



**T.C.
ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İSLAM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Doktora Tezi

Büşra Nur DURAN

Danışman
Prof. Dr. Nihat DALGIN

SAMSUN
2023

**T.C.
ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**



ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İSLAM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Doktora Tezi

Büşra Nur DURAN

Danışman

Prof. Dr. Nihat DALGIN

SAMSUN
2023

TEZ KABUL VE ONAYI

Büşra Nur DURAN tarafından, Prof. Dr. Nihat DALGIN danışmanlığında hazırlanan “ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İSLAM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ” başlıklı bu çalışma, jürimiz tarafından “10.03.2023” tarihinde yapılan sınav sonucunda “oy birliği” ile başarılı bulunarak Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

	Unvanı Adı Soyadı Üniversitesi Ana Bilim/Ana Sanat Dalı	Sonuç
Başkan	Prof. Dr. Nihat DALGIN Ondokuz Mayıs Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı	☒ Kabul ☐ Ret
Üye	Prof. Dr. Osman ŞAHİN Ondokuz Mayıs Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı	☒ Kabul ☐ Ret
Üye	Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR Ordu Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı	☒ Kabul ☐ Ret
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Hasan ATSIZ Ondokuz Mayıs Üniversitesi Felsefe Tarihi Ana Bilim Dalı	☒ Kabul ☐ Ret
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Hasan ŞAHİN Sinop Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı	☒ Kabul ☐ Ret

Bu tez, Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen ve yukarıda adları yazılı jüri üyeleri tarafından uygun görülmüştür.

Prof. Dr. Ahmet TABAK
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK BEYANI

Hazırladığım Doktora tezinin bütün aşamalarında bilimsel etiğe ve akademik kurallara riayet ettiğimi, çalışmada doğrudan veya dolaylı olarak kullandığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin Kaynaklar'da gösterilenlerden oluştuğunu, her unsurun enstitü yazım kılavuzuna uygun yazıldığını ve TÜBİTAK Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Yönetmeliği'nin 3. bölüm 9. maddesinde belirtilen durumlara aykırı davranılmadığını taahhüt ve beyan ederim.

Etik Kurul Gerekli mi ?

Evet ☐ (Gerekli ise ekler kısmına ekleyiniz)

Hayır ☒

... / ... / 20...

Büşra Nur DURAN

TEZ ÇALIŞMASI ÖZGÜNLÜK RAPORU BEYANI

Tez Başlığı : ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İSLAM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışması için şahsım tarafından 06.01.2023 tarihinde intihal tespit programından alınmış olan özgünlük raporu sonucunda;

Benzerlik oranı : % 15

Tek kaynak oranı : % 4 çıkmıştır.

... / ... / 20...

Prof. Dr. Nihat DALGIN

ÖZET

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İSLAM CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Büşra Nur DURAN
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı
Doktora, Ocak/2023
Danışman: Prof. Dr. Nihat DALGIN

Çocuk, bedensel ve ruhsal açıdan sağlıklı olarak yetiştirilmesi, bakım-beslenme gibi temel ihtiyaçlarının giderilmesi, eğitim imkânının sağlanması ve zararlardan korunması için bakım ve gözetime muhtaç bir bireydir. Bu ihtiyaç, aile ve toplum üzerinde bir takım yetkilerle birlikte sorumluluklar da doğurur.

Çocuğun en temel yaşamsal ihtiyaçlarından olan güvenliği, çocukların cinsel istismarı suçu nedeniyle ihlal edilmekte, cinsel eylemin çocuğun fiziksel sağlığına etkilerinin yanında oluşturacağı psikolojik etkinin yıkıcı sonuçları olmaktadır. Hatta pek çok cinsel istismar vakası ölümle sonuçlanmaktadır.

Çocuğun istismarı fiziksel, duygusal, ekonomik ve cinsel olmak üzere dört farklı ana kategoride ele alınmışsa da bu çalışmada yalnızca çocukların cinsel istismarının İslam hukukuna göre suç niteliği araştırılmaktadır. İlgili fiillerin “cinsel istismar” olarak kavramlaşması ve çocuk özelinde hüküm geliştirilmesi oldukça yakın bir döneme denk geldiğinden, İslam hukuk âlimlerinin konu hakkındaki görüşleri ve modern dönem uygulamaları referans alınarak bir perspektif geliştirme ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu bakımdan ilgili literatür, araştırma-inceleme metodu ile taranmış, tümevarım yöntemi kullanılmıştır.

Çocukların cinsel istismarının İslam ceza hukukuna göre suç olduğu, genel itibarıyla 15 yaş altındaki çocukların cinsel eyleme maruz kalması, pornografik materyali görmesi ya da bu materyalde malzeme olarak kullanılması; fuhuş sektöründe çalıştırılması gibi eylemler çocukların cinsel istismarı olarak suç teşkil ettiği kanaatindeyiz. İslam hukukuna göre bu suçun basit hâlinin, zinaya benzer fiiller kapsamında değerlendirilerek cezaya tabi tutulduğu; nitelikli hâlinin bir görüşe göre hırbâ bir görüşe göre zina haddi gerektirdiği, haddi düşüren durumlar meydana geldiğinde ise tazir ile cezalandırılması gerektiği tespit edilmiştir. İslam hukukunun söz konusu eylemlere ilave yaptırımları da yine cinsel istismar suçunun sonuçları arasındadır. Cinsel istismar failine sopa vurma, hapis, öldürme ve benzeri cezalara ilaveten, failin çocuğa tazminat ödemekle yükümlü tutulması; çocuğu istismar eden ya da ağır ihmali ile istismara sebebiyet veren ailelerin velayet hakkına müdahale edilmesi ve gerçekleşen cinsel fiil nedeniyle evlenme yasakları tanımlayarak çocuğun ve ailesinin koruma altına alınması bunlardandır.

Anahtar Sözcükler: İslam Hukuku, Çocuk, Cinsel İstismar, Suç, Ceza.

ABSTRACT

CHILD SEXUAL ABUSE IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Büşra Nur DURAN
Ondokuz Mayıs University
Institute of Graduate Studies
Department of Basic Islamic Sciences
Ph.D., January/2023
Supervisor: Prof. Dr. Nihat DALGIN

A child is an individual in need of care and supervision in order to raise him/her as physically and mentally in a state of health, to meet his basic needs such as care and nutrition, to provide education opportunities and to protect him from harm. This need creates responsibilities along with some authority on the family and society.

The safety of the child, one of the most basic vital needs, is violated due to the crime of sexual abuse of children, and the psychological effects of the sexual act as well as the effects on the physical health of the child have devastating consequences. In fact, many cases of sexual abuse result in death.

Although child abuse has been handled in four main categories as physical, emotional, economic and sexual, in this study only the criminal nature of sexual abuse of children is analyzed according to Islamic law. Since the conceptualization of the related acts as "sexual abuse" and the development of provisions specific to children coincided with a very recent period, the need to develop a perspective has emerged by taking the views of Islamic law scholars on the subject and modern period practices as reference. In this respect, the relevant literature was reviewed with the research-examination method and the inductive method was used.

We are of the opinion that sexual abuse of children is a crime according to Islamic penal law, in general, sexual abuse of children under the age of 15 is a crime as sexual abuse of children, such as to exposure to sexual acts, to see pornographic material or to employ them in the prostitution sector.

According to Islamic Law, the simple form of this crime is considered within the scope of acts similar to adultery and is punished; according to one view, it has been seen that the qualified state necessitates the hadd of fornication according to a sullen view. It has been determined that when degrading situations occur, they should be punished with tazir. The additional sanctions of Islamic law on these acts are also among the consequences of sexual abuse. In addition to penalties such as pounding away, imprisonment, killing, etc. the perpetrator of sexual abuse is obliged to pay compensation to the child; These include interfering with the custody rights of families who abuse the child or cause abuse through gross negligence and taking the child and his family under protection by defining marriage bans due to the sexual act.

Keywords: Islamic Law, Child, Sexual Abuse, Crime, Punishment.

ÖN SÖZ VE TEŞEKKÜR

Toplumun korunmaya muhtaç bir bireyi olan çocuk, aile açısından neslin devamı, millet açısından geleceği, devlet açısından da beka imkânıdır. Dolayısıyla çocuğun sağlıklı bir yetişkin olması, büyümesine katkı sunan herkesin çabasına bağlıdır ve özel ihtimam gerektirir. Çocuğun yetişmesinde ailenin, devletin ve toplumun belli oranlarda yetki ve sorumlulukları vardır. Zira çocuk, gördüklerinden ve duyduklarından beslenir; davranış kalıplarını öğrenir ve sonuçta değer yargıları edinir. Bu bakımdan çocuğun korunması, bakımı, eğitimi çok boyutlu bir konudur. Dolayısıyla çocuğun güzel eğitimi takdir edilirken, istismarı örfen gayr-i ahlaki; hukuken suç olan bir fiil olarak değerlendirilmektedir.

Çocuklara yönelik istismarın maddi, manevi, fiziksel ve cinsel olmak üzere dört çeşidi vardır. Ancak biz çalışmamız kapsamında diğer istismar türlerini kapsam dışında bırakarak çocukların cinsel istismarını İslam ceza hukuku açısından değerlendirmeye çalıştık. Saha araştırmalarında elde edilen veriler, vaka sayıları çalışmamızın doğrudan hedefi değildir. Ancak klasik İslam literatüründe konunun ele alınmadığı iddiası; habere konu olan her vakada konunun yeniden tartışmaya açılması, hem klasik hem modern perspektifle konunun değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu çalışmada istismar kavramının kapsamı ve şekli, türleri, hukuki durumu ve suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığı, tespiti ve cezalandırılmasına yönelik görüşler ele alınmıştır. Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde, çocuk üzerinde gerçekleşen bir fiilin suç oluşturabilmesi için çocukluğun sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Bu nedenle önce çocuk kavramı ele alınarak, çocukluğun nerede sonlandığı tespit edilmiştir. Ardından cinsel istismar suçu ile ilişkilerini belirlemek amacıyla cinsel suçların ve sapkınlıkların kavramsal çerçevesi çizilmiştir.

İkinci bölümde, cinsel istismar olarak değerlendirilen davranışların suç vasfı, suçun tarafları ve suçun ispat vasıtaları tespit edilmiştir.

Üçüncü bölümde, davranışların suç niteliğine göre sonuçları ele alınmış ve İslam ceza hukukunun cinsel suçlar için öngördüğü cezalara çocukların cinsel istismarı suçu kıyaslanarak değerlendirilmiştir.

Araştırma boyunca, yürüttüğü idari göreve rağmen çalışmanın her aşamasını titizlikle takip eden, akademik bakış ve üslubunun gelişmesi yönünde bana vizyon ka-

zandıran, efendiliği, çalışkanlığı, prensipleri, öğrenci ile ilişkisi bakımından örnek aldığı, benim için danışmandan çok daha fazlasını ifade eden kıymetli hocam Prof. Dr. Nihat DALGIN'a; dijital kaynaklara erişim sağlama ve literatür taraması yaparken klasik kaynakların doğru anlaşılması konusunda yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen, teknolojik gelişmelere uyum sağlama ve teknolojik imkânları alana entegre etme bakımından kendisinden çok şey öğrendiğim sayın hocam Prof. Dr. Osman ŞAHİN'e; çalışmanın taslağını görüşlerinden istifade ederek çıkardığım, tezin çıkmaza girdiği anlarda bana ışık tutarak yol gösteren, tezi dönem dönem okuyarak gelişmesi konusunda çok değerli katkılar sunan sayın hocam Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR'e, tezi baştan sona titizlikle okuyarak değerli katkılar sunan, gözden kaçan hataları telafi imkânı sağlayan Dr. Öğr. Üyesi Hasan ŞAHİN'e; tez yazım aşamasında destek ve önerilerini esirgemeyen İslam Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyeleri; Prof. Dr. Ayhan AK, Dr. Öğr. Üyesi Şule GÜLDÜ ve doktora öğrencisi Betül AŞAR ile Din Felsefesi Ana Bilim Dalı öğretim üyesi kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Hasan ATSIZ'a; tezin tashih okumasını yaparak katkıda bulunan Dr. Öğr. Üyesi Ayşe UZUN, Dr. Kübra NUGAY, Arş. Gör. Elif Almila PANCAROĞLU ile tezimi defalarca dinleyip belirttikleri fikirlerle tezimin gelişmesine sundukları katkılardan ötürü Zeynep CERRAH nezdinde tüm Akademik Çalışma Grubu üyelerine ve titiz bir şekilde tezin son okumasını yapan Öğr. Gör. Mahir KAVUN'a teşekkür ederim.

Doğduğumda gelen hediyelerle “Fî Zilâl'il-Kur'an” eserini alarak benim için kütüphane oluşturmaya başlayan, çocukluğumun ilk dönemlerinden itibaren beni akademik toplantılara, derslere taşıyarak akademisyenlik mayasını ruhuma çalan, literatür tarama, fişleme, yazım, redaksiyon gibi tez yazım sürecinin her aşamasında tüm kaynaklarını ve enerjisini nitelikli bir akademisyen olmam için sunan, örnekliği ile büyüdüğüm, her adımını büyük bir gururla takip ettiğim, layık olmak için çabaladığım babam Prof. Dr. Yavuz ÜNAL'a; araştırma-inceleme, okuma ve olaylara doğru bakışı yakalama konusunda olduğu kadar eğitimcilik formasyonu açısından bana sayısız katkı sunan, uzun, yorucu ve yıpratıcı tez sürecinde yükümü maddi-manevi üstlenerek bana çalışma alanı açan, düştüğümde kaldıran, her zaman moral-motivasyon desteği sunan kıymetli annem Süheyla ÜNAL'a, yoğun çalışma dönemlerinde kızıma yokluğumu hissettirmeyerek teyzeliğin hakkını veren kardeşlerim Tuğba Nur BAŞ ve Hüda Nur ÜNAL'a; akademik çalışmalarım için bana her zaman destek veren, gururla beni teşvik eden, stresimi ve yoğun tempomu her daim anlayışla karşılayarak elini taşın

altına koymaktan çekinmeyen değerli eşim Mehmet Akif DURAN’a; destek ve motivasyonları için Doç. Dr. Kemal ÖZKURT’a ve Öğr. Gör. İ. Ethem OLUKÇUOĞLU nezdinde tüm OMÜ Merkez Kütüphane personeline teşekkür ve minnettarlıklarımı sunarım.

Büşra Nur DURAN

Samsun-2023



İÇİNDEKİLER

TEZ KABUL VE ONAYI	i
BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK BEYANI	ii
TEZ ÇALIŞMASI ÖZGÜNLÜK RAPORU BEYANI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖN SÖZ VE TEŞEKKÜR.....	v
İÇİNDEKİLER	viii
SİMGELER VE KISALTMALAR	xi
1. GİRİŞ	1
1.1. Araştırmanın Konusu ve Sınırlandırılması	1
1.2. Araştırmanın Amacı.....	1
1.3. Araştırmanın Problemi.....	4
1.4. Araştırmanın Yöntemi.....	6
1.5. Konuyla Alakalı Yapılan Çalışmalar	6
2. ÇOCUK VE CİNSEL SUÇ KAVRAMLARI.....	10
2.1. Çocuk Kavramı	11
2.1.1. Sözlük Anlamı	12
2.1.2. İslam Hukukunda Çocuk.....	13
2.1.2.1. Gayr-i Mümeyyiz Çocuk	13
2.1.2.2. Mümeyyiz Çocuk.....	14
2.1.2.3. Çocukluğun Sonu.....	15
2.1.3. Merî Hukukta Çocuk.....	17
2.2. Cinsel Suç Kavramları	19
2.2.1. Zina	19
2.2.2. Livâta	23
2.2.3. Lezbiyenlik	23
2.2.4. Çocuk Pornografisi ve Fahişeliği	24
2.2.5. Ensest	25
2.2.6. Cinsel İstismar	27
2.2.7. Cinsel Taciz	29
2.2.8. Cinsel Şiddet	30
2.2.8.1. Tecavüz	31
2.2.8.2. Irza Tasaddi.....	34
2.2.9. Cinsel Sapkınlıklar.....	35
2.2.9.1. Pedofili	35
2.2.9.2. Zoofili	37
2.2.9.3. Nekrofilia	37
2.2.9.4. Teşhircilik ve Röntgencilik.....	37
2.2.9.5. Fetişizm.....	38
3. İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU VE İSPATI.....	40
3.1. Cinsel İstismar Suçu	41
3.1.1. Basit Cinsel İstismar	43
3.1.2. Nitelikli Cinsel İstismar	44
3.2. Cinsel İstismar Suçunun Unsurları	45
3.2.1. Cinsel İstismar Suçunun Kanuni Unsuru	45
3.2.1.1. İslam Hukuk Tarihinde Cinsel Suçlarla İlgili Kanunlaştırma Faaliyetleri....	48
3.2.1.2. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel İstismar Suçunun Kanuni Unsurları	51
3.2.1.3. Cinsel İstismar Suçunu Önlemeye Yönelik Uluslararası Sözleşmeler.....	52
3.2.1.3.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi	52
3.2.1.3.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme	53
3.2.1.3.3. Lanzarote Sözleşmesi.....	53

3.2.1.4. Günümüz Müslüman Ülkelerinde Cinsel İstismar Suçuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler	54
3.2.2. Cinsel İstismar Suçunun Maddi Unsuru	55
2.1.1.1. Basit Cinsel İstismarda Maddi Unsur	57
2.1.1.2. Nitelikli Cinsel İstismarda Maddi Unsur	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
3.2.3. Cinsel İstismar Suçunun Manevi Unsuru.....	61
2.1.1.3. İradi Fiil.....	62
2.1.1.4. Suç İşleme Kastı.....	64
2.1.1.4.1. Cinsel İstismar Suçunda İkrahın Kasta Etkisi	67
2.1.1.4.1.1. Kadının Cinsel İstismarda Bulunmaya Zorlanması	68
2.1.1.4.1.2. Erkeğin Cinsel İstismarda Bulunmaya Zorlanması.....	70
3.2.4. Cinsel İstismar Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	72
3.3. Cinsel İstismar Suçunun Tarafları.....	73
3.3.1. Fail	73
3.3.1.1. Failin Yetişkin Olması	73
3.3.1.2. Failin Akıllı Olması	74
3.3.1.3. Failin Cinsiyeti.....	76
3.3.1.4. Fail Sayısı.....	77
3.3.2. Mağdur	78
3.3.2.1. Mağdurun Çocuk Olması	78
3.3.2.2. Mağdurun Rızası	80
3.3.2.3. Mağdura Cebir ve Şiddet Kullanımı	81
3.4. Cinsel İstismar Suçunun İspat Vasıtaları	81
3.4.1. Suçlunun İtirafı	83
3.4.2. Suça Tanıklık	86
3.4.3. Suç Kanıtları	89
3.4.3.1. Hamilelik.....	90
3.4.3.2. Adli Tıp Raporları.....	91
3.4.3.3. Bekâret Testi	93
3.4.3.4. Görüntü-Ses Kayıtları/IP numaraları	93
3.4.3.5. Oyun Terapisi.....	94
3.5. Bazı Cinsel Eylemlerin Cinsel İstismarla İlişkisi.....	95
3.5.1. Pedofilinin Suç Niteliği.....	95
3.5.2. Ensestin Suç Niteliği	97
3.5.3. Çocuk Pornografisi, Fahişeliği ve Seks Turizmi.....	99
3.5.4. Homoseksüel Eylemlerin Suç Niteliği	100
3.5.5. Teşhircilik	103
3.5.6. Fetişizm.....	103
4. İSLAM CEZA HUKUKUNA GÖRE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN CEZASI	105
4.1. Basit Cinsel İstismar Suçunun Cezası.....	106
4.1.1. Tazminat	108
4.1.2. Dayak	108
4.1.3. Hapis	110
4.2. Nitelikli Cinsel İstismar Eyleminin Suç Kategorisi.....	110
4.2.1. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirip Gerektirmediği	111
4.2.1.1. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirdiği Görüşü	111
4.2.1.2. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirmeyip Tazir Verileceği Görüşü.....	112
4.2.2. Nitelikli Cinsel İstismar Suçuna Önerilen Cezalar	116
4.2.2.1. Dayak	116
4.2.2.2. Sürgün	117
4.2.2.3. Tazminat	118
4.2.2.4. Hapis	121

4.2.2.5. Kastrasyon.....	122
4.2.2.6. Öldürme	126
4.3. Cinsel İstismar Suçunun Diğer Sonuçları	131
4.3.1. Velayete Müdahale	132
4.3.2. Evlenme Yasağı	134
4.3.3. Maddi/Manevi Tazminat.....	136
5. SONUÇ VE ÖNERİLER.....	139
KAYNAKÇA.....	142
ÖZ GEÇMİŞ.....	153



SİMGELER VE KISALTMALAR

APA: Amerikan Psikologlar Derneği

b.: bin

bkz.: Bakınız

bs.: Baskı

C.: Cilt no

Çev.: Çeviren

ÇHS: Çocuk Hakları Sözleşmesi

ÇİM: Çocuk İzlem Merkezi

DİA: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi

DSM: The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

ed.: Editör

haz.: Hazırlayan

ICD-10: Uluslararası Hastalıklar Sınıflandırması

LGBTİQ+: Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transseksüel, İnterseks, Querr +

m.: madde

s.: Sayfa no

S.: Sayı

ss.: Sayfalar arası

tsh.: Tashih

thk.: Tahkik

TCK: Türk Ceza Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

WHO: Dünya Sağlık Örgütü

y.y.: Yüzyıl

yay.: Yayınları

yay.haz.: Yayına hazırlayan

1. GİRİŞ

1.1. Araştırmanın Konusu ve Sınırlandırılması

Çocuğa yönelik gerçekleştirilen tüm cinsel davranışlar, 12.10.2004 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 Sayılı Yeni Ceza Kanunu’nda “cinsel istismar” şeklinde tanımlanmıştır. Cinsel istismar, tüm hukuk sistemleri için olduğu gibi İslam ceza hukuku doktrini için de yeni bir kavramdır.¹ Bu kavramın teorik altyapısının oluşturularak fıkıh literatürüne kazandırılması düşüncesinden hareketle hazırlanan araştırma, çocuğu cinsel açıdan istismar anlamı taşıyan davranışların fikhî zeminini tespiti yönelik olduğundan bu tez çalışması “Çocukların Cinsel İstismarının İslam Ceza Hukukundaki Yeri” şeklinde isimlendirilmiştir.

