

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUKLARLA İLGİLİ HÜKÜMLERE GENEL BİR BAKIŞ

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR*

*Aramızdan zamansız ayrılışı
Tıpkı bir eserin yarıda kalması gibi...*

Bu çalışma¹ Yeni Türk Ceza Kanunu'nun, bir kavram açısından incelenmesi özelliğini taşımaktadır. Bütün kanun, çocuk üzerinde durularak irdelenmiştir; belirtilen kavram, sorumluluk, güvenlik tedbiri ve çeşitli suçlar içinde ele alınmıştır. Bu yönden araştırma geniş bir alana yayılmakla yüzeysel kabul edilebilir. Ancak değişik bir bakış açısından konu ele alınmakla, sonraki araştırmalar için yararlı olabilecektir.

I. Genel Hükümler İçinde Çocuk Kavramı

1. Tanım

Yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK), "*Tanımlar*" başlığını taşıyan 6. maddesinde çocuğu tanımlamıştır: "*Çocuk, onsekiz yaşını doldurmamış kişi'dir*". (6 / 1-b)

Bu tanımla, YTCK, Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK)'ndan ayrılmamıştır; ETCK 53-55. maddelerde de çocuklar için onsekiz yaş, sınır olarak kabul edilmişti.²

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Bkz. Bayraktar, Köksal, Yeni Ceza Kanunları ve Çocuk Hekimliği, (III. Ulusal Çocuk Acil Tıp ve Yoğun Bakım Kongresi, 3-7 Nisan 2006, İstanbul, sh. 330-331). Bu inceleme, belirtilen raporun yeniden gözden geçirilerek genişletilmiş metnidir.

² YTCK'da, genç kavramına, ayrıca yer verilmemesi eksikliklidir. İsviçre Ceza Kanununun 100. maddesi 18-25. yaş arasında bulunan kişileri "genç" olarak nitelemekte ve bunlar için ayrı bir infaz rejimi öngörmektedir. Benzer yaklaşım biçimi Türk Ceza Kanununda da gerçekleştirilebilir ve bazı suç biçimlerinde ve infaz rejiminde gençler için özel kurallar getirilebilirdi.

2. İsnat Yeteneği Yönünden Yaş Küçüklüğü

YTCK 31. maddesi, ETCK 53-55. maddeleri arasında yer alan düzenlemeleri içermektedir. Eskiden var olan yaş bölümleri, yeni kanunda da üçlü ayırım biçiminde öngörülmüştür. Buna göre oniki yaşına kadar olan ilk bölümden sonra, oniki-onbeş yaşlarını kapsayan ikinci bölüm gelmektedir. Bundan sonra onbeş-onsekiz yaş bölümü görülmektedir.

Böylece, çocuklar, eskiden olduğu gibi, kusurlulukta ve ceza sorumluluğunda dikkate alınan isnat yeteneği yönünden, üç bölüme ayrılmaktadır.³

a) İlk Bölümde Yer Alan Çocukların Durumu

12 yaşına kadar olan çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılmayacağı, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı madde 31/1'de belirtilmektedir.⁴

Maddede ceza kovuşturmasının yapılamayacağından söz edilmektedir. Bu belirlemeden, Cumhuriyet Savcısının soruşturma yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Cumhuriyet Savcısı, suçun işlenmesinden sonra, soruşturma başlattığında şüpheli ya da şüphelilerden birinin, 12 yaşından küçük olduğunu saptadığında, bu kişi hakkında "kovuşturmaya yer olmadığı" kararı verecektir; Şayet, ceza kovuşturması, herhangi bir nedenle başlamışsa, yargıç, şüphelinin oniki yaşından küçük olduğunu saptadığında yargılamanın ortadan kaldırılması kararını vermek durumundadır. Yargıç ayrıca çocuklara özgü güvenlik tedbirine de hükmedebilecektir.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ne olduğu, 5395 sayılı ve 03.07.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanununun 5. ve 11. maddelerinde gösterilmiştir. Kanunun 11. maddesinde, çocuklara özgü tedbirlerden, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin anlaşılacağı belirtilmiştir. Buna göre çocuklara özgü tedbirler şunlardır: "Danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık, barınma".

