızası dahilinde öpmesi durumunda bile eylem yine cinsel istismar sayılmakta, oldukça ağır ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu uygulamanın kusura göre cezanın belirlenmesi ilkesi ile birçok açıdan tezat teşkil ettiği, eylemin ağırlığıyla orantısız cezalar doğurduğu açıktır.

Mevcut uygulama karşısında kanun koyucunun yasal düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu sorunun çözümü için iki şekilde hareket edilebilir. Öncelikle akran çocukların, rızaya dayalı olarak birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar suç olmaktan çıkartılıp, hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak bu durumda çocuk evliliklerin önünün açılması tehlikesi ortaya çıkacağından, çocukları cinsel ilişkiye teşvik eden veya yönlendiren kişilerin cezalandırılmasına yönelik ayrı bir suç tipine yer vermek gerekir. Bizim daha yerinde olduğunu düşündüğümüz ikinci yol ise çocukların akran olmasının onlar bakımından “şahsi cezasızlık nedeni” olarak düzenleme altına alınmasıdır. Bu durumda onları bu tür fiillere yönlendirenlerin cezai sorumluluktan kurtulmasının yolu da kapanmış olacaktır²². Ayrıca söz konusu eylemlerin haksızlık içeriği de suç politikası açısından korunacaktır.

Akranlar arası rızaya dayalı cinsel davranışları cezai sorumluluk alanı dışına çıkartırken, çocukların arasında en fazla “3 yaş” fark bulunması koşulu aranmalıdır. Kanaatimizce “4 ya da 5 yaş” gibi farklar oldukça fazladır. Bu kadar yaş farkı olan çocuklardan yaşça büyük olanının, eğer işlediği fiilin hukuki anlamını algılayabilecek ve davranışlarını buna göre yönlendirebilecek durumdaysa, daha fazla sorumluluk altında olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda 12 yaşındaki bir çocukla 16 ya da 17 yaşındaki bir başka çocuk rızaya dayalı karşılıklı cinsel davranışlarda bulunursa, 16 veya 17 yaşında olanı cezalandırmak gerekir. Bu nedenle en fazla “üç yaş” farkı, akranlık için uygun bir koşuldur. Örneğin; 12-15; 13-16; 14-17

²² Aynı yönde ayrıca bkz. Taner (n 4) 294.

yaş aralıklarındaki çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarında, taraflardan herhangi birisi diğer taraftan daha fazla sorumluluk sahibi olarak görülmemeli ve cezai yaptırıma tabi tutulmamalıdır. Bu noktada en azından TCK m.31'deki yaş grupları (12-15; 15-18) bakımından aynı yaş grubu içinde yer alanların cinsel temas ve ilişkisinin cezai alanın dışına çıkartılması da düşünülebilir. Bu tür bir düzenleme de mevcut uygulamadan daha olumlu sonuçlar verecektir. Ancak bu durumda 14 yaş 11 aylık bir çocukla 15 yaş 1 aylık (aralarında iki ay fark bulunan) diğer bir çocuğun rızaya dayalı cinsel temasında, 15 yaşını doldurmuş olanı cezalandırmak gibi sonuçların da ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle "3 yaş" farkını kabul etmek daha uygundur.

Son olarak yukarıda bahsettiğimiz doğrultudaki bir düzenleme, sadece akran çocuklar bakımından cezai sorumluluğun doğmasına ilişkin bir uygulama farkı doğuracağından, eşitlik ilkesini zedelemeyecek ve anayasa mahkemesinin iptal kararına da konu olamayacaktır. Nitekim TCK m.31'deki yaş indirimine ilişkin düzenlemeler de sadece çocuklar bakımından etki doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

- Artuk ME, Gökçen A. ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2015)
- Bianet Bağımsız İletişim Ağı, 'Belçika'da Akranlar Arası Cinsellik Dekriminalize Edildi' (23 Temmuz 2018) < <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/199423-belcika-da-akranlar-arasi-cinsellik-dekriminalize-edildi> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.
- Can C, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar (Seçkin Yayınevi, 2002)
- Koca M, Bozkurt Ö. ve Akar İ, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan (Seçkin Yayınevi, 2020)
- Koca M. ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2017)
- Kocaoğlu SS, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (Yetkin Yayınevi 2016)
- Memiş Kartal P, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (Der Yayınları 2014)
- Önkal A. ve Bozkurt N, 'Deve' (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi) < <https://islamansiklopedisi.org.tr/deve> > Erişim Tarihi 15.03.2023.
- Özbek VÖ, Kanbur MN, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2015)
- Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Seçkin Yayınevi 2005)
- Sözüer, A, 'İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor', İpek Özbey ile gerçekleştirilen Röportaj metni (16 Nisan 2018 tarihli Röportaj), < <http://www.hurriyet.com.tr> > Erişim Tarihi 15 Mart 2023.
- Şirin MC, Çocuğun Cinsel İstismarı Raporu (Çocuk Vakfı Yayını 2016)
- Taner FG, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Seçkin Yayınevi 2013)
- TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, < <https://sozluk.gov.tr> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.
- Tezcan D, Erdem MR. ve Önok RM, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2017)
- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel İncelenmesi' in II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi 2014)
- Yaşar O, Gökcan HT. ve Artuç M, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Adalet Yayınevi, 2014)