Tarihsel süreçte ve farklı toplumlarda cinsel istismar suçuna uygulanmış/uygulanmakta olan cezaları göz önüne alarak uygun cezaların belirlenmesi araştırmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Araştırma, çocukların cinsel istismarı ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kadın ve erkeğe yönelik olan cinsel davranışlar ve çocuğa yönelik diğer istismar türleri suçun unsurları ve sonuçları bakımından farklılık teşkil ettiğinden kapsam dışı tutulmuştur.

Cinsel istismarın Türk Ceza Kanunu’nda ele alınış şeklinden hareketle İslam ceza hukukunda bir perspektif yakalama gayretinden ötürü, kıyaslamalar TCK’ye göre yapılmış; diğer hukuk sistemlerindeki uygulamalara zaman zaman örneklik sunması açısından başvurulmuştur. Cinsel istismar kavramının literatüre yeni girmiş olması nedeniyle ilk dönem kaynaklarında konu bir başlık altında yer almamıştır. Bu çalışma esnasında geniş bir literatür taraması yapmış olmamıza rağmen kavramın yeni olması kaynak çeşitliliği noktasında sıkıntı yaşamamıza neden olmuştur. Bu nedenle İslam fıkıh mezhepleri özelinde de bir sınırlamaya gidilmemiştir.

1.2. Araştırmanın Amacı

Bir kişiyi, eşyayı ya da olguyu kötüye kullanma anlamı taşıyan istismar, çocuk özelinde fiziksel, cinsel, ekonomik ve duygusal formlarda karşımıza çıkmaktadır. Aslında istismar, tarih boyunca yaşanmıştır. Günümüzde de aynı şekilde maddi durum,

¹ İlgili yasanın yürürlüğe giriş tarihinden önce yayımlanan eserlerde çocuğun cinsel istismarı suçunun özel olarak ele alınmadığı görülebilir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara 1991.

eğitim düzeyi, dini inanç, yaş, cinsiyet, sıhriyet fark etmeksizin toplumun her kesiminde görülebilmektedir. Ancak suçun tanımlanmasıyla bu suçla ilgili yeni bir dönem başlamış, teknolojik imkânlarla vakalardan daha kolay haberdar olunması da geçmişe göre daha fazla cinsel istismar vakası gerçekleştiği şeklinde algı oluşturmuştur. Şüphesiz bu algının doğruluğu teyide muhtaçtır. Zira günümüzde literatüre yansıyan vaka sayılarındaki nicel artışın temelinde pek çok etmen vardır. Aile ve çocukların, istismar konusunda bireysel farkındalıklarının artması adli mercilere başvuruların artmasını da beraberinde getirmiştir. Devlet organlarının mağduru korumaya yönelik bu konuda yürüttüğü politika, koruma önlemleri, başvuru konusunda bireyleri cesaretlendirmekle birlikte, sunulan imkânlar başvuruyu daha kolay kılmaktadır.

Geleneksel hukuk normlarının siber suçlara ve somut veriler elde etme konusuna adaptasyonunun yetersiz olması da vakaların artmasında etkili olmuş ve tespiti zorlaştırmıştır. Bununla birlikte istismarcıların çocuklara erişimi sanal platformlar aracılığıyla kolaylaşmıştır. Medyada yer alan pek çok dizi, film hatta haber metinleri ile çocuğun cinsel istismarına örtülü teşvik gerçekleşmektedir. Bu nedenle vakaların giderek arttığı yönündeki değerlendirme öne çıkmaktadır.

Davranışların istismar olarak tanımlanarak dışlanmasında yasalar kadar örf de yol göstericidir. Değişen örf, normal görülen bir davranış formunu, zamanla olumsuzlaştırarak toplumsal tepki çekecek kalıplara sokabilmektedir. Bunun en bariz örneğini küçüklerin evlendirilmesi konusunda görmek mümkündür. Resmî olarak evlenme yaşından önce, tarihsel uygulamada normal görüldüğü için gerçekleştirilen evlilikler fiilen devam ederken, bugün “çocuk evliliği” olarak kınanması toplumsal algının zamanla değiştiğinin göstergesidir. Bu bağlamda konunun sınırlandırmasını yapmak ve hangi davranışların istismar olarak suç teşkil ettiğini tespit etmek önemlidir. Suçun özel bir suç türü olmasından ötürü ispatının zorluğu, ispat vasıtalarının çeşitliliği ve bu suça münhasır olması değerlendirmede hassasiyet gerektirmektedir.

Araştırmamızın amacı, devletin ve milletin geleceğinin teminatı olan çocukların, aile içinde, eğitim hayatında, oyun alanlarında ve diğer sosyal ortamlarda cinsel istismara maruz kalmaksızın yaşayabilecekleri, dolayısıyla gelişimlerini sağlıklı bir şekilde sürdürebilecekleri ideal bir toplum için cinsel istismara yönelik mevcut ya da muhtemel olumsuzlukları tespit ederek bunların İslam ceza hukukundaki yansımalarını gösterebilmektir.

Araştırmamızın hedefi cinsel istismar suçunun unsurlarını tanımlayarak İslam ceza hukukuna göre sonuçlarını tespit etmektir. Ayrıca bu çalışmada, çocuğun fiziksel zarara maruz kalması veya tanık olması dolayısıyla travmatik sonuçlar doğurabilecek bu suç çeşidine karşı İslam ceza hukukunun tutumu tespit edilerek hazırlanacak yeni mevzuata veya yürürlükte olan kanunların geliştirilmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Kavram olarak çocuk istismarı, terminolojiye yeni girmişse de bu kavramın kapsamına giren, örneğin çocuğun velayeti, mali haklarının korunması; buluntu çocuk, yetim çocuk; mahremiyet eğitimi, te'dib ve benzeri konularda çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Ancak bu alt başlıklar istismarın fiziksel, duygusal, maddi boyutlarıyla ilgili olup konumuz olan cinsel istismara yönelik akademik çalışma yok denecek kadar azdır.

İslam hukukunun klasik kaynaklarında ve günümüz çalışmalarında ırza geçme, taciz, tecavüz ve benzeri cinsel saldırılar yetişkin, çocuk ayrımı yapılmaksızın değerlendirilmiştir. Çocuğa “gelişmemiş bir yetişkin” nazarıyla bakılmasından doğan düşünce yapısıyla, suç davranışının psikolojik hasarı ve gelecek yaşantılarına etkisi göz ardı edilip istismar sonucunda çocukta oluşan fiziksel zarar esas alınarak hüküm verilmiştir. Kaynaklarda cinsel istismar suçu failine verilecek cezanın, suçun türüne göre had mi ta'zir mi olacağı tespit edilmiş olup ta'zir türünden verilecek cezaların detayları ele alınmamıştır.

Cinsellik gibi yetişkin davranışlarının izdüşümü, yetişkin ve çocukta farklı olmaktadır. Cinsel istismar fiziksel, hormonal olarak cinselliğe hazır olmayan çocuğun anlam dünyasını sarsıcı bir saldırdır. Cinselliği henüz tecrübe etmemiş bir yetişkin ile cinselliğin, zihinsel altyapısında herhangi bir karşılık bulmadığı çocuğun bu saldırıdan etkilenme seviyesi bile farklı olacaktır. Gelişiminin ilk evresinde olan çocuğun maruz kaldığı saldırı onu bir yetişkine oranla çok daha fazla yaralayacaktır. İstismar gerçekleştiğinde, çocuğun zihninde dünyaya dair karamsar, kötü ve rahatsız edici bir şema oluşmaktadır. Yapılan çalışmalar mutlu ailelerde, huzur içinde büyüyen çocukların yetişkin yaşamlarında olumsuz şartlarda büyüyenlere nispetle farkını açıkça ortaya koyar. Kaldı ki çocuğun fiziksel bütünlüğüne verilen zarar onun dünyasını alt üst eder. Üstelik zarar gören duygu dünyası, aldığı fiziksel hasardan daha geç iyileşir, uzun va-

dede bu zarar kişilik-karakter gelişimini etkiler. Nitekim pek çok psikiyatrik bozukluğun temelinde çocukluk dönemi istismarlarının yattığı bir gerçektir.² Bu nedenle cinsel istismarın çocuk özelinde tartışılması gereklidir. İşte bu nedenle araştırma konumuzu müstakil olarak “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İslam Ceza Hukukundaki Yeri” şeklinde belirledik.

1.3. Araştırmanın Problemi

Çocuğun istismarı, genel olarak toplumsal bir sorundur. Ancak cinsel istismar, çocuk açısından fiziksel, psikolojik ve sosyal açılardan olumsuz neticeler doğuran travmatik bir saldırdır. İstismar vakaları, maddi durum, eğitim düzeyi, dinî inanç, yaş, cinsiyet, sıhriyet fark etmeksizin toplumun her kesiminde görülmektedir.

İlgili literatür dikkate alındığında vaka sayılarında nicel artışın varlığı görülmektedir. Ancak önceki dönem gerçek vaka sayısına resmi kayıtların uyumluluğu, diğer bir ifadeyle vakaların tespit edilme ve bilinme ihtimalinin düşük olması bu hususun ihtiyatlı değerlendirilmesini gerektirmektedir. Zira devlet ve hukuk güvencesinin olmaması, bireysel farkındalık düzeyinin düşük olması, bu tür davranışların açığa çıkma, etiketlenme endişesiyle sineye çekilmesi gibi nedenlerle literatüre tam olarak yansıtılamadığını düşünmekteyiz.

Bununla birlikte günümüzde yaygın görülen bir suç türü olan cinsel istismara verilen cezaların yetersizliğine ilişkin iddialar suçun önlenmesini güçleştirmektedir. Ayrıca suçun cezasız kaldığı algısı oluşturulmak suretiyle olgunun istismar edilmesi neticesinde kalkışmaya neden olacak kadar kamunun sinir uçları ile oynanması ve adalet mekanizmasının itibarsızlaştırılması başka bir soruna atıfta bulunmaktadır. Gerek ana akım medya gerek sosyal medyada cinsel istismar vakalarına maksadını aşacak şekilde yer verilmesiyle tiraj, reyting ve popülerite için malzeme edilmek suretiyle cinsel istismar olgusunun iletişim kanallarınca da istismar edildiği görülmektedir. Bu durum potansiyel suçluları yüreklendirmesi sebebiyle yarayı derinleştirmektedir.

Türkiye’de mevcut hukuk sisteminde suça verilen cezanın caydırıcı olup olmadığı ciddi anlamda tartışmaya açık bir konudur. Tüm bunlarla birlikte mağduru koru-

² Psikoloji Sözlüğü, “Voyeuristic Disorder/ Gözetlemecilik Bozukluğu”, <https://www.psikolojisozlugu.com/voyeuristic-disorder-gozetlemecilik-bozuklugu> (Erişim: 07.04.2023)

maya yönelik politikalar ile toplumsal bilincin yükselmesi, istismara yönelik farkındalık oluşması ile resmî kayıtlara geçen istismar vakalarının artması da paralellik arz etmektedir.

Çocukların cinsel istismarı çözülmeyi bekleyen çok yönlü bir problem olarak durmaktadır. Çocuğun canı, kanı, onuru değerlidir ve dokunulmazdır. Gelecek nesilleri oluşturacak bugünün çocuklarının yaşam hakkının ve vücut dokunulmazlığının korunması anlamında temel güvenlik ihtiyacının karşılanması ve buna kast edenlerin cezalandırılması bir devletin en temel görevlerindendir. Geleceğin ihya ve inşası çocukluk çağına bugün yapılacak yatırımlarla ve çocukların korunmasına yönelik alınacak önlemlerle mümkün olacaktır.

Çocuk ile anne-baba arasındaki bağ yalnızca duygu paylaşımı değil aynı zamanda çocuğun özdeşim kurması bakımından da kıymetlidir. Pek çok niteliği kazanmada aileyi örnek alan çocuk cinsel kimlik gelişiminde de bu bağı kullanır. Özellikle baba-oğul ilişkisinin güçlü olması çocuk için hayati önem taşımaktadır. Araştırmalara göre erkek çocuk, hidane döneminde anne ile kurduğu bağı bir süre sonra babasına aktarmadığında homoseksüel eğilimler gösterir. Baba-oğul arasındaki ilişkinin yetersiz kalması homoseksüelliğin en temel sebeplerinden sayılmaktadır.³ Bu da İslam hukukunda, ebeveyni boşanmış çocuğun kendi öz bakımını sağlayamadığı yaşta anne yanında sonrasında ise baba yanında kalması şeklindeki kuralın hikmetini açıklar mahiyettedir.

Cinsel istismar, mağdur çocukla birlikte topluma da büyük oranda zararlar vermektedir. Kamu düzeni ve ahlakı açısından istismar vakalarının önlenmesi bir zorunluluktur. Bu suçun işlenmesi ile hem Allah hakkı hem kul hakkı ihlal edilir.

Problemlerin pratik çözümü, teorik temelini atmakla başlar. Öncelikle problem, tüm hatlarıyla açığa çıkarılmalı, ardından olası çözüm yollarının tespiti yapılmalıdır. Bu anlamda cinsel istismarın kavramsal çerçevesinin belirlenmesi, tanımlanması ve cezalarının bilimsel platformda tetkik edilmesi gerekir.

Tüm bunlar ışığında araştırmamızın problemi, çocuklara yönelik cinsel istismar suçu işleyen kişiye yaptırımların İslam ceza hukukuna göre neler olduğudur.

³ Joseph Nicolosi, *Erkek Homoseksüeller İçin Onarım Terapisi Yeni Bir Klinik Yaklaşım*, çev. Ebru Morgül, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2008.

1.4. Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamızda araştırma-inceleme metodu esas alınmış ve bunun için literatür taraması yapılmış; tümevarım yöntemi kullanılmıştır. Bu bağlamda öncelikle bu zamana kadar hazırlanmış tez çalışmaları taranmış; eksiklikler dikkate alınarak tez çalışmamız için genel çerçeve çıkarılmıştır. Ardından üç bölüme ayrılan tez için İslam hukukunda hadler, kısas-diyet cezaları ve tazir cezaları temel kaynaklardan detaylıca okunarak, konuya özgü kavramlar tespit edilmiş ve kavramların etimolojik kökenleri ve terminolojik anlamları irdelenmiştir.

Suçun oluşma şartları, unsurları ve tarafları klasik fıkıh kaynaklarından yola çıkılarak belirlenmiştir. Bu aşamada veri toplamak için hükümlere kaynaklık teşkil eden nasslar üzerine yoğunlaşmış; ahkâm tefsirlerine ve hadis kaynaklarına başvurularak hükümlere kaynaklık eden nasslara dair ulemanın yorumları tespit edilmiştir. Modern İslam hukuku alanında müstakil olarak ele alınan kadının ve çocuğun kaçırılması, alıkonması, tecavüz edilmesine yönelik tez, kitap ve makale çalışmaları titizlikle taranmıştır.

Sonraki aşamada İslam hukukunun klasik kaynaklarında ilgili suça öngörülen ve tarihsel süreçte ilgili suça tatbik edilen cezalarla günümüz İslam devletlerindeki cinsel istismar suçuna ilişkin kanunlar ve kanun teklifleri tespit edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda cinsel istismar suçuna öngörülen cezalar incelendikten sonra bu çalışmada İslam ceza hukukuna göre bu suçun tanımlanması ve cezalandırılması yönünde bir görüş geliştirilmiştir.

1.5. Konuyla Alakalı Yapılan Çalışmalar

Çocuğun cinsel istismarı ile alakalı bilgiler klasik kaynaklarda modern tasnif yöntemlerinden farklı şekilde yer almıştır. Suç tanımının güncelliği nedeniyle her ne kadar çocuk istismarı olarak özel bir bab açılmamış olsa da davranışları değerlendiren müeyyidelerin altında, had ve tazir suçları içerisinde çocuğa özel hükümler ele alınmıştır. Çalışmamızda literatür taraması her bölümün içeriğine yönelik olarak kapsamlı şekilde yapılmıştır.

Cinsel istismar suçunun unsurlarını ve bu suça ait yaptırımları ele aldığımız tezimiz için İslam Hukuku alanında farklı bakış açıları yakalamak amacıyla geniş bir literatür taraması yapılmış, şu eserlerden özellikle çokça istifade edilmiştir:

- Ebü'l-Feth Mecdüddin Muhammed b. Hüseyin b. Ahmed Üsruşeni, *Ahkamu's-Sigar*, thk. Mustafa (Osman) Samide, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.
- el-Avâri, Abdülfettah Behic Abdüddâyim Ali, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal ve'l-Asarü'l-Müterettibe Aleyha Beyne'l-Fıkhi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, el-Merkezü'l-Kavmi Li-İsdarati'l-Kanuniyye, Kahire 2010.
- Yusuf, Yusuf Hasan, *Cerimetu İstiglâli'l-Etfal ve Himayetihim fi'l-Kanuni'd-Devli ve's-Şeriatil-İslamiyye*, el-Merkezü'l-Kavmi li'l-İsdarati'l-Kanuniyye, Kahire 2013.
- Salah Rızık Abdülgaftar Yunus, *Ceraimü's-Şüzûzi'l-Cinsi*, Darü'l-Fikr ve'l-Kanun, Mansure 2010.
- Abdü'l-Mün'im, Abdül Aziz b. Sa'dun, *Ahkamu't-Teharruşü'l-Cinsî: Dirase Mükarene*, İmam Muhammed b. Suud el-İslami Üniversitesi, el-Âlî li'l-Kadâ Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Riyad 2011-2012.

Ülkemizde cinsel istismar suçunun İslam ceza hukukundaki yeri hakkında müstakil olarak yapılan tek çalışma Üzeyir Köse'nin “*İslam Ceza Hukuku Açısından Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar*” adlı makalesi olup mezhep görüşlerini sistematik olarak ele alması bakımından güzel bir çalışma olmakla birlikte makale formatı gereği konu etraflıca ele alınmamıştır. Buna ilaveten ilgili yasanın yürürlüğe girme tarihinden sonra konu hakkında bazı tez çalışmaları yapılmıştır. Aşağıda listelenen bu çalışmalarda çocukların cinsel istismarının özel bir inceleme alanı bulmadığı, benzer başlığa sahip tek çalışmanın ise henüz tamamlanmadığı ve biri hariç tüm çalışmaların yüksek lisans düzeyinde olduğu görülmektedir.

İslam Hukuku Alanında Cinsel Suçlarla İlgili Hazırlanmış ve Hazırlığı Devam Eden Tezler:

- Hasanov, Eldar, *İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yahudi Hukukunda Zina ve Benzeri Cinsel Suçlar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- Abdulnazar, Muhammed Arif, *İslam Hukukunda Çocuk İstismarını Önleyici Tedbirler*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012.

- Baimurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- Dil, Fatmanur, *İslam Hukukuna Göre Cinsel Tecavüze Uğramış Kadının Hak ve Sorumlulukları*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Devam Eden Yüksek Lisans Tezi, Bursa.
- Yenilmezbaş (Şahin), Büşra, *İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Çocuk İstismarı*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Devam Eden Yüksek Lisans Tezi, Bursa.

Merî Hukuk Alanında Cinsel Suçlarla İlgili Hazırlanmış Tezler:

- Köse Şahin, Behiye, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009.
- Ersözoğlu, Haydar, *Türk Hukuku 'nda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2010.
- Savaşçı, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Işıka, Sertaç, *Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Şarman, Ceren, *Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Çelik, Dilek, *Çocukluk Çağı Cinsel İstismar Olgularında Mağdur İfadesinin Delil Niteliği ve İfade Geçerlilik Analizi*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014.
- Uzun, Büşra, *Mukayeseli Hukukta Cinsel Suç Faillerinin Kastrasyonu ve Ülkemize İlişkin Öneriler*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.



2. ÇOCUK VE CİNSEL SUÇ KAVRAMLARI

Bütün canlıların yaşam hakkını, hukukunu ve onurunu korumayı temel amaç edinen İslam, neslin korunmasına da özel önem vermiştir. Neslin devamlılığının sağlanması ile fitrat ekseninde korunması, hassasiyetle üzerinde durulan konulardandır. Fıkıh literatürü, bu hedefi gözeterek insan bedenini onun saygınlığı ve mahremiyeti bağlamında ele almıştır. Bu anlamda sağlam nesillerin inşası için beden nosyonu ile bedene ilişkin hak ve yükümlülükleri ön plana çıkmaktadır. Bu bakımdan çizilen mahrem sınırların korunması sayesinde kişisel önemler yanında bireyin ölü ya da diri olması fark etmeksizin taciz/tecavüzün yasaklanması ile dış etkenlerden de bedenin korunması sağlanmıştır. Öte yandan insan ihtiyaçları da göz ardı edilmemiş; soyun devamlılığı ve sağlıklı bir toplum yapısı için cinsel hayat konusunda bir takım kurallara bağlı olarak yaşanmasına fırsat verilmiştir.

İnsan neslinin devamını sağlayan cinsellik, İslam hukukunda söz konusu hedef ile birlikte ele alınarak bir kadın ve bir erkek arasında geçerli bir nikâh akdiyle meşru görülmüştür. Diğer cinsel yakınlaşmalar ise yasaklanmış, dolayısıyla suç kapsamında değerlendirilmiştir. Bu cinsel suçlar, bireyi rahatsız eden laf atma davranışından, bireyin vücut dokunulmazlığını ihlal anlamı içeren tecavüz eylemine kadar geniş bir yelpazede, çeşitli görünümelerde karşımıza çıkabilmektedir. Bazı eylemler bekâr için de evli için de suç niteliği taşıırken bazı cinsel davranış biçimleri yalnızca taraflar arasında nikâh bağı olmaması halinde suç olarak nitelendirilir.⁴ Cinsel suç oluşturan davranışlar cinsel taciz, ırza tasaddi, ırza geçme (tecavüz), cinsel saldırı, cinsel sömürü, cinsel şiddet, cinsel istismar gibi pek çok şekilde isimlendirilmektedir.

Cinsel suç oluşturacak ilişki biçimlerinin bir kısmı kaynağını doğrudan nasslardan almaktadır; bir kısmı ise örf tarafından şekillendirilmiştir. İslam ceza hukukunda cinsel suçların bir kısmı bireysel şartları göz önüne alarak mağduriyeti önlemeye yönelik olup âdet ve lohusalık hallerinde ve anal ilişki yasağı bunlara örnek olarak verilebilir. Diğer bir kısmı ise aile yapısını bozguna uğratan zina, livâta, lezbiyenlik, ensest gibi tarafların rızası ile işlenen veya bireysel zararlarının yanında toplumsal huzur, güven ortamını bozan şiddet içerikli taciz, tecavüz, fuhşa zorlama eylemlerinin yasaklan-

⁴ Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb Basrî Mâverî, *Ahkamu's-Sultaniyye ve'l-Vilayati'd-Diniyye*, thk. Ahmed Mübarek Bağdadi, Daru İbn Kuteybe, Kuveyt 1989, s. 291.

masını kapsamaktadır. Hemcinsel yahut karşı cinsel yönelik bu tür cinsel suçların yanında anormal cinsel davranışlar olarak kendini gösteren sapkınlıklar da İslam hukukunda cinsel suçlar kapsamında ele alınabilir.

Konunun TCK’de ele alınış şekline bakacak olursak, 765 Sayılı Mülga Kanun’da; “Adab-ı Umumiyye ve Nizam-ı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında işlenen cinsel suçların, yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCK’de “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında ele alındığını ve gerek kavramsal çerçeve gerekse suçun taraflarını tespit yönüyle birtakım değişikliklere gidildiğini görürüz. Suçun hedefindeki, korunması gereken toplumsal yapı ve aile vurgusu yapılan değişiklikle bireysel haklarla özelleştirilmiştir. Çocukların cinsel istismarı da yetişkine yönelik cinsel suçlardan ayrı bir suç türü olarak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile hukuken tanınmıştır.⁵

İçerdikleri farklı unsurlar sebebiyle değişik şekillerde isimlendirilen cinsel davranışların tanımlanması; çocuk ve yetişkin tanımlarının net bir şekilde yapılması, çalışmamızda çocuk cinsel istismarının kapsamını izah bakımından önemlidir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde çocuk, yetişkin ve cinsel suçlara dair temel kavramları ele alacak; İslam Hukuku ve mer’i hukuku karşılaştırarak bir kavramsal çerçeve çizeceğiz.

2.1. Çocuk Kavramı

Çocukların cinsel istismarına ilişkin hükümlerin verilebilmesi için öncelikle çocuk kavramının hukuki olarak tanımlanması ve çocukluğun nerede bittiğini tespit etmek önemlidir. Bu bağlamda çocukluğun insan hayatının hangi dönemini oluşturduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Çocukluk ile kastedilen dönemin hukuk sistemlerindeki karşılıklarının bilinmesi, kuşkusuz gerek modern hukuk metinlerinin gerekse İslam hukuk literatüründe çocuğa dair dile getirilen görüşlerin daha iyi anlamlandırılmasını ve kıyaslanmasını sağlayacaktır. Nitekim çocukluk genel olarak hayatın başladığı belli bir döneme işaret ediyor olsa da literatürde farklı yaş aralıklarını ifade etmek için birden çok kavramın kullanıldığını yahut aynı kavramın incelenen metne göre

⁵ Türk Ceza Kanunu (TCK), Resmî Gazete 25611, 12.10.2004, Kanun no. 5237.

farklı yaş aralıklarını karşıladığını görmekteyiz. Bununla birlikte coğrafi-kültürel etkenlerle çocukluğa yüklenen anlam kadar çocukluktan yetişkinliğe geçiş süreci, kanunen kişinin yetişkin tanınma süreci değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle cinsel istismar suçuna öngörülen cezaların tespiti için, kaynakların çocukluk ve yetişkinliğe dair çizdiği genel sınırları özelleştirmek icap etmiştir.

Bu bölümde öncelikle çocuk kavramının sözlük anlamını, ardından üstüne hüküm bina edilmesi bakımından İslam hukuk terminolojisine yerleşmiş kavramları ve çocukluk dönemlerini ele alacağız.

2.1.1. Sözlük Anlamı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde küçük yaştaki erkek veya kız⁶ olarak ifade edilen “çocuk” kelimesi karşılığında, Arap dilinde çocukluğu tarif için aynı anlamda “sabî, tıfl, sağır” kelimeleri yaygın olarak kullanılmaktadır.⁷ “Sabi” kelimesi sözlükte hem sütten kesilmemiş hem de ergenliğe girmemiş birey olarak tanımlanmıştır.⁸ Yaygın kullanımda 2-3 yaşın altındaki, henüz kucakta taşınan, küçük çocuğu çocuklar “tıfl” ile ifade edilirken, bu dönemden ergenliğe kadar olan yaştaki çocukları, yani 2-12 yaş grubu, ifade etmek için “sabi” kavramı kullanılmaktadır.⁹ Bebeklikten bülüğ dönemine kadar olan dönemdeki birey için “tıfl” kelimesiyle tarif edilebilmektedir.¹⁰

⁶ “Çocuk”, *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 10.08.2022)

⁷ Muhammed Sıdkı b. Ahmed Bornu Ebü'l-Haris Gazzî, *el-Veciz Fî İzahî Kavâ'idî'l-Fıkhi'l-Küllîyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2002, s.134; Muhammed Muhyiddin Abdülhamid ve Muhammed Abdül-latif Sübki, “s-b-e”, *el-Muhtâr min Şihâhî'l-Luga*, Matbaatü'l-İstikame, Kahire t.y., s.281; Ebû Abdurrahman Halil b. Ahmed b.Amr Ferahidi Halil b. Ahmed, “et-Tıflu”, *Tertibu Kitâbi'l-Ayn*, thk. Mehdi Mahzumi, İbrâhim Samerrai, tsh. Esad Tayyib, İntişarat-ı Usve, Kum 1994, s. 1086.

⁸ Sa'di Ebu Habib, *Kamusu'l-Fıkhi Lugaten ve Istilahen*, C.I, Daru'l-Fikr, Dımaşk 1993, s.207; Sa'di Ebû Ceyb, *el-Kamusü'l-Fıkhi Lugaten ve Istilahen*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1982, s.207; İ'dad İbrâhim Mustafa, vd., “Sabiyy”, *el-Mu'cemü'l-Vasit*, Mecmaü'l-Lugati'l-Arabiyye, Kahire 1960; Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethü'l-Kadir*, C.III, y.y, t.y, s.366; Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *Mebsut*, C.IX, Gümüşev Yay, İstanbul 2008, s.55; Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai' Fî Tertibi's-Şerai'*, C. VII, Daru'l-Hadis, Kahire 2005, s.34; Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik Fî Şerhi Kenzi'd-Dekaik*, C.III, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak 1314, s.178; Ebû'l-Velid Lisânüddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed Sekafi Halebi İbnü's-Şihne, *Lisanü'l-Hükkam*, C.I, y.y, t.y, s.399;

⁹ Hasan Saïd Kermi, “Tıflun”, C.III, *el-Hadi ila Lugati'l-Arab: Kamusu Arabi-Arabi*, Dârü'l-Beyân, Beyrut 1992, s.121.

¹⁰ Mevlüt Sarı, “Tıfl”, *el-Mevarid: Arapça-Türkçe Lügat*, Bahar Yayınları, İstanbul 1982.

2.1.2. İslam Hukukunda Çocuk

Terminolojilerde kavramlar, incelencekleri konu bakımından ayrıntılandırılarak tanımlanmıştır. Yaşam devrelerinin bir bölümü olan çocukluk, bilim dallarının konu alanı çerçevesinde sınıflandırılmıştır. İşte bu nedenle psikolojide, eğitimde, hukukta farklı dönemlere ayrılarak incelenmiştir. İslam hukuk literatüründe ise doğum sonrası yaşam evreleri, hukuki varlığı bakımından ehliyetler bahsinde ele alınmış ve gayr-i mümeyyiz, mümeyyiz, balığ ve reşit şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Aşağıda cinsel istismar suçunun mağduru çocukların yaş kategorisini ifade eden çocukluk dönemlerini adlandırmak üzere kullanılan gayr-i mümeyyiz ve mümeyyiz tanımlarına yer verilecektir.

2.1.2.1. Gayr-i Mümeyyiz Çocuk

Gayr-i mümeyyiz küçük, alışverişten anlamayan, gabn-ı fahiş ve gabn-ı yesir arasında ayırım yapamayan yani kâr-zarar hesabını bilmeyen, hak ile batılı, yeni ile eskiyi ayıramayan kişi olarak tanımlanmaktadır.¹¹

Akıl ve beden açısından sağlık durumu fark etmeksizin çocuk, yaşayan her insan için geçerli olan vücut ehliyetine sahiptir. Bu ehliyet, çocuğun hak sahibi olabilme ve üçüncü şahısların hakkının korunması bakımından borçlanmaya yani ilzam ve iltizama elverişli olması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte yüklendiği sorumluluk göz önüne alındığında çocuğun gayr-i mümeyyiz dönemde hakkını kullanma ve kendi işlemleriyle borç yükü altına girebilmesi anlamına gelen eda ehliyeti yoktur.¹² Çünkü çocuk, bilişsel olarak henüz olgunluk seviyesine erişmemiştir. Alışveriş, hibe gibi haklar ve ibadet, şahitlik gibi sorumluluklar kendisine bu nedenle dinen yüklenmemiştir.¹³

Konumuz bakımından gayr-i mümeyyiz çocuk, davranışlarda iyi ya da kötü olanın ayırımını yapamayacak; kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eyleme zihinsel olgunluk seviyesinden dolayı onay veremeyecek; cinsel olgunluğa erişmemesine bağlı

¹¹ Abdülkerim b. Ali b. Muhammed Nemle, *el-Mühezzebe fî İlmi Usuli'l-Fıkhi'l-Mukaren: Tahrir li-Mesailihi ve Dirasetiha Dirase Nazariyye Tatbikiyye*, C.I, Mektebetü'r-Rüşd; Riyad 1999, s.325; Ahmed Cevdet Paşa, "md. 943", *Açıklamalı Mecelle: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, yay. haz. Ali Himmet Berki, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982; Ömer Nasuhi Bilmen, "Sağır", *Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul 2016, s.178.

¹² Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.X, İstanbul 1994, ss 533-539.

¹³ Mecelle, md. 943.

olarak nitelikli cinsel istismara uğraması halinde fiziksel olarak ağır yaralanabilecek yaşta olan çocuktur. Bu da ortalama olarak 0-7 yaş grubuna karşılık gelmektedir. Yani doğumdan 7 yaşa kadar olan süreçteki çocuk sabi gayr-i mümeyyizdir.¹⁴ Çalışmamızda kaynaklardaki yaygın kullanımından dolayı bu yaş grubunu ifade ederken “sabi” kavramını tercih ettik.¹⁵

2.1.2.2. Mümeyyiz Çocuk

Sözü anlayıp cevap verebilen, iyi ve kötüyü, faydalı ve zararlıyı ayırt edebilen kişi, ortalama 7 yaşa tekabül etse de yaşla sınırlı olmaksızın genel bir tabirle “mümeyyiz” olarak adlandırılmaktadır.¹⁶ Kâr-zararın idrakinde olan ancak henüz bülüğa ermemiş çocuk ise sabî mümeyyiz olarak nitelendirilmektedir.¹⁷

Temyiz dönemindeki bireyin algı ve bilgisi küçük yaş grubuna nispetle gelişmiş olmakla birlikte bu dönem, küçüğün ehliyet ve mükellefiyet bakımından bülüğ çağının özelliklerini taşımadığı dönemdir. Temyiz döneminde olan çocuğun vücut ehliyeti tam iken, eda ehliyeti eksiktir. Eksik eda ehliyeti, çocuğun tamamen faydasına olan, hem kâr hem zarar anlamı içerebilen ya da tamamen zararına olan fiillerinin geçerliği konularını hükme bağlarken, bu ayrım cinsel istismar suçunda çocuğun cinsel fiillere rızasının geçerliliği ile gündeme gelmektedir. Çocuğun tamamen zararı ile sonuçlanan cinsel istismar fiillerine rızası ehliyetinin eksik olmasından dolayı muteber değildir.

Ergenlik çağının alt ve üst yaş sınırı arasında olması itibariyle bülüğ dönemine yaklaşmış, buna rağmen henüz bülüğa ermemiş çocuklar özel bir sınıflandırmaya tabi tutularak içinde bulundukları dönem müräheka dönemi olarak adlandırılmıştır.¹⁸ Mürâhik/mürâhika çocuklar da hukukî olarak yine mümeyyiz olarak işlem gördüğünden biz çalışmamızda bu ayrıma temas etmeksizin, genel olarak mümeyyiz çocuğu ifade

¹⁴ Nemle, *el-Mühezzeb*, C.I, s.325.

¹⁵ Nemle, *el-Mühezzeb*, C.I, s.329; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100.

¹⁶ Nemle, *el-Mühezzeb*, C.I, s.329; Muhammed Revvas Kal'acî, Hamid Sadık Kuneybi, “Temyiz”, *Mu'cemu Lügati'l-Fukaha*, Daru'n-Nefais, Beyrut 1988; “Mümeyyiz” *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 10.08.2022).

¹⁷ Mahmûd Abdurrahman Abdülmün'im, “es-Sabi Mümeyyiz”, *Mu'cemü'l-Mustalahat ve'l-Elfazi'l-Fıkhiyye*, Dârü'l-Fazile, t.y., s.355; Mecelle, md. 943; Bilmen, “Sağır”, s.177.

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Nihat Dalgın, “Mürâhik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.XXXII, İstanbul 2006, ss. 40-41.

ederken “sağir/küçük” kavramını kullandık. Sağir ifadesi, bu yaş grubunu daha küçük çocuklardan yani sabilerden ayırmaktadır.

Temyiz döneminde olan çocuğun henüz bülüğa ermemiş olmasından hareketle cinsel gelişimini tamamlamadığı bilinse de fiziki olarak ilk çocukluk dönemin-den/gayr-i mümeyyiz dönemden ayrıldığını söylemek mümkündür. Ayrışmanın temelinde, hükme etkisi bakımından fizyolojik olgunluk yatmaktadır. Nitekim bazı fıkıh metinlerinde mümeyyiz çocukla alakalı durumlarda bu ayrımın etkisiyle “cinsel ilişki sebebiyle ölmeyecek yaşta olan çocuk” ifadesiyle, fiziksel zarar görme kapasitesi göz önüne alınarak hüküm bina edildiği görülmektedir.¹⁹

Sonraki bölümlerde ele alınacağı üzere, bu yaş grubundaki çocuğun, olası bir cinsel saldırı fiilinden daha küçük çocuklara kıyasla daha düşük ölüm riskiyle çıkacağı düşüncesinden hareketle zina haddini düşürücü bir fonksiyonu olduğundan yaş küçük-lüğü hükmü ve suçun türünü belirleyecektir. Bununla birlikte yaşının küçük olması dolayısıyla çocuğun cezai ehliyetinin olmaması, rızasına itibar edilmemesi, maruz kaldığı saldırının her hâlükârda ikrah anlamı içermesi ise hüküm olarak sağire çocuğu yetişkin kadından ayırmaktadır.

2.1.2.3. Çocukluğun Sonu

Cinsel istismar suçu, cinsel fiillerin çocuğa yönelik olarak gerçekleşmesi durumunda meydana geleceğinden, çocukluğun bitip, yetişkinliğin başladığı dönemin tespitinin yapılması fiilin suç niteliğini tespit bakımından önem taşımaktadır.

İslam Hukuku’nda çocukluğun başlangıcı çeşitli gerekçelerle tartışılmış olmasına rağmen bitişinin “büluğ” ile olduğu konusunda âlimler hemfikirler. Bu bakımdan çocukluk, anne karnından sağ çıkma ile başlayarak²⁰ bülüğa kadar geçen dönemi ifade

¹⁹ Abdüddayyim Ali el-Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Etfa' ve'l-Asari'l-Müterettibe Aleyha Beyne'l-Fikhi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, C.I, el-Merkezü'l-Kavmi li-İsdatati'l-Kanuniyye, Kahire 2010, s. 600; Muhammed Ganim el-Bağdadi, *Mecmaü'd-Damânât fi Mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebi Hanife en-Nu'man*, thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cum'a Muhammed, C.I, Darü's-Selam, Kahire 1999, s.202; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994, s. 148.

²⁰ Çocuğun ağlama, çılgılık, emme ya da başka bir hayat emaresi göstermesi ile sağ doğuma hükmedilir. Çocukluğun başlangıcı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Etfa'*, s.25.

etmektedir.²¹ Yani bülüğ alametleri gösteren kişinin artık ergen olduğu konusunda âlimler arasında ittifak vardır.

Bülüğ erkek çocuklarda rüyada cinsel haz duyarak meni akıtmak²² (ihtilam), cinsel tatmin ile boşalma ve gebe bırakabilme yetisi ile kız çocuklarda ise hayız, cinsel tatmin neticesi sıvı gelmesi ve gebe kalabilme ile başlamaktadır.²³ Bu belirtiler kişiden kişiye değişebilir, farklı yaşlarda meydana gelebilir, hatta nadiren de olsa kişi bu belirtileri göstermeyebilir. Genel olarak kızlarda ilk regl; erkeklerde ilk sperm gelişi ile bülüğ çağı başlamaktadır. Görüldüğü üzere klasik anlayışta yetişkinliğe geçişte bireysel farklılıklar ön plandadır.