b) İkinci Bölümde Yer Alan Çocukların Durumu

İkinci bölümü oniki yaşını doldurmuş ve fakat onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar oluşturmaktadır. Bu bölümde, ceza sorumluluğunun saptanmasın-

³ Yeni Fransız Ceza Kanununun 122-8. maddesinde, yaş dilimleri, 10 yaşına kadar, 10-13 yaş arası ve 13-18 yaş arası biçiminde belirtilmiştir. İsviçre Ceza Kanununun 82, 89 ve 100. maddelerinde yaş dilimleri, 7 yaşından küçük, 7-15, 15-18 ve 18-25 olarak saptanmıştır.

⁴ ETCK sisteminde 11 yaş olarak saptanmıştı. Yaş sınırının YTCK'da 12 yaşa çıkarılmasının gerekçesi, gerek hükümet ve gerekse TBMM Adalet Komisyonu gerekçelerinde yer almamakta ise de, Hükümet Tasarısında yapılan bu değişikliği uygun bulmak gerekmektedir. Eğitimi tam olarak tamamlamamış ve çeşitli sosyo-ekonomik sorunların etkisi altındaki çocuğun statüsü böylece daha gerçekçi olarak düzenlenmiştir.

da önemli bir kavramın bulunduğu görülmektedir. Bu kavram, bir ölçüt niteliğini taşımaktadır: “*Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışları yönlendirme yeteneği*”. Şayet çocukta bu yetenek yoksa, ceza sorumluluğu da yoktur. Buna karşılık, çocukta bu yeteneğin varlığı durumunda, ceza sorumluluğunun varlığı kabul edilecek, ancak cezada indirimle gidilecektir.

Oniki yaşını tamamlamış ve onbeş yaşını bitirmemiş çocukların, sözü edilen yeteneğe sahip olmamaları durumunda, ceza sorumlulukları olmayacak, buna karşılık haklarında “*çocuklara özgü güvenlik tedbiri*” uygulanacaktır.

Belirtilen yaş grubunda bulunan çocukların, algılama ve yönlendirme yeteneğine sahip olmaları durumunda ceza sorumluluklarının kabulü ile birlikte cezalarında indirimle gidilecektir. Bu indirim YTCK 31/2. maddede yer almıştır. Buna göre, bu özellikteki çocuklar hakkında, ağırlaştırılmış müebbet hapis yerine oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezası verilecek, diğer hallerde cezanın yarısı indirilecek, bu durumda da ceza miktarı yedi yıldan fazla olmayacaktır.

Bu bölümdeki çocuklar ile ilgili, kanunda belirlenen koşulların varlığı durumunda, Çocuk Koruma Kanununun 19. ve 23. maddelerinde yer alan “*kamu davası açılmasının ertelenmesi*” ve “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” uygulanabilecektir.

c) Üçüncü Bölümde Yer Alan Çocukların Durumu

Onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını doldurmamış çocuklar üçüncü bölümü oluşturmaktadır. Bu bölümde yer alan çocukların algılama ve yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadıkları ayrıca araştırılmamakta, bunlar hakkında sadece cezada indirim yoluna gidilmektedir. Buna göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında onsekiz yıldan yirmidört yıla, müebbet hapis cezasında oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilecek; diğer cezalarda üçte bir oranında indirim uygulanacak ve bu durumda hapis cezası oniki yıldan fazla olmayacaktır.

“*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” ve “*kamu davası açılmasının ertelenmesi*”, koşulları var olduğunda, bu bölümde yer alan çocuklar hakkında da uygulanabilecektir.

3. İştirak ve Çocuk

YTCK 38/2 ‘de şu hüküm yer almaktadır:

“*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar ar-*

tırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.”