Bülüğ çağının başlamasının biyolojik gelişime dayalı olmasından dolayı kişisel farklılıklar göstermesi; tespitinin özel tetkik gerektirmesi hatta bülüğ alametlerine hiç rastlanmaması gibi gerekçelerle başlangıcın müphem olmasından dolayı cezai işlemler için çocukluğun sonlandığı dönemi standarda bağlama ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle fukaha, bir kişinin bülüğe erip ermediğine dair somut delillerin olmadığı durumlar için bir yaş sınırı belirlenmesini uygun görmüştür. Ancak insanların yaşadığı coğrafya, kalıtım gibi faktörlerle farklı yaşlarda bülüğ alametleri göstermeleri, yaş kriterinde ihtilafa neden olmuştur. Nitekim Ebu Hanife'ye (öl. 150/767)²⁴ ve Mâlikîlerden meşhur olan görüşe göre kız çocuklar için 17, erkek çocuklar için 18 yaşı azami bülüğ yaşıdır. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri; İmam Muhammed (öl. 189/805) ve Ebu Yusuf (öl.182/798), Ebu Hanife ve İmam Malik (öl. 179/795)'ten bir görüşe göre ise kız çocukları için de erkek çocukları için de çocukluğun üst sınırı 15 yaştır.²⁵ En erken bülüğ yaşının da kız çocuklarında 9, erkek çocuklarında 12 yaş olduğu söylenmiştir.²⁶ Mecelle'de ise kız ve erkekler için bülüğ yaşının üst sınırı olarak 15 yaş kabul edilmiştir.²⁷

²¹ Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî İbn Manzur, "Tıfl" *Lisanü'l-Arab*, C.IV, Daru'l-Hadis, Kahire 2003, s. 2681. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed b. Ali el-Hamevi Feyyumi, "Tıfl", *el-Misbahü'l-Münir fî Garibi's-Şerhi'l-Kebir li'r-Rafii*, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1987; Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî el-Kurtubi, *el-Cami li-Ahkamu'l-Kur'an*, C.XII, Daru'l-Hadis, Kahire 1994, s.12.

²² Orhan Çeker, "İhtilam", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.XXI, İstanbul 2000, s. 569.

²³ Nemle, *el-Mühezzeb*, C.I, s.330; Ebu'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebi Bekir Merginani, *el-Hidâye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, thk. Ahmet Cav. C.III, Daru'l-Hadis, Kahire 2008, s.284; Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi Derdir, *eş-Şerhü'l-Kebir Ala Muhtasari Halil*, C.III, el-Mektebetü'l-Asriyye, Sayda 2006, s. 293.

²⁴ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s.284.

²⁵ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Et'fal*, C.I, ss.39-40.

²⁶ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s.284.

²⁷ Mecelle, md. 985-986.

Şunu da belirtmek gerekir ki fakihlerin yaş belirleme çabaları bülûğ alameti göstermeyen çocukla alakalıdır. Bülûğa giren erkek/kız ise artık dini-kazai ahkâm bakımından çocukluktan çıkmıştır, yetişkin sadedindedir. Bununla birlikte cinsel anlamda olgunlaşması sosyal ve psikolojik şartlara bağlı olduğundan bülûğa girmiş olsa da cinsel eylemin anlam ve sonuçlarını algılaması bakımından cinsel rüşdünü 15 yaşından sonra kazanmaktadır.

2.1.3. Merî Hukukta Çocuk

Merî hukuka göre 18 yaş altı her birey, çocuk olarak tanımlanır.²⁸ Bununla birlikte suçun adı ve niteliğini tespit için çocukluğun belli dönemlere ayrıldığı görülmektedir. Daha önce bahsi geçen, cinsel olgunluğun hükümde baz alınması benzeri bir ayrımın modern hukukta da yapıldığını bu ayrıma binaen söylemek mümkündür. Nitekim 15-18 yaş arası çocuklara karşı cinsel suç işleyenler “rıza” unsuruna bağlı olarak çocuk istismarı kapsamında yargılanırken, mağdur çocuğun 12 yaş altında olması halinde cezanın üst sınırının yüksek tutulması gündeme gelmektedir.²⁹ 15 yaş altı mağdurlarda rızanın geçerliği hükme etki etmezken; 12 yaş altındaki çocuklarda fiilin etkisinin daha ağır olması nedeniyle cezada ağırlaştırma yoluna gidilmiştir. Konunun detayları daha sonra aktarılacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki İslam hukuk literatüründe yapılan küçük-yetişkin ayrımı ile suç türünün ve buna bağlı olarak cezanın değişmesi söz konusu iken, TCK’de yapılan yaş ayrımı ile cezanın artırılması şeklinde bir değişim söz konusudur. Çocuk ve suça dair bu tanımlamalarsa cezaların tespitinde önem taşımaktadır.

Merî hukukta, yetişkinliğe geçiş konusunda umumi ve kazai rüş kavramları gündeme gelmektedir. 18 yaşını dolduran herkesin reşit kabul edilmesi “umumi rüş” olarak adlandırılır. Bununla birlikte prensip itibarıyla 18 yaş altı çocuk olarak tanımlanmasına rağmen “kazai rüş” davası ile anne babasının onayı, küçüğün rızası ve vasiyet altında ise vasinin görüşü ile asliye mahkemesi tarafından 4721 sayılı TMK m. 12’ye dayanarak küçük için rüş kararı verilebilir.³⁰

²⁸ 22184 sayılı Resmi Gazete, Tarih: 27.01.1995, Karar no: 94/6423, md.1. 28050 sayılı Resmi Gazete, Tarih: 10.09.2011, Karar no: 2011/2060.

²⁹ Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 103-104 Yeniden Düzenleme: 24/11/2016-6763/13 Md. Buna göre cinsel istismar suçunun 12 yaşın altındaki çocuklara organ veya cisim sokmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek ceza 18 yıldan aşağı olamaz.

³⁰ Detaylı Bilgi İçin Bkz. Şakir Berki, “Türk Medeni Kanununda Rüş”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22/ 1, 1966, ss. 239-260.

Merî hukuka göre çocukluğun sonunun üç şekilde olduğunu söylemek mümkündür: TMK ile belirlenen kız ya da erkek tüm çocukların 18 yaş sınırına erişmesiyle³¹; normal şartlarda en erken 17, olağanüstü bazı durumlarda 16 yaşından itibaren veli iznine bağlı olarak evlenmeyle³²; veli izni ve mahkeme kararı ile 15 yaşında³³ erginlik elde edilmiş olur. Kısaca söylemek gerekirse 15 yaşından sonra özel şartlara bağlı olarak; 18 yaşından sonra herkes için geçerli olmak üzere çocukluk sona ermektedir.

Çocukluğun bitişi ile ilgili merî hukuk ile İslam hukuku arasında var olan uyumsuzluğun giderilmesi, özellikle 18 yaşın altında olmakla birlikte bülüğa ermiş olan kadının cinsel istismarın mağdur olarak tarafı olması halinde İslam Hukuku'nda suçun oturacağı zemini netleştirmek açısından önem taşımaktadır. Örneğin 12 yaşında, regl döngüsü başlamış olan bir kız, modern hukuka göre çocukken; klasik İslam Hukuk düşüncesine göre yetişkindir. Merî Hukuk çocuğun 15 yaş altında olmasından dolayı eylemi rızaya bakmaksızın cinsel istismar kapsamında ele alırken, İslam hukuku klasik düşüncesinde yetişkin olarak tanımlanan bu kişi, kişisel irade ile eyleme katıldıysa zina suçundan yargılanacaktır. Ancak resmi kurumlarda eğitim-öğretim sürecinin uzamış olması ile sosyal sorumluluk alma ve ekonomik hayatta aktif rol alma etkenlerinin geçmişe nisbetle değişmiş olması bilişsel anlamda “çocukluğun” daha geç yaşta sonlanmasını beraberinde getirmiştir. Çocuğun bir cinsel eylemin kendisi için zararlarından, doğuracağı sonuçlarından haberdar olması, yani kar ve zararını tayin edecek anlamda cinsel rüşt elde etmesi günümüzde ergenlikle paralel seyretmemektedir. Maruz kaldığı cinsel uyaranlarla cinsel farkındalığı geçmişe nisbetle artmış olmasına rağmen, hak ve sorumluluklara ehil olma bakımından rüştün gelişmesi daha geç olmaktadır. Bu nedenle merî hukukta öngörülen rıza unsurunun geçerlilik kazandığı 15 yaş sınırının İslam hukuku açısından da makul olacağı kanaatindeyiz.

³¹ Türk Medeni Kanunu (TMK), Resmi Gazete 24607, Tarih: 8.12.2001, Kanun no. 4721, md.11/1.

³² TMK md. 11/2.

³³ TMK md. 12.

2.2. Cinsel Suç Kavramları

Fuhuş kavramı, kadın bedeninin para karşılığı cinsel tatmin amacıyla kullanılması ile özelleşmiş olsa da İslam Hukuku'na göre fuhşun kapsamı daha geniş tutulmuştur. Nasslarda yüz kızartıcı, iffetsiz fiiller “fahşa” olarak nitelendirilmiştir.³⁴ İslami literatürde dinen yasaklanmış olan ahlaka aykırı aşırı davranışlar; kötülük ve çirkinlikler olarak “fuhuş” olarak tanımlanmıştır.³⁵ Tarafların cinsiyetinin aynı olması; eylemin tecavüz şeklinde gerçekleşmesi, gelir elde etme amacı gütmemesi şeklinde gerçekleşen cinsel eylemler de meşru olmadığından, fuhuş kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre aralarında nikâh bağı olmayan kimselerin her tür cinsel birliklerini “fuhuş” olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan kadın ile erkek arasında olduğu gibi lezbiyen ya da gay birliktelikleri de fuhuş olarak tanımlanmaktadır.³⁶

Cinsel suç kavramı, cinsel suçların nitelikleri, taraflarda oluşturduğu mağduriyet ve içerdiği öğeleri bakımından çeşitlenmektedir. Burada genel anlamıyla cinsel suçlar ele alınacaktır.

2.2.1. Zina

“Zena” fiilinden türeyen zina, kelime olarak “darlık, dar”³⁷ anlamına gelmektedir. Nasslarda fücür, fuhuş (fahşa, fahişe formlarında da kullanılmaktadır) kelimeleri zina vb. eylemlerle eşanlamlı olarak geçmektedir.³⁸ Bunun yanında sürekli olarak zina suçu işleyenleri ifade etmek için “mumise (المومسة)”³⁹, “bağiy (البغي)”⁴⁰, “âhir (العاهر)”⁴¹ gibi kelimeler de kullanılmıştır.

³⁴ Nisa, 4/15; En'am, 6/151.

³⁵ Nebi Bozkurt, “Fuhuş”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.XIII, İstanbul 1996, s. 211.

³⁶ Hud, 11/82; Neml, 27/54; A'raf, 7/80; Ebu Davud, Hudud, 28; İbn Mace, Hudud, 12; Tirmizi, Hudud, 24.

³⁷ Kal'acî, Kuneybi, “Zina”, *Mu'cemu Lügati'l-Fukaha*; Almaany, “Zina”, <http://www.almaany.com/tr/dict/ar-tr/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%86%D8%A7%D8%A1/>; Erişim: 23.02.2020

³⁸ Nisa, 4/15; En'am, 6/151.

³⁹ Darimi, Buy'u, 80.

⁴⁰ Darimi, Buy'u, 78.

⁴¹ Buhari, Megazi, 54; Ebu Davud, Nikâh, 15-16.

İslam hukuk mezhepleri zinanın tanımında ayrılığa düşmüşlerdir.⁴² Mezheplerin cinsel eylemin suç niteliğinde esas aldıkları kriterlerin farklılığı nedeniyle, zinanın İslam Hukuku'na göre genel geçer bir tanımını yapmak mümkün değildir.

Bir görüşe göre zina, İslam devletinde, hayatta olan ve aralarında nikâh bağı veya şüphesi olmayan bir kadınla erkeğin, kendi rızaları ile kadının ön tarafından ilişkide bulunması şeklinde gerçekleşen haram fiil olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Bu itibarla ilişkinin tarafları kadın ve erkek; ilişki mahalli vajinadır; anal ilişki, livâta yahut ölü bir kadınla cinsel ilişki hakkında nasslarda ceza takdir edilen zina tanımı dışında bırakılmıştır. Hanefîler bu görüşü benimsemiştir.⁴⁴ Taraflar arasında nikâh/mülkiyet bağının bulunmama şartı dolayısıyla bir kimsenin zihar sonrasında veya hayız-nifas hallerindeki karısıyla yaptığı veya hemcinsine yönelik yapılan cinsel temaslar suç oluşturmaya karşın, bunlar zina kapsamına girmemektedir.⁴⁵

Zina tanımlamasında diğer bir tarif, şüphe söz konusu olmaksızın erkek cinsel organının haşefe miktarının tabii olarak şehvet duyulan haram bir organa girmesidir.⁴⁶ Görüş sahiplerinin Hanefîlerin “ön taraftan” sınırlamasını benimsemedikleri görülmektedir. Cinsel ilişkinin meydana gelişi bakımından aynı olmasını gerekçe göstererek, ön ve arka taraf arasında tanım açısından bir ayrım yapılmamaktadır. Buna göre erkek cinsel organının kadın cinsel organıyla birleşmesi ile erkek ya da kadının arka tarafından birleşmesi aynıdır, her ikisi de zina olarak adlandırılır. Böylece kadın ile

⁴² Muhammed Selim Avva, *Fî Usulî'n-Nizami'l-Cinaîyyi'l-İslâmî*, Daru'l-Maarif, Kahire 1983, s.216.

⁴³ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz Ed-Dımaşki İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muh-tar: Şerhi Tenvirî'l-Ebsar*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvaz, C.VI, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, s.5; Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.166; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.30; Merginani, *el-Hidâye*, C.IV, s.433; Mahmûd b. Ahmed b. Abdilaziz Buhari Merginani Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.I, Daru'l-Kütübi'lmiyye, Beyrut 2004, s.512; Ebû'l-Berekat Hafızüddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, Haşîye Muhammed Ahsen Es-Sıddiki, C.II, Mektebetü'l-Büşra, Karaçi 2010, s.88; Ebu Bekr b. Ali b. Muhammed Ez-Zebidi el-Hanefî el-Haddad, *Şerhu Muhtasari'l-Kuduri el-Cevheretü'n-Neyyire*, C.II, Fazilet Yayınları, İstanbul 1978, s. 190.

⁴⁴ Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1984, s.138; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.98.

⁴⁵ Mâverîdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 291.

⁴⁶ Ebu Yahya Zeynüddin Zekerîyya b. Muhammed b. Ahmed Zekerîyyâ Ensârî, *Esna'l-Metalib Şerhu Ravzi't-Talib*, C.VIII, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s.312; Ebû Muhammed Şerefeddin İsmail İbnü'l-Mukri Yemeni, *Ravzü't-Tâlib ve Nihâyetü Matlabi'r-Râgıb*, (thk.) Halef Müfdi el-Mutlak, C.II, Darü'z-Ziya, Kuveyt 2013, s.614; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 147. Mâverîdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s.291; Ebû'l-Abbas Şehabeddin Ahmed İbn Hacer el-Heytemi, *Tuhfetü'l-Muhtâc bi-Şerhi'l-Minhâc*, C.IX, Dârü'z-Ziyâ, Beyrut 2020, ss.213-216.

anal ilişki de livâta da zina kapsamındadır. Bu görüş Şâfiî⁴⁷, Mâlikî⁴⁸, Hanbelî⁴⁹ ve Şîa⁵⁰ mezhepleri tarafından benimsenmiştir.

Buna mukabil Mâlikîlerden İbn Arafe (öl. 803/1401) zina eyleminde kadının edilgen pozisyonu nedeniyle cinsel ilişkiye giren değil, girilen olduğunu belirtmektedir.⁵¹ Bu vurgu kadın kadına cinsel birliktelikleri zina kapsamından çıkarmaktadır. Ona göre eylem ancak kadın ve erkek arasında geçerse zina olur.

Hanbelî fakih Ebu Ya'la el-Ferra'nın (öl. 458/1066) zina tanımına cinsel ilişkinin “*şu an ya da geçmişte şehvet uyandıracak*” birisi ile gerçekleşme şartını eklemesi dikkat çekmektedir.⁵² Bu tanımla Ebu Ya'la el-Ferra'nın cinsel olarak çekici olamayacak kadar küçüklerle kurulan cinsel ilişkiyi zina tanımı dışında bıraktığı görülmektedir. Mâlikî âlim Desûkî (öl. 1230/1815) de çocukla girilen cinsel ilişkinin şer'an zina olarak isimlendirilemeyeceğini vurgulamıştır.⁵³

Yapılan zina tanımları, suçun tespiti ve öngörülecek ceza bağlamında önem kazanmaktadır. Tarafların kadın ve erkek olduğu, sahih bir nikâh ya da nikâh şüphesi olmaksızın gerçekleşen cinsel birleşmenin zina olduğu konusunda ittifak vardır.⁵⁴ Görüş ayrılıkları yalnızca zinanın tanımı ve dolayısıyla tarafları ve şekli konusunda olup,

⁴⁷ Dimyati, *Haşiyetu İâneti't-Tâlibin*, s.142; Heytemi, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, C.IX, s.216; Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.79.

⁴⁸ Abdüsselam b. Saîd Tenuhi Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, thk. Âmir el-Cezzar, Abdullah el-Menşavi, C.VI, Daru'l-Hadis, Kahire 2005, s.211. Ahmed Fethi Behnesi, *Tatbikü'l-hudud fi't-teşriati'l-cinaiyyeti'l-hadise*, Müessesetü'l-Halici'l-Arabi, Kahire 1988, s.160; Ebü'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim Karafi, *Zahire*, thk. Muhammed Bu Hubze, C.XII, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, s.48; Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafe Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki Ala Şerhi'l-Kebir*, C.IV, Dârü'l-Fikr, y.y. t.y., s.313; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Gazî Osmânî Miknâsî İbn Gazi, *Muhtasaru Halil Şifâi'l-Galil Fi Halli Mukfeli Halil*, thk. Ahmed b. Abdülkerim Necib, C.II, Merkezi Necibeveyh Li'l-Mahtutat ve Hıdmeti't-Türas, Dublin 2012, s.567; Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.81.

⁴⁹ İbn Teymiyye, *Fetavâ Kübrâ*, C.IV, s.75; Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.80.

⁵⁰ Zeynüddîn b. Alî b. Ahmed Cübaî Âmilî Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm İlâ Tenkihi Şerâ'i'l-İslâm*, C.XIV, Müessesetü'l-Maârifil-İslâmiyye, Kum 1425, s.328.

⁵¹ Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman Ruayni Hattab, *Mevahibü'l-Celil Li-Şerhi Muhtasari Halil*, C.VIII, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, s.389.

⁵² Ebû Ya'la Muhammed b. Hüseyin el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, Daru'l Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut: 1983, s.263.

⁵³ Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s.313.

⁵⁴ Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, C.II, Daru İhyâu't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1992, s.559; Mâverdi, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s.291.

zinanın suç niteliği konusunda nass ve icma vardır. Zina haddinin de, ırza ve nesebe yönelik bir cinayet olması hasebiyle en şiddetli had cezası olduğu söylenmektedir.⁵⁵

Yukarıda detaylarıyla açıklamış olduğumuz zina, mezheplere göre farklı tanımlanmakla birlikte genel itibariyle evlilik bağı bulunmayan kadın ve erkeğin cinsel ilişkide bulunmasını ifade eder. Zina, Kur'an'ı Kerim'de büyük günahlar arasında zikredilen⁵⁶ ve suçun taraflarını, cezası Şârî tarafından belirlenmiş, had cezası olarak adlandırılan cezaya muhatap kılan bir suçtur.⁵⁷ Zinanın, nesli öldürmek anlamına geldiğini ifade eden Ebû Zehra, konuyla alakalı naslardan zinanın adam öldürmekle bir tutulduğu sonucunun çıktığını söylemektedir.⁵⁸ Adam öldürmede bir kişiyi öldürmek söz konusu iken zina fiili işlendiğinde şerefli bir hayat arzulayan birçok nefsin öldürüldüğüne işaretlerle zina suçunun cezasının İslam Hukuku'nda cezaların en ağır ve en şiddetlisi olduğunu ifade etmektedir.⁵⁹

Zinanın çirkin bir iş, çok kötü bir yol olması nedeniyle yaklaşılmaması konusunda Allah Teâla inananları uyarmıştır.⁶⁰ Hadis-i şeriflerde de cinsel organ dışında vücudun dil, göz gibi farklı bölümleriyle gerçekleştirilen şehvet içerikli hareketler, zina zemin hazırlama işlevlerinden ötürü zina ile ilişkili özel tanımlamalara tabi tutulmuştur.⁶¹ Birbirine dinen yabancı olan kimselerin cinsel çekim oluşturabilecek fiilleri kasıtlı olarak sürdürmeleri kınanmıştır.⁶²

Fıkıh terminolojisinden dilimize geçen bir terim olan zina, 2001 yılında TMK'de yapılan düzenleme ile anlam daralmasına uğramıştır. Buna göre zina, “evli bireyin eşi dışında biriyle cinsel ilişkide bulunmasına”⁶³ karşılık gelmektedir ki bu da ceza huku-

⁵⁵ Şemseddin Muhammed b. Ebi'l Abbas b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî Remli, *Nihayetü'l-Muhtac İla Şerhi'l-Minhac*, C.VII, Şeriketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Babil el-Halebi, Mısır 1967, s.422.