Bu fıkraya göre onsekiz yaşından küçük çocuğun suça azmettirilmesi halinde, azmettiren, suça ilişkin cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılacaktır. Bu hükmün kanuna konulmasının nedeni, büyüklere göre suça daha kolay yönlendirilebilecek küçüklerin suçta kullanılmasını önlemek ve çocukların bir çeşit uzatılmış el (longa manus) olarak kullanılmasının önüne geçmektir.

Maddenin gerekçesinde değişik bir yaklaşım saptanmaktadır: “..... çocukların suça azmettirilmesi halinde azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukuki dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir...”⁵

Haksızlık kavramının bu şekilde öngörülmesi hukuk ve ahlakın karıştırılması, hukukun çerçevesi dışında kalan unsurlara önem verilmesi anlamını taşımaktadır. Bu yaklaşım biçimi, ceza hukuku ilkeleri ile yetinilmemesi gibi tehlikeli bir gelişimi yaratabilecektir.

Fransız Ceza Kanununun 227-21. maddesinde ilginç ve benzer bir kural yer almaktadır. Buna göre, “bir küçüğü, cürüm ya da suç işlemesi için, doğrudan doğruya tahrik eden kişi beş yıl hapis ve 150 000 avro para cezası ile cezalandırılır”. İki ayrı hukuk düzenindeki benzerlik açıkça görülebilmektedir. Ancak Türk hukukunda bu hal iştirak içinde düzenlenirken, Fransız Hukukunda bağımsız suç olarak kabul edilmiştir.

4. Çocuklarla İlgili Yaptırımlar

YTCK 31. maddede çocuklarla ilgili yaptırımların oniki yaşın tamamlamasından itibaren uygulanacağı, ancak bunun indirimli olacağı belirtildikten sonra, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ilgili kanunda yer alacağı 56. maddede açıklanmaktadır.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri Çocuk Koruma Kanunu’nda ortaya konulmaktadır; Bu Kanunun 11. maddesi ile bunun yollamada bulunduğu 5. maddesindeki koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuklara özgü tedbirler olarak kabul edilmektedir. Bunlar, danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirleridir.

⁵ Tutanak Dergisi, S sayısı: 664, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, sh. 448.

5. Çocuk ve Tekerrüre İlişkin Hükümler

YTCK 58/5. maddesinde çocuklar hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. ETCK'da var olan tekerrürün uygulanmayacağı şeklindeki hüküm yalnız 15 yaşına kadar olan çocuklar için öngörülmüş, aynı olanak üçüncü bölümde yer alan çocuklara tanınmamıştı.

Yeni YTCK'da hüküm değişik yorumlara elverişli bir özellik taşımaktadır. Tekerrür hükümlerinin uygulanmaması, acaba onsekiz yaşına kadar geçerli midir? Başka bir deyişle, tekerrür hükümleri, onsekiz yaşını tamamlamamış küçüklerle ilgili olarak mı öngörülmüştür? Yoksa bu hükümlerin uygulanmaması, onsekiz yaşına kadar olan dönemde suçun işlenmesinden sonra, örneğin yirmili yaşlarda işlenen ikinci suç için mi öngörülmüştür? Maddenin yazımı bu yorumları akla getirebilmektedir. Kanunda " onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısı ile" denildiğine ve tekerrür buna bağlantılı olarak belirtildiğine göre, bu durum ancak onsekiz yaşına kadar olan dönemde ikinci defa suç işleyenler için sözkonusu olacaktır.

II. Çeşitli Suçlarda Çocuk

YTCK'da, bazı suçlarda, çocuğun konu, bazılarında da suçu etkileyen neden olarak dikkate alındığı saptanmaktadır.