⁵⁶ Mümtetine, 60/12; Furkan, 25/68; Ebû'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal Ragıb el-İsfahani, *Ez-Zeria İla Mekarımı's-Şeria*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1980, ss. 314-315.

⁵⁷ Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, ss.87-95.

⁵⁸ Bkz. Muhyissünne Ebû Muhammed el-Hüseyin b. Mes'ud el-Begavî, *Tefsirü'l-Begavî*, thk. Muhammed Abdullah En-Nemr, Osman Cum'a Damîriyye, Süleyman Müslim el-Harş, C.III, Daru Taybe, Riyad 1993, s.46.

⁵⁹ Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, çev. İbrahim Tüfekçi, C.II, Kitabevi, İstanbul 1994, s.81.

⁶⁰ İsrâ, 17/32; Nur, 24/30-33.

⁶¹ Buhari, İsti'zan, 12; Ebu Davud, Nikâh, 42-43.

⁶² Tirmizi, Edeb, 28.

⁶³ TMK, md. 161. Mısır Medeni Kanunu'nda da zina tanımlamasının modern hukuktaki ile aynı olduğu görülmektedir. Buna göre bekârların kendi aralarında rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkisi suç olarak kabul

kunun değil, boşanma gerekçesi olması itibariyle medeni hukukun konusudur. Buradan anlaşılacağı üzere modern hukuka göre bekârların kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri cinsel birliktelikler suç teşkil etmez.

2.2.2. Livâta

Livâta, sözlük anlamıyla yetişkin ya da küçük erkeklerle kurulan cinsel ilişkiyi ifade etmektedir.⁶⁴ Temel kullanımıyla bir erkeğin başka bir erkek ile anal yolla ilişki kurmasını ifade etse de kadınla kurulan anal ilişki de yine livâta olarak adlandırılmıştır.⁶⁵ İngilizce karşılığı olan “homosexuality” hem kadın hem erkeğin hemcinslerine olan cinsel düşkünlüğünü ve beraberliğini ifade etmektedir.⁶⁶ Lût kavminin erkeklerinin eşcinselliğine nisbeten “lutîlik” kavramıyla özelleşmiştir.⁶⁷

Lût kavminin helak olmasıyla sonuçlanan livâtanın zina olup olmadığı, yukarıda aktarılan gerekçeler nedeniyle tartışmalı olmakla birlikte, ceza gerektiren büyük bir suç olduğu Kur'an ve sünnette belirtilmiş olup “fahşa” olarak nitelendirilmiştir.⁶⁸ Livâtanın, tevbe ile dahi arınmanın mümkün olmadığı bir suç olduğu görüşü bulunmaktadır.⁶⁹

2.2.3. Lezbiyenlik

Lezbiyenlik, kadın kadına cinsel yönelimi veya cinsellik içeren davranışları ifade etmek için kullanılan bir terimdir.⁷⁰ Lezbiyen isminin, m.ö. 5. yy.da Yunan Lesbos adasında, gördüğü toplumsal kabul nedeniyle özgürce yaşanmasından dolayı

edilmemektedir. Abdurrahman Ahmed er-Rifâi, *el-Basmatü'l-Virâsiyye ve Ahkâmuhâ Fi'l-Fıkhi'l-İslami ve'l-Kânûni'l-Vaz'î: Dirâse Fıkhiyye Mukârene*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2012, s.531.

⁶⁴ Kermi, *el-Hadi*, C.IV, s. 151.

⁶⁵ Muhammed Amim el-İhsan el-Müceddidi el-Berki, *et-Ta'rifatu'l-Fıkhiyye: Mu'cem Yeşrahu'l-Elfâze'l-Mustalah Aleyha Beyne'l-Fukeha ve'l-Usulüyyine ve Gayrihim min Ulemai'd-Din*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Lübnan 2009, s.189; Emir Abdülazîz, *el-Fikhü'l-Cinai Fi'l-İslâm*. Dârü's-Selam, Kahire 1997, s.266.

⁶⁶ “Homosexuality”, APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/homosexuality> Erişim: 13.12.2020

⁶⁷ İbn Manzur, “Lût”, *Lisanü'l-Arab*, C.VIII, s.158; Feyyumi, *el-Misbahü'l-Münir*, s.680.

⁶⁸ Hud, 11/82; Neml, 27/54; A'raf, 7/80; Ebu Davud, Hudud, 28; İbn Mace, Hudud, 12; Tirmizi, Hudud, 24.

⁶⁹ Ebü'l-Abbas Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim İbn Teymiyye, *Mecmuatü'l-Fetava*, C.XXXIV, yay. haz. Abdurrahman b. Muhammed b. Kasım, yy, yy, s.182.

⁷⁰ “Lesbianism” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/lesbianism> Erişim: 13.12.2020.

adanın adından türediği iddia edilmektedir.⁷¹ Yunan komedyasında kadın kadına cinsel davranışların “Lezbonlular gibi davranma” manasında bir kullanıma dönüşmesiyle “lezbiyen” kelimesinin türediği de rivayetler arasındadır.⁷²

Lezbiyenlik dilimizde “sevicilik” kavramıyla da ifade edilmektedir.⁷³ İslami literatürde “musâhâka” olarak ifade edilen bu eylemi yapan kadınlar Arapça’da “sahhâka” olarak adlandırılmaktadır.⁷⁴ Lezbiyenliğin ortaya çıkışının helak edilmiş kavimlerden ashabu’r-ress’tе olduğu rivayet edilmiştir. Aynı şekilde sapkın cinsel davranışlarından ötürü helâke uğrayan Lût kavminde de yaygın olduğu söylenmektedir.⁷⁵ Ayet-i Kerime’de “kadınlarınızdan çirkin fiilde bulunanlara...”⁷⁶ şeklinde geçen ifadeyi Mûtezile’den el-İsfehânî (öl.322/934) lezbiyenlik olarak yorumlamış ve bu görüş, bazı çağdaş tefsir çalışmalarında da tercih edilmiştir.⁷⁷

Cinsel arzuların oral yolla ya da cinsel organların birbirine temas ettirilmesi, sürülmesi yoluyla tatmini olan müsâhaka eylemi⁷⁸, kadınlar arasında olduğu gibi kadın ile erkek yahut erkek ile erkek arasında yapıldığında da aynı şekilde isimlendirilmektedir.

2.2.4. Çocuk Pornografisi ve Fahişeliği

Çocuk pornografisi, BM Genel Kurulunca; “Çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁹ Çocuk fahişeliği ise bir çocuğun ücret veya herhangi bir şey karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılması olarak tanımlanmaktadır.⁸⁰

⁷¹ Francis Mark Mondimore, *Eşcinselliğin Doğal Tarihi*, çev. Berna Kılınçer, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1999, s.34; Ayrıca bkz. “Lezbiyen”, *Nişanyan Sözlük*, <https://www.Nisanyansozluk.Com/?K=Lezbiyen> Erişim: 17.12.2019.

⁷² Ellen Greene, Joseph Paxton, *Reading Sappho: Contemporary Approaches*. University Of California Press, Berkeley 1996, s. 129.

⁷³ “Lezbiyenlik” *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 01.09.2019.

⁷⁴ Kermi, “Musahaka”, *el-Hadi*, C.II, s.322; Abdülazîz Musa Âmir, *et-Ta'zir Fi's-Şeriat'l-İslâmiyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire 1969, s. 184; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IX, s.150.

⁷⁵ Salim Ögüt, “Sihâk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009, s.169.

⁷⁶ Nisa, 4/15.

⁷⁷ Ögüt, “Sihak”, s.169.

⁷⁸ Kermi, “Sahhâka”, *el-Hadi*, C.II, s.322.

⁷⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 2000 Yılında Benimsediği Protokol: M. 2/c.

⁸⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 2000 Yılında Benimsediği Protokol: M. 2/B.

Çocuk pornografisi ve fahişeliği rıza göstermeye ehil olmayan bir çocuğun müstehtecen görüntülerinin kaydedilmesi ve çoğaltılması, cinsel taciz, cinsel ilişki gibi çocuk istismarı öğelerini bünyesinde barındırır. Bunun ötesinde çocuk, cinsel açıdan sürekli bir sömürü aracı olarak kullanılmaktadır.

Çocuğa yönelik gerçekleşen cinsel eylem, cinsel hastalıkları bulaştırma, çocuğun idrar kaçırma, cinsel gelişimine zarar verme, cinsel organın parçalanması, dar olan anal kanalın zorlanması sonucu yırtılmalar (sfinkter) ve hatta karın zarında (periton) yırtılmanın sebep olduğu ciddi enfeksiyon sonucunda çocuğun ölmesi⁸¹ (yahut bizzat fail tarafından öldürülmesi) ile sonuçlanabilir ya da çocuğun geçirdiği travma nedeniyle çeşitli psikolojik rahatsızlıklar yaşamasına neden olabilir. Çocuk pornografisi, çocuğun fuhuş amaçlı pazarlanması, çocuğun cinsel sömürüsü gibi suçların mağduru olan çocuklarda bunları gözlemlemek mümkündür.

ÇHS'nin 34. maddesine göre devlet, çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanması; çocukların fuhuş ya da yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması sömürülmesini; çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla gerekli her türlü önlemi almalıdır.⁸²

2.2.5. Ensest

Latince olumsuzluk eki “-in” ile dinî kurallara uygun anlamına gelen “castus” kelimelerinin birleşmesinden meydana gelen “incestus” kelimesi dilimize ensest olarak geçmiştir.⁸³ Ensest, aile bireylerinin birbiriyle olan cinsel aktivitesini tanımlamak için kullanılan bir kavramdır.⁸⁴ Birinci dereceden akraba olan veya dinen aralarında evlenme engeli olan bireylerin cinsel birliktelikleri, ensest olarak tanımlanmaktadır.

⁸¹ Oğuz Polat ve Nesime Yayıcı, “Ölümle Sonuçlanan İstismar Olgularına Yaklaşım” *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 2 Önleme ve Rehabilitasyon*, ed. Oğuz Polat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.240.

⁸² Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, Pegem Yayınları, Ankara 2015, s.80.

⁸³ “Ensest” *Nişanyan Sözlük*, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=ensest&lnk=> Erişim: 19.12.2021.

⁸⁴ “Incestus” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/incest> Erişim: 13.12.2020.

Türk Ceza Kanunu’nda cinsel saldırı başlığı altında, şikâyetle bağlı bir suç teşkil eden ensest, evlat edinmeyi de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.⁸⁵ Buna göre ensest, aşağıdaki kişiler arasında gerçekleşen cinsel beraberlikleri kapsamaktadır:

- Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri
- Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu
- Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi

Önceleri yalnızca biyolojik yakınlığı ifade eden ensest kavramı son dönemde çocuğa bakım veren, çocuğun üzerinde anne-baba hâkimiyetine sahip yakın uzak akrabayı ve benzeri içeren bir kalıpta tanımlanır hâle gelmiştir. Ancak İslam Hukuku’nda Türk Medeni Kanunu’ndaki gibi bir evlatlık müessesesi olmadığından kişinin bakımını üstlendiği kişi ile arasında evlenme engeli oluşmaz.⁸⁶ Cahiliyede mevcut bir müessese olan evlatlık, İslam’ın tebliğinden sonra değişikliğe uğramıştır. Kişi evlat edindiği çocuğun sadece hukuken bakımını üstlenmiştir. Evlatlık çocuk, öz ailesinin soyadı ile anılır.⁸⁷ Çocuk ile evlat edinen arasında akrabalık ilişkisi doğmaz. Dolayısıyla bu iki kişinin cinsel birlikteliği yahut evliliği ensest olarak tanımlanmamaktadır.

Ensest kavramı İslam Hukuku’nda evlenme engelleri konusuyla irtibatlı olarak ortaya çıkar. İslam’da evlenme engelleri ilgili ayet-i kerimede açıkça izah edilmiştir.⁸⁸ Kan hısımlığı, sıhrî hısımlık yahut süt hısımlığının varlığında taraflar arasında evlenme yasağı meydana gelir. Evlenilmesi yasak olan bu kimselerle cinsel ilişki de yasaklanmıştır. Geçmiş toplumlarda zaman zaman “soylu kan”ın korunması gibi amaçlarla teşvik bile edilen ensest⁸⁹, bir çeşit cinsel sapkınlıktır. İstismar vakaları daha önce

⁸⁵ TCK md.102 3/c: “Cinsel saldırı suçu, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi hâlinde, verilen ceza yarı oranında artırılır.”

⁸⁶ Ahzab, 33/37.

⁸⁷ Tirmizi, Tefsîru'l-Kur’ân, 33; Darimi, Nikâh, 52; Muvatta, Rada, 2.

⁸⁸ Nisa, 4/23 “Anneleriniz, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşin kızları, kız kardeşin kızları, sizi emziren anneleriniz, süt bacılarınız, eşlerinizin anneleri, kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla birleşmiş değilseniz (nikâh ortadan kalktığında) kızlarını almanızda size bir sakınca yoktur. Kendi sulbünüzden olan oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı...”

⁸⁹ Mısır, Peru ve Japonya’da meşruiyet alanı bulan uygulama için bkz: Bozkurt Güvenç, *İnsan ve Kültür*, Boyut Yayınları, İstanbul 2015, s.334; Asiye Selcen Ataç, “Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, 2013, s.872.

de belirttiğimiz gibi sadece aile dışı kişiler tarafından değil bazen ve hatta çoğunlukla öz anne-baba, amca, dede gibi birinci derece yakınlar tarafından da gerçekleştirilmektedir. Üstelik çocuk bir yabancının muhtemel cinsel saldırısına bir defa uğrayabilecek istismarın aile içinde yaşanması halinde suç birden çok defa tekrarlanmakta ve daha yıkıcı sonuçlara neden olabilmektedir.

2.2.6. Cinsel İstismar

İslam borçlar hukukunda yaygın bir terim olarak kullanılan istismar, kelime kökü itibarıyla “yararlanma, kullanma” gibi anlamlara gelmektedir.⁹⁰ Modern Arapçada istismar, ekonomik yaptırımları ifade eden bir kavramdır. Cinsel anlamda faydalanmayı ifade etmek için kullandığımız, dilimize Arapçadan anlam kaymasına uğrayarak geçen istismar kelimesinin içerdiği anlam Arapçada “istiğlalü’l-cinsiyye” kalıbı ile ifade edilmektedir.⁹¹ Tek başına kullanıldığında istiğlal kelimesi de yine ekonomi alanı çerçevesinde tanımlanan bir kavramdır.⁹²

İstismar ve istiğlal kavramlarının çocuğun maddi, cinsel, duygusal, fiziksel yönünden kötüye kullanımını tanımlayacak bir kalıp haline dönüşmesi çok yeni olduğundan klasik kaynaklarda böyle bir tabire rastlanmamaktadır. Ancak İslam hukukunun yürürlükte olduğu ülkelerde bu suçların düzenlendiği görülmektedir.⁹³ Özellikle çocuğu hedef alması bakımından cinsel istismar suçunun ayrı bir suç türü olarak benimsenmesi ve buna dair hüküm bina edilmesi oldukça önemlidir.

Dünya Sağlık Örgütü çocuğun istismarını her türlü fiziksel ya da duygusal insanlık dışı muameleyi, cinsel suiistimali, ihmali ve çocuğun sağlığına, gelişmesine ya da onuruna fiili saldırıları yahut zararı dokunabilecek davranışları kapsayan geniş bir çerçevede tanımlamaktadır.⁹⁴ Bu bağlamda çocuğun istismarı fiziksel, duygusal, cinsel ve maddi istismar olmak üzere dört ana kategoride ele alınmaktadır. Çocuğun kaza

⁹⁰ Etimoloji Türkçe, <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/istismar> Erişim: 12.12.2020.

⁹¹ Bkz. Yusuf Hasan Yusuf, *Cerimetu İstiglâli’l-Et’fal ve Himayetihim fi’l-Kanuni’d-Devli ve’ş-Şer’ati’l-İslamiyye*, el-Merkezü’l-Kavmi Li’l-İsdatati’l-Kanuniyye, Kahire 2013.

⁹² Abdulmün’im, “İstiğlal”, *Mu’cemu’l-Mustalahat*, c.I, s.152.

⁹³ Mısır Ceza Kanunu, md.267; Ürdün’de cinsel tacizle ve yasadaki yeriyile alakalı hazırlanmış bir rapor örneği için bkz. <http://www.ammonnews.net/index.php?page=article&id=300159> (Erişim: 08.09.2018); <http://sigi-jordan.org/ar/?p=3740> (Erişim: 10.09.2018); Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: Rudolf Peters, “Ceza hukukunun İslamileştirilmesi: Karşılaştırmalı bir tahlil”, (çev) Abdullah Kahraman, *Marife*, 1/1 2001, ss.207-224.

⁹⁴ World Health Organisation (WHO), <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment> Erişim: 05.03.2016.

dışı nedenlerle yaralanması “fiziksel” istismar; yaşına, gelişimine uygun olmayan işlerde çalıştırılması, kazancının sömürülmesi “maddi” istismar olarak tanımlanır. Biraz daha kapsamlı olan duygusal istismar, *UNICEF* tarafından çocuğu azarlamak, aşağılamak, hakaret etmek, ihtiyaçlarını göz ardı etmek, terk etmekle tehdit etmek; hayalet, şeytan vb. güçlerle korkutmak, evden kovmak olarak tanımlanmıştır.⁹⁵

Çocukların cinsel istismarı, psiko-sosyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel haz amacı ile zorla ya da ikna edilerek cinsel tatmin aracı olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla çocuk fiziksel zarar almasa da şehvi amaçla cinsel organlarına bakılmasından; tecavüz edilmesine varan eylemlerle çocuk bedeninin cinsel obje olarak kullanılması günümüz terminolojisinde çocuğun istismarı olarak adlandırılmaktadır.

5237 sayılı TCK md. 103 gereğince çocuğa yönelik gerçekleştirilen her çeşit cinsel davranış, çocukların cinsel istismarı kapsamında değerlendirilmiştir. Diğer bir ifadeyle cinsel istismarın, cinsel taciz ve tecavüz kapsamında değerlendirilen pek çok fiille gerçekleşmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Çocuğun, kendi bedeni üzerinden cinsel tatmin sağlamaya çalışan insanların hareketlerinin anlamını dahi bilmemesi nedeniyle bu suç kanunda cinsel istismar olarak tanımlanmıştır.⁹⁶ Bununla birlikte cinsel istismar kapsamında ele alınacak fiillerin yalnızca cinsel ilişki ile sınırlandırılması gerektiği görüşünde olanlar da vardır.⁹⁷

⁹⁵ UNICEF, <https://www.unicef.org/turkiye/topics/%C3%A7ocuk-istismar%C4%B1> Erişim: 15.01.2016

⁹⁶ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s.249.