1. Çocuğun Konu Olarak Öngörüldüğü Suçlar

a) Soykırım ve Çocuk

YTCK 76/1-e'de soykırım, "Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki ve dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi" olarak tanımlandıktan sonra, " Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi ", bir soykırım çeşidi olarak kabul edilmiştir.⁶

Bu eylem ile çocukların, milli, etnik, ırki ya da dini kökenlerinin silinmesi ortaya çıkabilecektir; bu nedenle soykırımın bir çeşidi olarak düzenlenmiştir. Böylece çocuklar özel olarak dikkate alınmış ve suçun mağduru olarak öngörülmüştür.⁷

⁶ Benzer düzenleme Fransız Ceza Kanununun 211-1 ve İsviçre Ceza Kanununun 264/1-d maddelerinde bulunmaktadır.

⁷ Maddenin Hükümet ve Adalet Komisyonu Gerekçelerinde soykırım ile ilgili özellikle tarihçe yönünden geniş açıklama yer almasına karşın, çocuklara ilişkin düzenleme sadece bir yan cümlecik ile belirlenmektedir. Bkz. Tutanak Dergisi, S sayısı: 664, sh. 78,478.

b) İnsan Ticareti ve Çocuk

YTCK 80/1. maddede insan ticareti suçu şu şekilde tanımlanmaktadır; madde aynen şöyledir:

“Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.”

Maddenin üçüncü fıkrasında çocuklarla ilgili düzenleme getirilmiştir. Fıkra-yı belirtecek olursak :

“Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkroda belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkroda belirtilen cezalar verilir.”

Bu fıkra çerçevesinde suçun oluşması için çocuğun sadece tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden diğer bir yere götürülmesi, sevk edilmesi ya da barındırılması yeterli olup, *“tehdit, baskı, cebir, şiddet, nüfuzu kötüye kullanma, kandırma ya da denetim veya çaresizlikten yararlanma ”* gibi hallerin meydana gelmesi gerekli değildir.

c) İntihara Yönlendirme ve Çocuk

YTCK 84/4. maddede, çocuklardan doğrudan doğruya sözedilmeden, bir düzenlemede bulunulmuştur. İlgili fıkra şöyledir:

“İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”⁸

Algılama yeteneğine sahip olmayanlar kavramı içerisine akıl hastaları girdiği gibi, 12 yaşına kadar olan çocuklar da girmektedir. Böylece YTCK bu fıkra ile dolaylı olarak çocukları da öngörmektedir.

⁸ Hükümet tasarısında yer almayan bu fıkra, Adalet Komisyonu tarafından, gerekçesi belirtilmeden metne dahil edilmiştir.

Fransız Ceza Kanununun 223-13/2 maddesinde, 15 yaşından küçüklerin intihara yönlendirilmesi, suçun basit halini ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmiştir.

d) Tıbbi Deneylerde Bulunma ve Çocuk

Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile önemli bir düzenleme getirilmiştir. İnsan üzerinde deney başlığını taşıyan 90. maddede, bilimsel deney suç olarak belirlenmiş ancak hemen ikinci fıkrada rıza ile birlikte yedi ayrı koşulun varlığı halinde eylemin hukuka uygun olacağı açıklanmıştır. Yetkili kuruldandan izin alınması, daha önce insan dışında ve hayvanlar üzerinde deneyin yapılması, varılan sonuçların insan üzerinde deney yapılmasına olanak sağlaması, zararlı ve kalıcı etki olasılığının bulunmaması, insan onuru ile bağdaşmayacak bir yöntemin uygulanmaması, varılacak amacın uğranılacak zarardan daha fazla olması, aydınlatılmış yazılı rızanın bulunması ve deneyden maddi bir yararın elde edilmemesi bu koşulları oluşturmaktadır.(m. 90/2)

Aynı maddenin üçüncü fıkrasının, a, b ve c bentleri çocukla ilgili düzenlemeyi içermektedir. Buna göre:

“Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekir.”