⁹⁷ Turan Akbaş ve İsmail Sanberk, *Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim*, Karahan Kitabevi, İstanbul 2010, s.2

2.2.7. Cinsel Taciz

“Gücü yetmemek” anlamında Arapça “acz” kökünden türeyen taciz⁹⁸ bir kimseyi tedirgin etme, rahatsız etme, sıkıntı verme; aciz bırakma gibi anlamlar taşımaktadır.⁹⁹ Cinsel taciz, İngilizce’de “sexual abuse”¹⁰⁰, “sexual harrassment”, “sexual exploitation” ve “molestation” kavramlarıyla ifade edilirken, Arapça’da “teharüşü’l-cin-siyye”¹⁰¹ kalıbı ile karşılık bulmaktadır.¹⁰²

Merî hukuk açısından cinsel taciz girişiminde rızanın yokluğu, eylemi hukuken suça dönüştürür. Bir suç türü olarak cinsel taciz ise cinsel arzu ve istekle harekete geçen bir failin sözel, fiziksel ya da teşhir vs. şeklinde gerçekleşen ancak süreklilik taşımayan eylemlerle, izni ya da rızası olmayan kadın ya da erkeği rahatsız etmesi şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰³

Fiziksel temas içermese veya şiddet/baskı uygulayarak olmasa dahi kişinin rızası olmaksızın maruz kaldığı cinsel eylem cinsel taciz kapsamında değerlendirilmektedir. Cinsel taciz türlerinden “laf atma”, bir kimsenin cinsel saik ile belirli bir kimseye yönelik sözle ya da yazıyla yaptığı, ani gerçekleşen saldırıdır.¹⁰⁴ Yine cinsel amaçlı olarak bir kimsenin, karşı cinsten birine cinsel organını göstermesi ve bunu alışkanlık haline getirmesi hali ise “teşhircilik/göstermecilik” olarak adlandırılır.¹⁰⁵ Kişinin bilgisi ve onayı olmaksızın cinsel arzu duyarak gözetlenmesi davranışı ise “röntgencilik/gözetlemecilik” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁶

⁹⁸ İbn Manzur, “Acz”, *Lisanü'l-Arab*, c. 6, s. 97.

⁹⁹ İlhan Ayverdi, “Taciz”, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul 2011, s.1185; *Büyük Larousse*, C.XVIII, Gelişim Yayınları, İstanbul: 1986, s.11134.

¹⁰⁰ W.L. Marshall, vd., *Handbook Of Sexual Assault: Issues, Theories And Treatment Of The Offender*, Plenum Press, New York 1990.

¹⁰¹ Salim, Abdülcelil, *et-Teharüşü 'l-Cinsi: Esbabuhu ve İlacuhu*, Kahire: Vizaretü'l-Evkaf, 2010; Abdül Aziz b. Sa'dun Abdü'l-Mün'im, *Ahkamu 't-Teharüşü 'l-Cinsî: Dirase Mükarene*, İmam Muhammed b. Suud el-İslami Üniversitesi, el-Âlî li'l-Kadâ Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Riyad Güz Dönemi 1432-1433(2011-2012), s. 26.

¹⁰² Bkz. Abdü'l-Mün'im, *Ahkamu 't-Teharüşü 'l-Cinsî*, ss. 22-33.

¹⁰³ Bkz. “Molestation” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/molestation> Erişim: 13.12.2020

¹⁰⁴ Abdullah Pulat Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre Ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi: Hususi Kısım-Cürümler*, C.III, İstanbul t.y, s. 863.

¹⁰⁵ Pakize Çervatoğlu Geyran, vd., “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam*, 1994, 7/3, S. 27.

¹⁰⁶ Prof. Dr. Sirel Karataş Psikoloji Sözlüğü, “Voyeuristic Disorder - Gözetlemecilik Bozukluğu/Voyörizm Bozukluğu”, <https://www.psikolojisozlugu.com/voyeuristic-disorder-gozetlemecilik-bozuklugu>, Erişim: 07.04.2023.

Nitekim röntgencilik, laf atma, sarkıntılık, teşhircilik gibi bazı cinsel taciz şekilleri temas içermemesi nedeniyle zor kullanılmadan gerçekleşse de ahlaki kirliliğe neden olmakta, bireyi ve kamuyu tedirgin etmektedir. Üstelik cinsel taciz, kişinin bednine, onun rızası ya da haberi olmaksızın gerçekleştirilmesi yönüyle kişiyi rencide edici, aşağılayıcı bir eylemdir.

TCK’de cinsel tacizin hangi davranış kalıplarını içerdiğine dair net bir tanımlama yapılmamış, ancak cinsel içerikli laf atma, teşhir, röntgen, sarkıntılık¹⁰⁷, cinsel nitelikli dokunma gibi eylemler çocukları hedef alarak gerçekleştiği takdirde “çocukların cinsel istismarı”, yetişkine yönelik ise “cinsel taciz” ve “cinsel saldırı” olarak ele alınmıştır.¹⁰⁸ İslam hukuku klasik kaynaklarında ise cinsel taciz kapsamında ele alınan davranış biçimleri özel bir tasnife tabi tutulmamış, türüne göre tazir cezaları bağlamında aktarılmıştır.

2.2.8. Cinsel Şiddet

Kişinin cinsel bütünlüğünü hedef alarak geçici yahut kalıcı izler bırakan; hatta ölümüne yol açabilen zorlama ve şiddet içeren eylemler cinsel şiddet olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁹

Cinsel şiddet denildiğinde akla ilk gelen anlam cinsel arzusunun etkisi altındaki failin, bir kişiye rızası olmaksızın yaptığı, saldırı şeklinde gerçekleşen eylem olsa da savaş, terör gibi durumlarda şiddetin, cinsel yolla uygulandığı eylemler de cinsel şiddet kapsamındadır. Ele geçirilen yerleşim alanlarında, toplama kamplarında kadınlara, çocuklara tecavüz edilerek bastırma politikasına dair örnekler dünya medyasına Bosna’dan, Irak’tan, Suriye’den, Doğu Türkistan’dan ve diğer pek çok ülkeden yansımıştır. Yani sadece şiddet içeren cinsellik değil; cinsellik içeren şiddet de cinsel şiddet olarak adlandırılmaktadır.

¹⁰⁷ Cinsel istismar, çocuğun bedeni üzerinde cinsel amaçlı olarak sürekli şekilde icra edilen bir fiildir. Sarkıntılık ise beden üzerinde kısa süreli icra edilen bir fiildir. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 10.baskı, s.249.

¹⁰⁸ Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, Pegem Yayınları, Ankara 2015, s.532.

¹⁰⁹ Oğuz Polat. "Şiddet", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/1, 2017, s.19.

Tarafların birbirine elektrik şoku verme, deriye kesikler atma, kırbaçlama¹¹⁰ gibi işkence benzeri uygulamalarda bulunduğu sado-mazoşist beraberliğin sonucunda yaralanma ve ölüm vakaları raporlanmıştır.¹¹¹ Rıza dâhilinde gerçekleşen, tarafların haz amacı güderek cinselliğe şiddet öğeleri katmaları da cinsel şiddet bağlamında tartışılmalıdır. Şiddete rızanın, kastın sınırlarının tayin ve tespiti yapılarak sado-mazoşist parafililer cinsel suç çeşitlerinden sayılmalıdır.

Bu başlık altında zorlama ve temas içermesi ve konumuzda ilişkili olması hasebiyle tecavüz ve ırza tasaddi suçlarına değinilecektir.

2.2.8.1. Tecavüz

Tecavüz kelimesi sözlükte haddi ve sınırı aşma, başkasının hakkına el uzatma olarak tanımlanmıştır.¹¹² Kelime, zamanla ırza yönelik gerçekleştirilen tecavüzü, ırza geçmeyi ifade edecek şekilde özelleşmiştir.¹¹³ İngilizce’de tecavüzün karşılığı olarak “rape” ve “sexual assault”¹¹⁴ kelimeleri kullanılmaktadır. Terim anlamıyla tecavüz, erkek cinsel organının ya da bir cismin zorlama, tehdit vs. bir baskı ile vajinaya, anüse ya da ağıza girmesidir.¹¹⁵

Irza geçmek fiili Arapça’da “tecavüzü’l-ırz” kalıbıyla dilimize geçtiği şekilde de kullanılmakla birlikte birinin malını zor kullanmak suretiyle almak, kadını kaçırıp zorla zina etmek, tecavüz etmek manalarına gelen “gasb” kökünden türeyen “iğtisab” kelimesiyle ve “hetkü’l-ırz” kalıbıyla da ifade edilmektedir.¹¹⁶ Gasb kelimesi de esas itibariyle mal ve tasarruflarla ilgili bir eylemken, kaçırma, özgürlüğünü kısıtlama vs.

¹¹⁰ Taylor, Gary W, Ussher, Jane M. (2001). “Making Sense Of S&M: A Discourse Analytic Account” *Sexualities*, 4/3, s. 299.

¹¹¹ Milliyet, “Sado-Mazoşist İlişki Öldürdü”, 08 Şubat 2014, <https://www.milliyet.com.tr/dunya/sado-mazosist-iliski-oldurdu-1833782> (Erişim: 12.06.2019)

¹¹² Kermî, “Tecavüz”, el-Hadi, C.I, s.390.

¹¹³ Ayverdi, “Tecavüz”, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, s.1217.

¹¹⁴ Bkz. Marshall, *Handbook Of Sexual Assalt*, s.12.

¹¹⁵ “Rape” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/rape> (Erişim: 19.12.2020)

¹¹⁶ İbn Manzur, “Gasebe” *Lisanü’l-Arab*. C.V, s.3262; Kal’acî, “İğtisab”, *Mu’cemu Lügati’l-Fukaha*, s. 78; Feyyumi, *el-Misbahü’l-Münir*, s.536; Mahmut Abdurrahman Abdülmün’im, “Gasb”, *Mu’cemu’l-Mustalahat ve Elfazi’fıkhiyye*, C.III, Daru’l-Fudaylat, Kahire 1999, s.16; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 233; Salah Rızık Abdülgağfar Yunus, *Ceraimü’ş-Şüzûzi’l-Cinsi: Dirase Mukarene fi Dav’i’ş-Şerâii’s-Semaviyye ve’l-Kavanini’l-Vaz’iyye*, Darü’l-Fikr ve’l-Kanun, Mansure 2010; Enis Haasib es-Seyyid el-Mahlavi, *Nitâkü’l-Himayeti’l-Cina-iyye Li’l-Etfal: Dirase Mukarene Beyne’l-Fıkhi’l-Cinaiyi’l-İslami ve’l-Kanuni’l-Cinai*, Darü’l-Kütübi’l-Kanuniyye, Kahire 2011, s.213.

niteliklerinden ötürü bu bağlamda da kullanılmıştır.¹¹⁷ Şeriyye Sicilleri'nde tecavüz eylemi “gasben ve cebren zina”¹¹⁸ “cebren fiil-i şen'i”¹¹⁹ kalıplarıyla ifade edilmiştir.

Klasik kaynaklarda tecavüzü ifade ederken “zina bi'l-ikrah” ifadesinin, modern dönem Arap akademik yayıncılığında ise genellikle “iğtisap” ve “iğtida” terimlerinin tercih edildiği görülmektedir.¹²⁰ Bununla birlikte iğtisap, klasik kaynaklar için de yabancı bir kavram değildir¹²¹ ve iki kavram arasındaki farka atıfla konuları ele alan kaynaklar olduğunu görmekteyiz.¹²² Zina bi'l-ikrah terimi yalnızca vajinal penetrasyonları karşılarken; iğtisap, ağız, anüs ya da vajina yoluyla olan tüm zorlamaları ifade etmesi bakımından daha kapsayıcı durmaktadır.

Bir erkeğin eşiyle anal ilişkisi veya arasında meşru bir bağın olmadığı bir kadınla cinsel ilişkisi gibi küçük kız çocuğuna nitelikli cinsel istismarı da iğtisap kavramıyla ifade edilir. Yani yetişkin bir erkeğin, sabî yahut sağır bir kız çocuğu ile ilişkiye girmiş olması hâli de tecavüz olarak nitelendirilmektedir.¹²³

Tecavüzün gerçekleşmesi için erkek cinsel organının şiddet veya tehdit içeren bir eylemle kadının cinsel organına girmiş olması gerekmektedir. Penisin haşefe miktarının cinsel organa girmesi, bu suç oluşması için yeterli bir sebeptir.¹²⁴ Mağdurun bekâret, hürriyet durumu fiilin suç özelliğine etki etmez. Söz konusu saldırı, cinsel birleşme tam olarak gerçekleşmediği müddetçe mağdurun hamile kalmasına da sebep olsa (gebeliğin oluşması için spermin rahme ulaşması yeterli olduğundan) eylem tecavüz olarak adlandırılmaz. Böyle bir durumda eylemin türüne göre ancak cinsel taciz, ırza tasaddi ya da ırza geçmeye teşebbüs ya da cinsel istismar fiillerinin varlığından söz edilebilir.

¹¹⁷ Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib Mâverdî, *Havi'l-Kebir*, C.VIII, Daru İhya-i Turasi'l-Arabi, Beyrut 2009, s.310. “Gasb, hakkı olmaksızın bir insanı malından ve malı üzerine tasarruftan men etmektir.”

¹¹⁸ Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi, 09, C.IV, s.145.Hüküm No: 238, Orijinal Metin No:[28b-2]

¹¹⁹ Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi, 84, C.X, s.365, Hüküm No: 638, Orijinal Metin No: [60b-3]

¹²⁰ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 619.

¹²¹ Abdüsselam b. Saîd Tenuhi Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, C.IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, s.481.

¹²² Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbi İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye Fi Telhisi Mezhebi'l-Mâlikîyye ve't-Tenbîh alâ Mezhebi's-Şâfiyye ve'l-Hanefiyye ve'l-Hanbeliyye*, thk. Macid el-Hamevi, Daru İbn Hazm, Beyrut 2013; s. 586.

¹²³ Muhammed eş-Şehhat Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Mukarenen Bi'l-Kanani'l-Vad'i*, Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 1990.

¹²⁴ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 593.

İslam hukukuna göre ırza geçme, zina fiilinin taraflardan birinin rızası olmaksızın işlenmiş şeklidir. Erkeğin rızasının yokluğu teorik tartışmalara konu olması bakımından genellikle ırza geçme fiilinin mağdurunun kadın olduğu varsayılmıştır.¹²⁵ Bu düşünce, daha sonra detaylarıyla ele alınacağı üzere, erkeğin penisinin sertleşmesinin duyduğu cinsel hazza bağlı olmasından doğmuştur; penis sertleşiyorsa, cinsel isteğin olduğu varsayılır. Cinsel ilişkideki etken pozisyonu nedeniyle erkek, penisin sertleşmemesi halinde ilişkiyi başlatamayacaktır. Dolayısıyla penis sertleşmiş ve ilişkiye girilmişse erkeğin rızasının var olduğuna yorulur. Örneğin bir kadın, ilişkiyi kabul etmeyen erkeği bağlamak suretiyle ilişkiye girecek olsa bu düşünceye göre kadının eylemi tecavüz değildir; sertleşen penis, rızanın delilidir.¹²⁶

Rızanın yokluğu ise yalnızca ilişkiyi kabul etmeyen kadının zorlanması olarak değil, rızasının olduğuna dair bir işaretin olmaması durumudur. Uyuyan, baygın, deli, sarhoş yahut yaşı küçük olan bir kadının bu bakımdan kendisine karşı girilen cinsel eyleme rızası yoktur.¹²⁷ Özellikle küçüğün rızasının muteber olmaması bakımından küçüğe cinsel saldırıda bulunan kişinin mükrih olduğu rahatlıkla söylenebilir.¹²⁸

765 sayılı mülga TCK, tecavüz failinin yalnız erkek olabileceğinin belirtilmesi yönüyle, failin cinsiyeti konusunda İslam Hukuku ile benzerlik gösterirken, 5237 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle tecavüz failinin erkek ya da kadın olabileceği kabul edilmiştir.

Mülga TCK'de ırza geçme, rızası olsun olmasın, on beş yaşını bitirmemiş veya cebir, şiddet, tehdit kullanmak suretiyle on beş yaşını bitirmiş bulunan bir kimse ile yahut akıl veya beden hastalığı, fiilden ayrı bir sebep veya hileli vasıtalar kullanılması yüzünden mukavemet edemeyecek halde bulunan kimse ile cinsi münasebette bulunma suçu olarak tanımlanmıştır.¹²⁹ Irza geçme eylemi, 5237 Sayılı TCK'ye göre mağdurun yaşına ve rızasının varlığına göre farklı suç tipleri oluşturur. Tecavüzde bulunan kişi 15 yaşından küçükse nitelikli cinsel istismar; 15-18 yaş aralığında ve rızası varsa “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”; 15 yaşından büyükse rızasının olmaması

¹²⁵ Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, s. 301-302; Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s.42.

¹²⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.273; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s.185; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.581.

¹²⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.509.

¹²⁸ Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s.178; Hindî, Ferîdüddin Âlim b. alâ Enderpetî Dihlevî, *Fetava Tarhâniyye Fi Fıkhi'l-Hanefî*, C.IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2005, s.22.

¹²⁹ 765 sayılı mülga TCK md 414-415-416, Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 13.3.1926 Sayı: 320.

halinde nitelikli cinsel istismar suçu oluşur.¹³⁰ İslam Hukuku kaynaklarında zina bi'l-ikrah olarak adlandırılan ırza geçme fiilinin, kadına yönelik olduğu ibaresi kaynaklarda yer almaktaysa da¹³¹ mağdurun çocuk ya da yetişkin olmasına göre farklılaşan bir tanımlamasına rastlamadık.

Tecavüz fiili, çoğu kez kaçırılma, alıkonulma gibi şekillerde hürriyetin kısıtlanması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu fiil, İslam'ın korumayı hedeflediği beş temel esasın yanında mağdurun mahremiyet, özgürlük gibi kişilik haklarına ve beden bütünlüğüne de saldırı niteliği taşımaktadır.

Irz, kişinin benliği, şeref, namusu ile eşdeğer bir anlama sahiptir.¹³² Bundan ötürüdür ki ırza tasaddi, ırza geçme suçları dışında İslam dininde bir kadına zina iftirasında bulunmak dahi suç olarak tanımlanmış ve iftira atana ceza ön görülmüştür.

2.2.8.2. Irza Tasaddi

Irza tasaddi, ırza geçme ya da ırza geçmeye teşebbüs niteliğinde olmayan ve cinsel doyum amacıyla girilen fiilleri ifade eder.¹³³ Ayrıca cinsel taciz tek seferlik bir eylemken, birkaç defa gerçekleşmesi ile süreklilik kazandığında ve bedensel temas içerdiğinde ırza tasaddi olarak tanımlanmaktadır.¹³⁴ Cinsel taciz ve ırza tasaddi eylemlerinin her ikisi de cinsel arzu ile başlamakla birlikte ırza tasaddi, şehveti tatmin noktasında cinsel tacizden ayrılmaktadır.

Tecavüz ise ırza tasaddi eylemi ile benzer şekilde oluşsa da aralarında bir takım farklılıklar vardır. Tecavüz suçunda tüm unsurları ile cinsel ilişki meydana gelmektedir ve mağdur kadındır. Bazı hukukçulara göre mağdurun erkek olması halinde eylem tecavüz olarak değil; ırza tasaddi olarak tanımlanmalıdır.¹³⁵ Çünkü tecavüz fiilinde, erkek cinsel organının kadın cinsel organına girmesi şartı aranır. Bu görüş, İslam Hukuk literatüründeki “ırza geçme” tanımlamasına da uygun görünmektedir.

¹³⁰ TCK 5237.

¹³¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.247.

¹³² Abdül Mün'im, “Irz”, *Mu'cemu'l-Mustalahat*, c.II, s.492.

¹³³ Gözübüyük, *Mukayeseli Türk Ceza Kanunu*, s.779.

¹³⁴ Bahri Öztürk ve Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*, C.II, 5. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 645.

¹³⁵ Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Yayınları, İstanbul 1983, s. 57.

İslam Hukuku'nun klasik kaynaklarında, “ikrah altında zina (zina bi'l-ikrah)” “ırza tasaddi”, “ırza geçme (iğtisab)” kavramı ile ifade edilen cinsel davranışların tanımlanmasında TCK kriter olarak mağdurun yaşını almıştır. Şöyle ki gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocuklara yönelik ise “çocukların cinsel istismarı”, yetişkinlere yönelik ise “cinsel saldırı” kapsamında değerlendirilmiştir.¹³⁶ Eylem ırza tasaddi ya da ırza geçmeyi içeriyorsa bu da suçun nitelikli hali ile ilişkilendirilir.¹³⁷

2.2.9. Cinsel Sapkınlıklar

Normal cinsel ilişkiden farklı olarak içinde şiddet barındıran sadizm, mazoşizm gibi; fiziksel temas olmaksızın cinsel doyuma ulaşma aracı olarak kullanılan koprofili, teşhircilik, röntgencilik, transvestilik gibi yahut oral-anal birleşme gibi uygulamalar sapkınlık (parafili) olarak adlandırılmaktadır. Cinsel sapkınlıkların geçici ve sürekli çeşitleri vardır. Eğer bireydeki sorun geçici ise bir uzman yardımı ile topluma sağlıklı bir şekilde entegrasyonu mümkün olabilir.¹³⁸

Cinsel suç işleyen pek çok birey, aşağıda detayları ile ele alacağımız parafilik bozukluklara sahiptir. Bu anlamda istismarın önlenmesinde sorunun tespit edilmesi ile uygun tanının koyulması, fiile meşruiyet zemini kazandırmaktan ziyade doğru tedavinin planlanması, vakaları anlamlandırma, cezalandırma ve çözüm bulmada önemli bir işlev görür.

2.2.9.1. Pedofili

Fransızca “pédophile” kelimesinden dilimize geçen pedofilinin kelime anlamı “sübyancılık”tır¹³⁹ ve kelime kökü itibarıyla 13 yaş altındaki çocuklara cinsel ilgi duyan kimseyi ifade etmektedir.¹⁴⁰ Pedofilik kişinin, mağdur olarak seçtiği çocuğun yaşına, cinsiyetine göre gruplandırmalar yapılmıştır. Pedofilik birinin tercih ettiği çocuk, karşı cinsten ise bu heteroseksüel pedofili, kendi cinsindense homoseksüel pedofili;

¹³⁶ Erkan Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011, s.15.

¹³⁷ TCK md. 103/2 (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.)

¹³⁸ Kenneth Walker, *Fizyoloji Açısından Cinsiyet*, Çev. Ender Gürol, Varlık Yayınları, İstanbul 1964, ss.158-159.

¹³⁹ “Pedofili”, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 28.12.2019.

¹⁴⁰ Richard L. Matteoli, “Transgeneration”, *The Munchausen Complex: Socialization of Violence and Abuse*, Nemean Press, Oregon 2010, s. 135.

ergenliğe yeni girmiş bir çocuğa yönelikse hebefili, 3-5 yaş altında ise infantofili olarak adlandırılır.¹⁴¹ Annenin, bebeğini emzirirken, besleme amacının dışında cinsel tatmin sağlama niyeti gütmesi, infantofilin ilk şeklini oluşturmaktadır. Uzayan emzirme dönemleri de infantofili açısından şüphe uyandırmaktadır.¹⁴²

Bir psikoloji terimi olan pedofili, DSM 5'te (Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı) bir yetişkinin, ergenlik çağına ulaşmamış, genel olarak 13 yaş altında olan bir çocukla ilgili cinsel dürtülerinin, yoğun fantezilerinin ve yineleyici isteklerinin olması şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre çocuğa yönelik cinsel ilgi duyan yahut cinsel istismar suçu işleyen kimseler için pedofili tanımlamasını genellemek mümkün değildir.

Davranışsal bir problemin hastalık olarak nitelenebilmesi için önceden belirlenen tanı kriterlerine uyması gerekir. Bireye pedofili teşhisinin konması için birey en az 16 yaşında ve mağdurdan en az 5 yaş büyük olmalıdır.¹⁴³ Ergen bireyin akranları ile olan cinsel deneyimleri, arzu ve merakları psikoloji bilimi çerçevesinde, kendini ve cinselliği keşfi bağlamında normal kabul edilmektedir. Yaş kriteri, bu olağan davranışları kapsam dışında bırakma amacıyla getirilmiştir.

Bir diğer tanı ölçütü bireyin çocukla alakalı cinsel fantezi ve dürtülerini eyleme dökmüş olması ve bu eylemlerin bireyin sosyal hayatında problemlere sebep olmasıdır. Ayrıca eylemlerin en az altı aydır sürüyor olması gerekmektedir.

Pedofilik eylemlerin zaman zaman ensest ilişki şeklinde gerçekleştiği görülmektedir.¹⁴⁴ İlaveten internete bireysel tedbirler olmaksızın sınırsız ve sansürsüz erişim imkânı, çocuğa yabancı pedofilikler ailesinden daha yakın kılabilmektedir. Çocuk, yaptığı sanal görüşmelerle bir yabancıyla, mağduriyetine zemin hazırlayan bir duygusal bağ kurar. Pedofilik birey, güven/otorite ilişkisi kurduğu çocuğa sanal yolla ulaşmanın kolaylığını fırsata çevirmektedir.

¹⁴¹ Matteoli, "Transgeneration", s. 137; Tri Akhmad Aji Saputra, Eko Soponyono, "Criminology Study on Pedophilia Prevention in Inonesia", *Jurnal Hukum Novelty*, 9/2, s.120.

¹⁴² Matteoli, "Transgeneration", s. 137.

¹⁴³ *DSM-5 Tanı Ölçütleri Başvuru Kitabı*, Çev. Ertuğrul Köroğlu, Hekimler Yayın Birliği, Ankara 2014.

¹⁴⁴ Hüseyin Bulut, "Pedofilik Bozukluk ve Ensest: Olgu Sunumu", *Dusunen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, 2016, C. XXIX, ss.281-285.

2.2.9.2. Zoofili

Hayvanlara cinsel istek duyma, hayvana cinsel düşkünlük “zoofili”, hayvanla cinsel ilişkiye girme fiili “bestiyalite” kavramları ile ifade edilmektedir. Sıklıkla zekâ düzeyi ortalamanın altında, eğitim seviyesi düşük, kırsal kesimde yaşayan erkeklerde görülen bir eğilimdir. Bir insanın, hayvandan cinsel anlamda faydalanması anlamına gelen bu davranış biçimi esasında normal tabiatlı bir insanın meyletmeyeceği bir iştir.

DSM 5’te hastalık olarak tanımlanmış ve sınıflandırılmıştır. Hayvanla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak, 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu madde 14’e göre suç teşkil eder.

2.2.9.3. Nekrofil

Nekrofil, ölüye duyulan cinsel istek yahut ölü ile cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁵ Dilimizde “ölü sevic” olarak da ifade edilmektedir. Özellikle erkeklerde görülen bir cinsel sapkınlık olmakla birlikte nadir rastlanır. Ölü seviciler bazı vakalarda ölü bedeni elde etmek için seçtikleri kurbanı öldürür, bazılarında ise erişebildikleri bir ölü ile amaçlarını gerçekleştirirler.¹⁴⁶

2.2.9.4. Teşhircilik ve Röntgencilik

Cinsel uyarılma sağlamak amacıyla kişinin cinsel organını, karşı cinsten birine, mağdurun önceden bilgi ve onayı olmaksızın göstermesi ve bu tutumun defalarca tekrarlanan bir davranış haline gelmesi “teşhircilik” (göstermecilik bozukluğu) olarak açıklanır.¹⁴⁷ Teşhircinin arzusu cinsel ilişki yaşamak değildir. Teşhirci, mağdurda ortaya çıkardığı şaşkınlık, korku gibi tepkilerden duyduğu hazla cinsel tatmin sağlamaktadır.¹⁴⁸ Teşhirciliğin cinsel birleşmeye tercih edilir hale gelmesi durumu psikiyatrik hastalık olarak değerlendirilmektedir. Teşhircilik, ICD-10’da cinsel seçim bozuklukları alt başlığında ele alınmıştır.

¹⁴⁵ “Necrophilia” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/necrophilia> Erişim: 13.12.2020; “Nekrofil” Türk Dil Kurumu Sözlükleri <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 17.09.2019.

¹⁴⁶ “Necrophilia” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/necrophilia> Erişim: 13.12.2020.

¹⁴⁷ Geyran, vd., “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti”, s. 27.

¹⁴⁸ Prof. Dr. Sirel Karataş Psikoloji Sözlüğü, “Exhibitionistic Disorder-Göstermecilik Bozukluğu/ Teşhircilik Bozukluğu”<https://www.psikolojisozlugu.com/exhibitionistic-disorder-gostermecilik-bozuklugu>, Erişim: 07.03.2023

Röntgencilik de (gözetlemecilik bozukluğu) temas içermemesi ve mağdurun bilgi ve onayına ihtiyaç duymaması yönüyle teşhirciliğe benzerken, bireyin gözetlenmesi suretiyle cinsel tatmin sağlama hedefi taşımaktadır. Her iki bozukluğun da davranışa yansarak gündelik hayatı etkileyici boyuta ulaşma ihtimali vardır. Bu bozuklukların davranışı etkileyecek boyuta ulaşması hâlinde farmakolojik tedavi imkânı vardır.¹⁴⁹

2.2.9.5. Fetişizm

Fetişizm, cinsel zevk duyabilmek, uyarılabilmek için çeşitli objelerin araç olarak kullanıldığı kişilik bozukluklarıyla ilintili bir parafili türüdür.¹⁵⁰ Olağan cinsel ihtiyacın dışında bir çeşit bağımlılık barındırması nedeniyle parafili kapsamında ele alınmıştır.¹⁵¹

Hemen hemen tamamıyla erkeklerde görülen bir sapıklık olup kadınlarda nadiren görülmektedir. Fetişistlerde saldırı hissi yoktur. Fetişizmin hafif şekilleri kolayca iyileştirilebilir, ama ağır vakalarında tedavi imkânı az olmaktadır.”¹⁵²

Fetişizmde cinsel duygu, karşı cinsin bütününe değil, ayağı, eli gibi tek bir bölümüne; ayakkabısı, iç çamaşırı gibi tek bir giyim eşyasına ya da karşı cinsle ilişki kurduğu herhangi bir nesneye aktarılmaktadır. Bu bireylerde cinsel güdü, kişilerarası deneyimden uzak; dar bir alana hapsedilmiş şekilde olağan dışı bir nesneye yöneltilmiştir. Bu nesne bebek bezi bile olabilir.¹⁵³

Fetişist ilgisini yönelttiği nesneyi kimi zaman okşayarak kimi zaman giyerek cinsel doyuma ulaşır. Fetişizm türlerinden, karşı cinse ait kıyafetleri giymek suretiyle cinsel haz yaşama arzusu “transvestizm” olarak adlandırılır. Transvestizme sebep olan şey tam olarak bilinmemektedir.

¹⁴⁹ Psikoloji Sözlüğü, “Exhibitionistic Disorder-Göstermecilik Bozukluğu/ Teşhircilik Bozukluğu”<https://www.psikolojisozlugu.com/exhibitionistic-disorder-gostermecilik-bozuklugu>, Erişim: 07.03.2023; Psikoloji Sözlüğü, “Voyeuristic Disorder - Gözetlemecilik Bozukluğu / Voyörizm Bozukluğu”, <https://www.psikolojisozlugu.com/voyeuristic-disorder-gozetlemecilik-bozuklugu>, Erişim: 07.04.2023.

¹⁵⁰ Matteoli, “Transgeneration”, s. 122; “Fetishism” APA Dictionary of Psychology, <https://dictionary.apa.org/fetishism> Erişim: 14.12.2020.

¹⁵¹ Mondimore, *Eşcinsellik*, s.276.

¹⁵² Walker, *Cinsiyet*, 142.

¹⁵³ Nihan Oğuz ve Niyazi Uygur, “Bir Olgu Nedeniyle Bebek Bezi Fetişizmi”, *Türk Psikiyatri Dergisi* 2005, 16/2, Ss. 133-138.

Transvestik fetişizm tanı ölçşleri olarak şunlar belirlenmiştir:

A. En az altı aylık bir süre boyunca heteroseksşel bir erkekte karşıt giyim ile ilgili yoğun, cinsel yşnden uyarıcı fantezilerin, cinsel dşrtşlerin veya davranışların yineleneyici bir biçimde ortaya çıkması,

B. Bu fantezilerin, cinsel dşrtşlerin veya davranışların klinik aēıdan belirgin bir sıkıntıya veya toplumsal, mesleksel alanlarda veya şnemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya neden olması.¹⁵⁴

şzetlemek gerekirse cinsel taciz cinsel iēerikli laf atma ve gşzetleme/gşsterme gibi temas iēermeyen ancak cinsel tatmin sağlayan davranış kalıplarını iēeren bir eylemdir. Irza tasaddi, temas iēermesi yşnşyle cinsel tacizden ayrılırken, ırza tasaddide amaē ırza geēmek değildir. Sşrtşnme, okşama gibi eylemlerle mağdurdan faydalanma amaēı gştmekle birlikte eylem bununla sınırlı kalmaktadır. Irza geēme, vşcuda organ sokma iēeren, mağdurun rızası ve onayı olmaksızın cinsel břtřnlřęřne gerēekleřtiren saldırı niteliği taşıyan bir eylemdir. Irza geēmeye teşebbşs ise ırza geēme niyetiyle başlanılan eylemin bireyin kendi tercihi ile değil harici bir nedenden dolayı organ sokma eylemini iēermeden sonlandırılması halidir. Irza tasaddi ve ırza geēmeye teşebbşs ortaya çıkan maddi unsurlar bakımından benzerlik gşsterse de amaēlanan eylem nedeniye farklı sonuēlar doğurmaktadır. çocukların cinsel istismarı ise temas iēeren ırza tasaddi ve ırza geēme eylemlerini kapsamına almaktadır. şocuğun yaşı ve temasın şekli, eylemin niteliği konusunda belirleyicidir.

¹⁵⁴ Fatih Hilmi çetin, vd., “Zeka Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm: Olgu Sunumu”, *Anatolian Journal of Psychiatry*, 2015, C.XVI, s.456.

3. İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU VE İSPATI

İslam ceza hukukunda Allah Teâlâ'nın had ve tazir cezaları ile mâni olduğu, mala ve cana yönelik gerçekleşen, şer'an yasaklanmış fiiller suç olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁵ Buna göre bir davranışın suç olarak tanımlanması için öncelikle o fiilin bir faydanın elde edilmesine mani olması yahut bir zarara sebep olması icap eder. Ayrıca kanun koyucu tarafından o fiilin yasaklanmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte yasaklanan fiile bir ceza öngörülmüş olmalıdır. Dolayısıyla suç tanımlaması ve ceza düzenlemesi yapılmamış fiiller, ceza hukukunun alanı dışında kalmıştır.

Bir fiilin yasaklanması için bir insandan (fail) kaynaklanması, belli bir sonuca (suç) sebep olması ve fail ile suç arasında hakiki bir bağ (illiyet) mevcut olması gerekmektedir. Fiillerinin hukuki sonuçlarını yüklenmesi bakımından ise failde cezai ehliyet aranır. Tüm bu öğeler suçun unsurlarını oluşturur, bu bölümde fiilin suç teşkil etmesi bakımından aranan bu unsurlar ele alınacaktır. Bu bağlamda suç, mükellef bir şahsın, bir faydanın teminine engel ya da bir zararın oluşmasına sebep olacak, kanunlar vasıtasıyla yasaklanmış, yapıldığı takdirde ceza öngörülmüş bir fiili işlemesidir.

Çocuk, ait olduğu sosyal çevrede, getirdiği genetik kodlarla yaşadığı tecrübelerle şekil alacaktır. Çocuğun gelişme döneminde maruz kaldığı olumsuzluklar fiziksel ve ruhsal açıdan zarar görmesine, sağlıklı bir şekilde yetişkinliğe geçmesine engel olur. Çocukluk döneminin insan yaşamının gelişim açısından en kritik evresi olduğu düşüncesinden hareketle cinsel davranışların çocuğa yönelik gerçekleşmesi halinde oluşturacağı tahribatın etkisinin daha güçlü olacağı kanaatindeyiz. Çocuklukta maruz kalınan müdahaleler, tavırlar, eylemler, bireyin sadece çocukluğunda değil yetişkinlik döneminde de etkili olmaktadır. Nitekim yetişkinlik döneminde ortaya çıkan bir takım ruhsal ve fiziksel hastalıklar, sosyal uyumsuzluk, kişilik bozuklukları gibi pek çok problemin kökleri çocukluk yaşantısına uzanır.

¹⁵⁵ Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, thk. Muhammed Mutî' el-Hâfız, C.III, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983, s.2; Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 285; Âmir, *et-Ta'zir*, s.82.

Kişinin ve toplumun geleceğini bu denli etkileyen bir faktör olarak cinsel istismar, en temelde sedd-i zerâi ilkesi gereğince dahi suç teşkil etmektedir. Kamu huzuru, bireylerin sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren her fiilin yaptırıma tabi tutulmasında olduğu gibi çocuğun istismarı da bıraktığı hasar bakımından faillerini cezai bir yükümlülük altına sokmaktadır.

3.1. Cinsel İstismar Suçu

Kanunen tanımlanarak sınırları belirlenen ve bir ceza öngörülen cinsel davranışların işlenmesi halinde cinsel istismar suçu oluşur. Söz gelimi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cinsel istismar suçu, kişilere karşı suçlardan “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” madde 103’te düzenlenmiştir. İlgili maddede 0-15 yaş arası çocuklara yönelik gerçekleştirilen temas içeren cinsel davranışlar “çocukların cinsel istismarı” olarak tanımlanırken bu davranışların sarkıntılık düzeyinde kalması ve olayın failinin de çocuk olması durumlarında farklı düzenlemelere gidilmiştir.¹⁵⁶ Cinsel taciz dışındaki cinsel eylem, eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan 15-18 yaşındaki çocuğa yönelik gerçekleştirildiğinde ya da 15-18 yaşındaki çocuğa cebir- tehdit ya da hile ile gerçekleştirilmesi de çocuğun cinsel istismarı bağlamında md. 103 kapsamında değerlendirilmiştir.

Cinsel ilişki niteliği taşıyan, yani vücuda organ girişinin olduğu eylemin cebir- tehdit ya da hileye başvurulmaksızın 15-18 yaş arasında olup kanunen henüz reşit olmayan çocuklara yönelik gerçekleştirilmesi “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu oluşturmaktadır.¹⁵⁷ Bununla birlikte günümüz araştırmacılarından da suçun muhatabının yaşına göre suçun adının değişmeyeceğini savunanlar bulunmaktadır.¹⁵⁸

İslam ceza hukukunun klasik kaynaklarında cinsel davranışların, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi suç olarak tanımlanmış; mağdurun kadın, erkek ya da çocuk olması üzerinden farklı hükümler bina edilmişse de suç, cinsiyete ya da yaşa göre farklı tanımlanmamıştır. Taciz, tecavüz ve ırza tasaddi suçları kapsamında ele alacağımız cinsel suçlar, klasik kaynaklarımızda zina, ikrah ile zina başlıkları altında genellikle gördüğü zararın boyutu, ikrahın niteliği açılarından değerlendirilmiştir. Şeriiye Sicilleri’nde ırza geçmeye dair fiillerin “gasben ve cebren zina” ve “cebren fiil-

¹⁵⁶ TCK md.103. Sözlü veya jest ve mimiklerle gerçekleştirilen cinsel taciz davranışları ise mağduru çocuk dahi olsa TCK md. 105 kapsamında değerlendirilmektedir.

¹⁵⁷ TCK md. 104.

¹⁵⁸ Türkan Sancar Yalçın, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk*, 2008, s. 14.

i Şen'i"¹⁵⁹ terimleri ile çocuk-yetişkin ayrımı yapılmaksızın ifade edildiği dikkat çekmektedir. Bu anlamda “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” İslam hukukunda özel olarak düzenlenmemiŐtir.

İslam hukuku ve modern hukukun cinsel suçları tanımlama ve anlamlandırma konusunda çıkış noktası farklıdır. İslam hukuku kamu düzeninin, aile yapısının, doğacak çocuğın nesep vb. haklarının korunması noktasından hareketle zinayı rıza unsuru olsa dahi suç saymaktadır. İslam Hukuku zinayı, zikredilen gerekçelerle kamu hakkının ihlali bağlamında cezaya tabi tutar ve kamu hakkı olması hasebiyle af serbestisi tanımazken batılı hukuk sistemlerinin cinsel suçları kişisel alana, cinsel dokunulmazlığa müdahale olarak algılayarak İslam hukukunun toplumsal huzur hedefini bireye indirgediği görülür. Bununla birlikte Şunu da söylemek gerekir ki bahsedilen suç, toplumsal görünümü kadar kişisel bir saldırı da içermektedir. Bu nedenle fıkıh literatüründe tecavüzün ikrah altında işlenen zina olarak tanımlanmasından hareketle mağdur cephesinden bakıldığında rızası olsun ya da olmasın failin aynı Şekilde cezalandırılacak olması intikam duygusunu yatıŐtırma konusunda yetersiz kalacağı düşünölebilirse de konuya getirilen hukuki çözümler ilgili başlıkta ele alınacaktır.

Henüz kimlik ve kişilik gelişimi tamamlanmamış bir çocuğın, cinsel kimliği konusunda kafa karıŐıklığına süröklenerek yaratılışı dışında bir cinsiyete yönlendirilmesi; diğer bir ifadeyle küçük yaşlardan itibaren “cinsiyetini seşebileceği” algısının çocuğa empoze edilmesi hatta bu amaçla cinsiyet normlarından uzak yetiştirilmesi; heteroseksöel cinselliğin tartışmaya açılması da cinsel istismar kapsamında incelenebilir. Beraberinde homoseksöel çocuk, drag queen¹⁶⁰ gibi tanımlarla çocuk ve cinselliği bağdaŐtırarak pazar oluşturan bu düşünce sadece bireyi değil toplumu tehdit eden bir oluŐum olarak değerlendirilmelidir.