Tıbbi deneyleri, sıkı koşullara bağlı olarak da olsa, çocuklar üzerinde uygulanabilir hale getiren YTCK, Türkiye için yeni bir uygulama getirmektedir. Bu olanak ve uygulama, pek çok tartışma, eleştiri ve yorumlarla önemli bir dönem yaratacaktır. 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı kanunla yapılan bu değişiklik, “çocuğun deneme aracı olarak kabulü ile” çok tehlikelidir.

e) Terk ve Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ve Çocuk

YTCK 97 ve 98. maddelerde, yaşı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumdaki kişilerin terk edilmesi ve bu nedenle hastalığa yakalanması, yaralanması ya da ölmesi ile bu nitelikteki kişilere yardım edilmemesi dolayısıyla bunların yaralanması ya da ölmesi yaptırıma bağlı tutulmuştur.

Maddelerde sözü edilen “yaşı... dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan” cümlecigi içinde çocukların yer aldığı hemen akla gelebilmektedir. Madde gerekçesinde örnek olarak çocuğun terki gösterilmiştir.⁹ Özellikle oniki yaşı-

⁹ Bkz. Tutanak Dergisi, S sayısı: 664, sh. 506.

nı tamamlamamış çocuklar ile bu maddelerde yer alan eylemler arasında bağlantıyı kolayca kurmak mümkündür.¹⁰

Kanununun 97. maddesi şöyledir :

“Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükümlenir.”

Benzer nitelikteki 98. madde şu şekildedir:

“Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

f) Çocukların Cinsel İstismarı

YTCK 103. maddesi doğrudan doğruya çocuklarla ilgilidir. Maddenin başlığı da bunu açıklıkla ortaya koymaktadır. Madde içinde, önce suçun basit hali öngörülmekte ve sonra cinsel istismarın tanımı verilmektedir. Buna göre cinsel istismar, onbeş yaşını tamamlamamış küçüklere karşı¹¹, ya da onbeş yaşını tamamlamış olmasına rağmen eylemin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocuklara karşı veya cebir, şiddet ve hile ile, veya iradeyi etkileyen bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranıştır (YTCK 103/1-a, b).

Tanımda iki ayrı özellik görülmektedir. Bunlardan ilki cinsellikle ilgili yaklaşımda, mağdurun yaşının ve akli özelliklerinin dikkate alınmasıdır. İkinci özellik, eylemin çok basit, soyut ve genel olmasıdır. Buna göre cinsel istismar cinsel davranıştır. Böyle bir tanım, çok genel ve içerisine herşeyin kolayca girebileceği bir tanımdır. Buna göre, *“cinselliği çağrıştıran bakış, gü-*

¹⁰ Fransız Ceza Kanununun 223-3. maddesinde, yaşı nedeni ile kendini koruyamayan kişiyi bir yere bırakma, cezalandırılmıştır. Yaşı nedeni ile kendini koruyamayan kişiler içinde çocuklar da yer almaktadır.

¹¹ Fransız Ceza Kanununun 222-24/2. maddesinde onbeş yaşından küçüklerin ırzına geçilmesi, suçun basit haline göre daha ağır ceza ile öngörülmüştür. İsviçre Ceza Kanununun 187. maddesindeki düzenleme, cinsel istismar kavramına daha yakındır.

lümseme, el tutma, sırta, dize dokunma, okşama, öpme” gibi eylemler cinsel davranış olarak nitelenebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında cinsel istismar’ın ikinci suç biçimi belirtilmektedir. Daha ağır bir eylemin öngörüldüğü bu durumda, cinsel istismar, çocuğun vücuduna bir organın ya da başka bir cismin sokulmasıdır. Yeni kanunda “*ırza tecavüz*” bu şekilde belirlenmektedir. Tanımda yer alan organ ya da cismin sokulması, günlük yaşayışta farklı örneklerin ileri sürülmesine neden olabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasından yedinci fıkrasına kadar olan kısımda suçu etkileyen nedenler öngörülmüştür.

Buna göre, failin üstsoy, ikinci, üçüncü derece kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren kişi, koruma ve gözetim yükümlüsü olması ya da birden fazla failin bulunması; onbeş yaşını tamamlamamış çocuğa karşı cebir, şiddet, tehdit, hile kullanılması; eylemin sonucunda kasten yaralanmanın ortaya çıkması; çocuğun beden ve ruh halinin bozulması, bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi, derece derece ağırlaştırıcı neden olarak belirtilmiştir.¹²

g) Reşit Olmayan Kişi ile Cinsel İlişki

YTCK 104. maddesi şöyledir:

“Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki; madde başlığı ile metni birbirinden farklıdır. Başlıkta, reşit olmayan kişiden, metinde ise, çocuktan sözedilmektedir.

Evlilik ya da mahkeme kararı kişiyi reşit kılmakla, bu durumdaki çocuklar, maddenin kapsamı içinde mi, yoksa dışında mı kabul edilecektir? Konu tartışmalıdır ve madde başlığı ile madde içeriği tutarsızlık yaratmaktadır. **Güzel’in** deyişi ile bu hal bir özensizlik teşkil etmektedir.¹³

Maddenin ikinci fıkrasında, fail ile mağdur arasında beş yaştan fazla büyüklük, suçu etkileyen neden olarak öngörülmüştü. Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi’nin 23.11.2005 tarih ve 103/89 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.¹⁴

¹² Madde gerekçesi maddenin sosyolojik ve psikolojik açıklamalarını içermemekte buna karşılık maddi ve teknik hukuka ilişkin açıklamaları kapsamaktadır.

¹³ Bkz. Güzel, Ali “İki yanlış bir doğruyu götürdü”, Cumhuriyet, 1.3.2006, sh. 2

¹⁴ Bkz. Resmi Gazete, 25.2.2006, sy. 2609, sh. 13.

Yüksek Mahkeme fıkranın iptaline karar verirken şu gerekçeye dayanmıştır:

“...faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınır, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.”¹⁵

Cinsellik ile ilgili olarak; bu maddede cinsel ilişki, önceki iki maddede ise, cinsel davranış, cinsel saldırı, cinsel istismar ve hemen sonra cinsel taciz sözcüklerinin kullanılması uygulamada zorluklar yaratabilecektir. YTCK 104/1. maddede geçen cinsel ilişkiyi, YTCK 103/2. maddesindeki cinsel istismar tanımından farklı olarak yorumlamak ve cinsel birleşme biçiminde kabul etmek uygun olacaktır.

h) Müstehcenlik ve Çocuk

YTCK 226. maddesinde müstehcenliğin çeşitli biçimlerinde çocukların özel olarak öngörüldüğü saptanmaktadır. Maddenin 1/a, b, 3, 5, 7. fıkraları aynen şöyledir:

“Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten kişi altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁵ Bkz. Resmi Gazete, 25.2.2006, sy. 2609, sh. 17.

Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini, basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.”

Maddede açıkça görüldüğü gibi, müstehcen ürünlerin çocuklara gösterilmesi, okunması, okutulması, dinletilmesi veya çocukların girebileceği ya da görebileceği yerlerde alenen gösterilmesi, sergilenmesi, okunması, söylenilmesi veya söylenmesi suç olarak düzenlenmiştir.¹⁶

Maddede, çocukların müstehcen görüntü, yazı, sözlerin yer aldığı ürünlerde kullanılması suçu ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmektedir.¹⁷

Geniş bir içerik içinde bulunan madde kapsamında pek çok hareket biçimi ve bu arada çocuklara ilişkin olası durumlar öngörülmesine ve bunlar ayrı ayrı ceza müeyyidesi altına alınmasına rağmen müstehcenliğin ne olduğu yönünde bir tanım bulunmamaktadır.

YTCK 226/son maddesi çok ilginç bir düzenleme getirmektedir. Burada, bilimsel, sanatsal ve edebi eserlerde müstehcenlikle ilgili cezalandırıcı maddenin uygulanamayacağı belirtilirken, bunların çocuklara ulaşmasının engellenmesi koşulu aranmaktadır.

1) Fuhuş ve Çocuk

YTCK 227. madde, fuhuş ile ilgili genel bir düzenleme getirirken, 1, 4, 5 ve 8. fıkralarda doğrudan ya da dolaylı biçimde çocuklara yer verilmiştir.

Maddedeki bu hükümler şöyledir:

“Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

¹⁶ Benzer bir düzenleme, İsviçre Ceza Kanunu 197. maddesinde yer almaktadır.

¹⁷ Çocukların müstehcen yayınlarda konu olarak kullanılması Fransız Ceza Kanunu 227-23 maddesinde ceza müeyyidesi ile karşılanmaktadır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”¹⁸

Bu maddede, çocuğun fuhuş içinde araç olarak kullanılması yönünde çeşitli eylemler öngörülmüştür: çocuğun fuhşa teşvik edilmesi; çocuk için fuhşun kolaylaştırılması; çocuğun fuhuş için tedarik edilmesi, barındırılması, aracılık edilmesi gibi... Suç bu yönden hem seçimlik hem de bağlı hareketli suç olarak belirmektedir. Bağlı hareket suç biçimlerinden her birine pek çok olasılığın girebileceği dikkate alınarak suçun yalnız serbest hareketli suç olduğu da ileri sürülebilir.

Fuhuşla ilgili bu maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesi ilginç ve ceza hukuku genel teorisinde istisnai bir kural olarak ortaya çıkmaktadır; Buna göre, hazırlık hareketleri tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır.

Maddenin 4. fıkrasında yer alan “çaresizliğinden yararlanan kişi” kavramının içeriğine çocuklar da girebilmektedir. Özellikle ikinci bölümde yer alan çocuklar, çaresizlik içindeki kişi olarak nitelenebilecektir. Bu nedenle bu fıkra ile ilk fıkra arasında önemli bir fark bulunmamaktadır.

Maddenin 5. fıkrasında bazı akrabalık ilişkileri ile sıfatların kötüye kullanılması, suçu etkileyen neden olarak belirtilmekte; son fıkrada da fuhuşta kullanılan kişinin tedavi altına alınması gibi eğitici-düzeltici bir yaklaşım sergilenmektedir.

i) Dilencilikte Çocukların Kullanılması

YTCK 229. maddede çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması ceza yaptırımını altına alınmıştır.¹⁹

Madde aynen şu şekildedir:

“Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁸ Çocuğun fuhuşta kullanılması Fransız Ceza Kanununun 225-7 ve 225-7-1. maddelerinde ve İsviçre Ceza Kanununun 195. maddelerinde cezalandırılmıştır.

¹⁹ Yeni Fransız Ceza Kanununun 225-12-6. maddesinde çocukların dilencilikte kullanılması cezalandırılmıştır.

Bu suçun üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

k) Çocuğun Soybağını Değiştirme

ETCK 445-447. maddelerinde de yer alan bu suç biçimi YTCK 231. maddesinde öngörülmüştür. İki kanunun karşılaştırılmasında yeni kanunun daha genel ve soyut, eski kanunun daha somut ve olaycı bir yöntemle ele alındığı, yeni düzenlemede taksirli durumlara da yer verildiği saptanmaktadır.

Maddeyi aynen aktaracak olursak:

“Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

l) Kötü Muamele

YTCK 232/2. maddede, tıpkı “*terk, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*”nde olduğu gibi, doğrudan doğruya çocuktan sözedilmekle birlikte, suçun niteliği gereği, çocuğun konu olabileceği bir suç biçimi ortaya konulmaktadır.²⁰

Maddeyi aynen belirtecek olursak:

“Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerin birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

Maddede geçen kötü muamelede bulunma ve terbiye hakkını kötüye kullanma, önceki yıllarda pek çok Yargıtay kararına konu olmuştu. Tıpkı, ikibuçuk yaşındaki çocuğu avlu duvarı kapısı önüne bırakmak (Yar. 8. CD., 6.7.1994, 5572/8616), hasta çocuğu bahçeye bırakmak (Yar. 4. CD., 13.7.1945, 7292/7333), yedi yaşındaki kız çocuğunu ölçüyü kaçırırçasına dövmek (Yar. CGK., 10.5.1982, 4-161/202), sabahın çok erken saatlerinde, soğuğa karşı iyi

²⁰ Kötü muamele, ayrıntılı olarak Fransız Ceza Kanununun 227-15 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Benzer uygulama, daha dar bir yönden İsviçre Ceza Kanununun 219. maddesinde yer almıştır.

giydirilmemiş bir halde takâti ile mütenasip olmayan büyüklükte bidonlarla kömür çıkartmak ve artan yemekleri yedirtmek (Yar. CGK., 10.10.1960, 4-54/54) gibi...²¹

m) Ailevi Yükümlülüğün İhlali

YTCK 233/3. maddede, aile bağlarının kötüye kullanılması sonucu çocuğun yıpratılmasını ve ezilmesini önleyici bir düzenleme yapılmıştır:

“Velâyet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

n) Çocuğun, Belirli Sıfatları Taşıyan Kimselerce Kaçırılması

YTCK 234. madde, onaltı yaşını bitirmemiş çocukların, “veli, vasi, bakım ve gözetim görevini yerine getiren kişinin yanından” kaçırılmasını suç olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Madde aynen şöyledir :

“Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

2. Çocuğun, Suçu Etkileyen Sebep Olarak Öngörüldüğü Suçlar

YTCK'nun çeşitli suçları ile ilgili maddeleri incelendiğinde, çocuğun bazı suçlarda, suçu etkileyen ağırlaştırıcı sebep olarak gözönünde tutulduğu saptanmaktadır. Kasten adam öldürmenin, çocuğa karşı işlenmesi (m. 82/1-e) ; İşkence ve eziyetin çocuğa karşı yapılması (m. 94/2-a; m. 96/2-a) ; Kişisel hürriyetten yoksun bırakma suçunun çocuğa karşı gerçekleştirilmesi (m. 109/2-f); Kumar oynanması için çocuklara yer ve imkan sağlanması (m. 228/2); 12 yaşını bitirmemiş çocukların, velayet yetkileri kaldırılmış kişi tarafından kaçırılması veya alıkonulması (m. 234/2); suçu etkileyen neden olarak öngörülmüştür. Bunun yanısıra, cinsel tacizde (m. 105/2) ve dolandırıcılıkta (m. 158/1-c) çocuk, dolaylı belirlemelerle öngörülmüş ve bu gibi suçların mağduru olması durumunda cezanın arttırılmasına gidilmiştir.

²¹ Bkz. Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3. bs. Ankara, 1999, sh. 5007, 5011, 5013).

Bu suçlarda, eylemin çocuklara karşı işlenmesinin kolaylığı ya da ağır sonuçlar yaratması suçu etkileyen ağırlatıcı nedeninin kabulünü gerektirdiği gibi kanun koyucunun olaycı bakış açısı da etkili olmuştur.

Sonuç

Bu incelemede, Yeni Ceza Kanununda yer alan çocuklarla ilgili düzenlemeler ortaya konulmuştur. Bu düzenlemelerle, kanun koyucunun çocuğu koruma amacı taşıdığı kolayca saptanabilmektedir. Ancak, bazı düzenlemelerde, ceza hukuku genel kurallarına aykırı davranıldığı ve aşırı bir korumacılık iddiasının, bireysel hak ve özgürlükleri kısıtladığını belirtmek gerekmektedir. Bunun yanısıra, koruyuculuğun daha somut ve gerçekçi olabilmesi için güvenlik tedbirlerine ve infaz rejimine önem verilmesi zorunluluğu vardır.