Her ne kadar suç nosyonu çerçevesinde değerlendirilerek cinsel ilişki fiiline indirgenmiŐ olsa bile cinsel istismar kavramının yer yer cinsel sömürö kavramı ile eş

¹⁵⁹ Kadı Sicilleri, C.XXVIII, s.286.

¹⁶⁰ Erkek olmasına rağmen kadınsı hareketleri ve konuŐmaları, abartılı makyajı ve parlak sahne kıyafetleri ile dikkat çeken Desmond, Drag Queen/Kid lakabıyla Amerikan Őov dünyası tarafından küçük yaŐlarından itibaren sömürölmektedir. Kadınsı hareketlerle dans ettiği pek çok video internet mecralarında dolaŐmaktadır. Desmond'un pedofili ile ilgili yaptığı bir açıklama, sadece kendisinin değil, pek çok çocuğın da onun gibi sömüröleceğine işaret eder niteliktedir. Bu röportajda, LGBT'ye O harfinin ekleneneğini ve kendisi gibi çocukların gelecekte daha çok olacağını vurgulamaktadır. Bu da Desmond'un pedofiliyi normalleŐtirme yönünde bir projenin parçası olduğu iddialarını gündeme getirmektedir. Bahsi Geçen Videolardan Biri: <https://www.youtube.com/watch?v=majcq54vlds> Erişim: 19.12.2020.

anlamli olarak kullanildiğı görülmektedir. Her iki eylemde de ortak nokta çocuğun cinsel obje olmasıdır. Fakat  unu belirtmek gerekir ki cinsel eylemin şekli ve sıklığı, fail ve cinsel güdü bakımından sömürünün cinsel istismara göre kapsam alanı daha geniştir ve daha yıkıcı sonuçları vardır. Cinsel sömürüde fail çeşitli olabilmekte, eylem s rekli lik arz etmekte ve güdü cinsel arzu/ ehvet yerine çoğu zaman maddi menfaat olabilmektedir. Bunun yanı sıra cinsel s m r ,  ocuk fahi eliği,  ocuk pornografisi,  ocuk seks turizmi gibi faaliyetleri de kapsamaktadır.¹⁶¹

Davranışların suç olarak tanımlanmasında korunmak istenen hukuki bir yarar vardır. Çocuklara yönelik gerçekleştirilen her tür cinsel davranışın cinsel istismar suçu kapsamında tanımlanması ile korunmak istenen hukuki yarar, bir görüşe göre çocukların bedensel-ruhsal gelişimlerinin korunmasıdır. Yani  ocuğun erken cinsellikten ve cinselliğin zararlı etkilerinden korunması ve bu şekilde cinsel ve psikolojik gelişimini sağlıklı olarak tamamlaması amaçlanır.¹⁶² Konu hakkında gelişen bir diğer görüşe göre cinsel istismar suçunda korunmak istenen hukuki yarar çocuğun cinsel özgürlüğünün ve dokunulmazlığının korunmasıdır.¹⁶³

3.1.1. Basit Cinsel İstismar

Basit cinsel istismar, erkek ya da kadın tarafından çocuğa yönelik gerçekleşen söz, yazı, işaret ve fiil ile anal ya da vajinal yolla tecavüze götüren eylemleri kapsamaktadır.¹⁶⁴ Buna göre fiziksel temas içermeyen ancak ahlak kurallarına aykırılık teşkil eden cinsel nitelikli sözler, sarkıntılık ve saire çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini oluşturmaktadır.¹⁶⁵

¹⁶¹ Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda  ocukların Cinsel İstismarı*, Der Yayınevi, İstanbul 2014, s.17-20.

¹⁶²  zt rk ve Erdem, *Genel Hükümler ve  zel Hükümler*, C.II, s.358.

¹⁶³ Sabri Erturhan, “Fık ı Açıdan Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002, 16/2, s.28.

¹⁶⁴ Abd ’l-M n’im, *Ahkamu ’t-Teharru  ’l-Cinsî*, s. 30.

¹⁶⁵ TCK md.103.

Cinsel istismar suçunun basit hâli bazı çalışmalarda igtisap kelimesiyle eş değer görülse de¹⁶⁶ kalça sıkma,¹⁶⁷ bacaklarını okşama,¹⁶⁸ öpme, dokunma¹⁶⁹ gibi fiiller vücuda organ ya da cisim sokma niteliği barındırmayan, taciz seviyesinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Basit cinsel istismar, modern fıkıh literatüründe “et-Teharruşu’l Cinsiyye” kavramıyla örtüşmektedir.¹⁷⁰

Basit cinsel istismar, eylemin basit haline kastedilmesi yahut nitelikli cinsel istismar şeklinde başlamakla birlikte içsel ya da harici bir sebeple had gerektiren bir eylemde bulunmadan sonlandırılması, teşebbüs aşamasında kalması şeklinde de olur.

3.1.2. Nitelikli Cinsel İstismar

Cinsel istismar suçunun temel şeklinde herhangi bir cinsel davranış yeterli görülümüşken vücut dokunulmazlığının ihlali anlamı taşıyan davranışlar cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı nitelikli halini oluşturur.¹⁷¹ Yani vücuda cinsel organ, parmak ya da yabancı cisim sokulması, fuhuş amacıyla pazarlanması ve pornografi sektörü için kullanılması fiilleri cinsel istismar suçunun nitelikli hali kapsamında yargılanması öngörülmektedir.

Bazı yazarlar olası bir cinsel davranışla karşı karşıya kalan 13 yaşında bir çocuk ile 3 yaşında bir çocuğun karşı koyma iradesinin ve bu davranıştan zarar görme derecesinin farklılık göstereceği düşüncesinden hareketle yaşın çok küçük olmasının cezaya etkisi konusunda ayırım yapılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Fakat yaş küçüklüğünün suçun nitelikli hali mi yoksa ağırlaştırıcı sebebi mi olması gerektiği konusunda bir fikir birliği sağlanamamıştır.¹⁷²

¹⁶⁶ Adem Yıldırım, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2018, s: 47, s. 227.

¹⁶⁷ 5. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2008/15109 Karar Numarası: 2009/1909 Karar Tarihi: 19.02.2009

¹⁶⁸ Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2013/14-797 Karar Numarası: 2014/408 Karar Tarihi: 30.09.2014.

¹⁶⁹ 5. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2011/1672 Karar Numarası: 2011/3245 Karar Tarihi: 19.04.2011

¹⁷⁰ Bkz. Abdü’l-Mün’im, *Ahkamu’t-Teharruşü’l-Cinsî*, ss. 22-33.

¹⁷¹ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s.532.

¹⁷² Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta, İstanbul 1987, ss.396-399.

3.2. Cinsel İstismar Suçunun Unsurları

Bir davranışın suç olarak tanımlanabilmesi için gereken şartlar, suçun unsurları olarak adlandırılır. Herhangi bir fiilin cezai yaptırıma tabi olması için ilgili suçun unsurlarını barındırıyor olması gerekir.¹⁷³ İlgili unsurların birebir uyumlu ve eksiksiz olması suçun oluşmasının temel şartlarındandır. Failin cezalandırılabilmesi için suçun unsurları olan tipiklik ve hukuka aykırılığın yanı sıra failin kusurlu addedilebilmesi gerekir. Kusurluluk suçun bir unsuru olmayıp, failin kınanabilme yargısıdır. Suçun rükünleri olarak da ifade edilen bu unsurlar genellikle içerik olarak benzerlik göstermekle birlikte farklı tasniflere tabi olmuştur. Günümüzde suçun unsurları kanuni, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları olmak üzere dört başlıkta ele alınmaktadır.

Cinsel istismar suçu, İslam ceza hukukunda zina suçuna benzerlik göstermekle birlikte yukarıda söz edildiği şekilde bir suçun oluşması için unsurların tam olarak bulunması gerekliliğini sağlayamamasından dolayı net bir zemine oturtulamadığından klasik kaynaklarda konu ayrı bir suç türü olarak değil, genel olarak unsurları tam olarak oluşmamış zina suçu gibi değerlendirilmiştir. Ancak modern dönem İslam ceza hukuku çalışmalarında konunun çocuk özelinde irdelendiği ve çocuğu kaçırma, alıkoyma vb özelliklerinden dolayı hırâbe suçu kapsamına girdiğine dair yorumların da geliştiği görülmektedir. Cinsel istismar fiillerinin unsurları bu bakış açısıyla incelenecek ve her iki görüş de değerlendirmeye alınacaktır.

3.2.1. Cinsel İstismar Suçunun Kanuni Unsuru

Kanun olmaksızın suç ve cezanın olmayacağı ilkesi ceza hukukunun temel esaslarındandır.¹⁷⁴ Suçun tanımından da anlaşılacağı üzere bir fiilin suç olarak tanımlanması için şari tarafından onun yasaklanmış ve karşılığında bir ceza belirlenmiş olması gereklidir.¹⁷⁵ İslam dininin teşekkül döneminde dahi henüz yasaklanmamış şeylerden dolayı ceza verilmemiş olması bu ilkenin ilk dönemlerden itibaren aktif olarak işletildiğini göstermektedir.¹⁷⁶ Bu bakımdan kanunilik, İslam hukukunda suçun oluşma şart-

¹⁷³ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IV, s.222.

¹⁷⁴ Avva, *Fî Usulî'n-Nizam*, s.56.

¹⁷⁵ Âmir, *et-Ta'zir*, s.82.

¹⁷⁶ Örneğin içki içmek dinen yasaklanmıştır. İçki içmeye dair nihai hüküm tedrici olarak gelmiş olsa da kesin bir dille yasaklanmadan içki içme haddi uygulanmamıştır. Bkz. Nasi Aslan ve Fatıma Ünsal,

ları açısından geçerli ve gerekli bir prensiptir. 19. yy'de yaşamış Alman ceza hukukçusu Feuerbach (1775-1833) tarafından “kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)”¹⁷⁷ bir motto olarak tanımlanmıştır.

Çocuğu koruma konusunda sorumluluk, temel olarak devletin ve devletin en küçük kurumu olan ailenindir. Bu, çocuğun devlet ve aile üzerindeki hakkıdır. Çok yönlü bir örgütlenme gerektiren bu sorumluluk, eğitim, sosyal dayanışma, sosyal hizmet alanlarında kurumsallaşma ihtiyacı doğurur. Kanunlaştırma yetkisini elinde bulundurması bakımından devlet, en üstün güce sahiptir. Vatandaşlarını koruyacak kanuni önlemler almak devletin sorumluluğudur.¹⁷⁸

Devlet, toplum yapısını, suçun niteliğini dikkate almak suretiyle toplum vicdanını tatmin edecek, adalet duygusunu güçlendirecek şekilde gereken ölçüde cezayı takdir etmelidir.¹⁷⁹ Toplumsal huzuru bozan, güveni zedeleyen, bireysel mağduriyetlere yol açan davranışların önlenmesi konusunda devletin öncelikli görevi ilgili fiillerin ceza hukuku bakımından tanımlamasını yaparak, yaptırımlarını tespit etmek ve böylece önüne geçmektir.

Kanunda suçun tüm detaylarını içerecek bir tanımın yapılması ve o suçun faillerine uygulanacak cezanın kanunda yer alması gerekir. Aksi takdirde suçun kanuni unsuru oluşmayacak ve suçlu, fiilinden sorumlu tutulamayacaktır. Olay gerçekleşikten sonra suçun diğer unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sorgulanarak bir kişinin kanunda suç olarak tanımlanan bir davranışı, kasıtlı olarak, kendi iradesiyle yaptığından emin olunduktan sonra cezanın uygulanması gerekmektedir. Böylece sanığın suçunun tespiti yapılmış; fiil, cezayı düşürücü fonksiyonu olan şüpheden de arındırılmış olacaktır.¹⁸⁰ Tüm bu merhalelerden sonra suçlu kim olursa olsun ceza uygulanacaktır. Nitekim Hz. Peygamber öz kızının dahi bir suç isnadıyla gelmesi halinde cezai işlemi yapacağını vurgulamıştır.¹⁸¹

“İslâm ve Batı Dünyasında Kamu Yararı Bağlamında İçkinin Yasaklanması: Mukayeseli Bir Araştırma”, *Bilimname*, 44/1, 2021, ss.18-20.

¹⁷⁷ Onur Eroğlu, “Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi”, *Eskişehir Osmangazi Üniv. İİBF Dergisi*, 8/3, 2013, s.161.

¹⁷⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IV, s.112.

¹⁷⁹ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, c.I, s. 610.

¹⁸⁰ Nur 24/2, Buhari, Hudud, 8; Müslim, Hudud, 3.

¹⁸¹ Nesai, Kat'u's-Sârik, 6.

Kanunda uygun görülen cezanın uygulanabilmesi için bir eylemin, tanımlanan suç tipinin unsurlarını birebir taşıyor olması gerekir. Tipiklik olarak da ifade edilen bu ilke sebebiyle eylem, suçun çoğu özelliğini taşıyor yahut suça oldukça benziyor olsa da birebir aynı olmadıkça kanundaki ceza uygulanamaz. Suçun kanuni unsuru cezanın geriye işletilmemesi ilkesini de kapsar. Zira eylemin işlendiği tarihte suç olarak tanımlanmamış olması, kanuni unsurun eksikliğini meydana getirir.¹⁸²

Çocukların cinsel istismarı kapsamında ele alınan cinsel davranışlar İslam hukukunda bir görüşe göre “zina” suçu ile ilişkilendirilerek incelenmiştir. Bu anlamda zina yapmayı ve hatta zinaya götürecek yakınlaşmalarda bulunmayı kesin bir dille yasaklayan;¹⁸³ zina edenin kadın yahut erkek olmasına bakılmaksızın cezalandırılmasını emreden¹⁸⁴ ayet-i kerimeler zina suçunun Kur’an-ı Kerim’de yer alan kanunî unsurlarını içerir. Bekâr ve evlilerin zina etmesi halinde verilmesi gereken cezayı aktaran¹⁸⁵ hadis-i şerifler ise zina suçunun sünnet kaynaklarını oluşturur.

Cinsel istismar kapsamındaki fiilleri çocuğun kaçırılması, rızası olmaması sebebiyle eylemin tecavüz olarak değerlendirilmesi bakımından değerlendiren görüşe göre cinsel istismar suçu zinaya benziyor olsa da yol kesme/eşkıyalık suçunun unsurlarını da barındırmaktadır. Bu görüşü Mâlikîler ve Zâhirîler benimsemiştir.¹⁸⁶ Bu görüşün kanuni delili hırâbe suçunu yasaklayan nasslardır.¹⁸⁷ Farklı ceza türlerinin zikredildiği ayet-i kerime’de hırâbe suçunun cezası ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.

İslam hukukunda zina dışındaki cinsel suçlar için tazir cezası öngörülüyor olması, tazir cezalarının ne şekilde ve şiddette uygulanacağını önceden belirlenmemiş

¹⁸² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, Der Yayınları, İstanbul 2016, 14. Baskı, s.66; Mehmet Emin Artuk vd, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s.71; Abdullah Çolak, *İslam Ceza Hukuku*, Kitap Yayınları, İstanbul 2018, s.37.

¹⁸³ “Zinaya yaklaşmayın! Çünkü o hayâsızlıktır, çok kötü bir yoldur.” İsra, 17/32.

¹⁸⁴ “Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah’a ve âhiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Mü’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun” Nur, 24/2.

¹⁸⁵ Müslim, Hudud, 12-13; Darimi, Hudud, 19; Buhari, Hudûd, 30, 38; Tirmizi, Hudud, 8.

¹⁸⁶ Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 612; el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.108, İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s.308; Heytemi, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, C.IX, s.216.

¹⁸⁷ “Allah’a ve peygamberine karşı savaşılanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir. Bu, onların dünyada uğradıkları aşağılayıcı cezadır. Âhirette ise onlar için büyük bir azap vardır.”Mâide, 5/33; Buhârî, “Hudûd”, 15-18; Müslim, “Kasâme”, 9-14; Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 3.

olması ve hâkim yahut devlet başkanının inisiyatifinde olması gibi nedenlerle kanunilik prensibine aykırı bulunduğundan eleştiriye tabi tutulmuştur.¹⁸⁸ Oysa tazir cezalarının kanunlaştırma faaliyetine konu olmasının dinen bir mahzuru yoktur. Nasslarda tazir öngörülen bir suçun, yetkili makamlarca düzenlenerek cezada alt-üst sınırın çizilmesi mümkündür. Yasama faaliyetine tabi olan tazir cezalarının kanuni unsuru oluşmaktadır. Bir sonraki başlıkta ele alınacağı üzere İslam tarihinde yasama faaliyetleriyle de bunun örneklerini görmek mümkündür.

Nassların tamamının birer kanun metni mesabesinde olmadığına da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Nassların kesin sınırlar çizdiği, hükmünü net olarak belirttiği suç tipleri olmakla birlikte her konuda nihai hükmü belirtmediği de bir gerçektir. Ancak evrensellik ilkesiyle bakıldığında kıyamete kadar gelecek tüm toplumlar için devrin şartlarına göre değerlendirmek üzere had ve kısas suçları haricindeki suçlara dair hükümler hakkında bilinçli bir boşluğun tercih edilmesi İslam'ın evrensel oluşuna uygundur. Bu nedenle gerekli hâllerde hüküm çıkarmaya yönelik bir takım usul kuralları işletmek suretiyle nassların değinmediği konulara yahut yeni çıkan sorunlara nassların ruhuna uygun çözümler/hükümler fakihler tarafından getirilir.

Yasama faaliyetleri devlet eliyle yürütülebileceği gibi kanun metni olarak yayınlanıp işletilebilmektedir. Nitekim hukuk tarihimize baktığımızda bunun örneklerini görmek de mümkündür. Hatta kanunlaştırma faaliyetleri bazen devlet başkanına yetki değil görev olarak yüklenmiştir. Devlet başkanının, ilahi iradeye aykırı düşmeyecek şekilde, toplumu düzenleyici, koruyucu ihtiyaçlar çerçevesinde kanunlar düzenleme sorumluluğu vardır.¹⁸⁹ Bu konuda dikkat edilmesi gereken noktanın cezada alt ve üst sınırın belirlenmesinin ardından hâkime takdir yetkisi için gerekli alanın bırakılması olduğu belirtilir.¹⁹⁰

3.2.1.1. İslam Hukuk Tarihinde Cinsel Suçlarla İlgili Kanunlaştırma Faaliyetleri

İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı Devleti'nde çocuğa cinsel istismar suçunun kanuni unsurlarının düzenlendiğini görmekteyiz. Tespit edebildiğimiz kadarıyla

¹⁸⁸ Dönmezer, *TCK Genel Hükümler*, s. 43.

¹⁸⁹ Abdulkadir Udeh, *Ümmetin Bilgisizliği ve Âlimlerin Acizliği Arasında İslam*, Özgün Yayıncılık, İstanbul 1999, s.25.

¹⁹⁰ Akmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı, İstanbul 1990, C.I, s.128.

tazir cezalarının kanunlaştırılmasına yönelik ilk girişim Fatih Sultan Mehmet devrinde (15. yy.) olmuştur. Bu döneme kadar tazir olarak verilecek cezanın niteliğini kadılar, devlet başkanı (ulu'l-emr) adına yürütmüştür. Fatih'in hazırlattığı kanunlardan cezai hükümler içeren ikincisinin ilk bölümünün birinci faslında zina ve benzeri suçlar düzenlenmiştir.¹⁹¹ Zina suçu sabit olan kişinin evli ya da bekâr; kadın ya da erkek oluşuna göre cezalar fıkha uygun olarak takdir edilmiş ve sopa cezası öngörülen suçlar için her sopa başına bir akçe olmak üzere karşılık belirlenmiştir. Bir kadının bir başkasını fuhuş için pazarlaması suç olarak tanımlanmış ve kadının uygun gördüğü ölçüde tazir ile cezalandırması öngörülmüştür.¹⁹² Bir kimsenin bir eve zina yapma kastıyla girmesi halinde de evli ya da bekâr oluşuna göre takdir edilen zina cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. İlave bir cezalandırmaya gidilmemiştir.¹⁹³

Yavuz Sultan Selim döneminde (16. yy.) hazırlanan kanunname, Fatih dönemindeki kanuna küçük farklar dışında oldukça benzerlik gösteren bir yapıdadır. Bu kanunun ilk faslı zinaya dair tazir cezalarını konu eder.¹⁹⁴ Bu cezalar, ispat vasıtalarının sıkı şartlara bağlanmış olmasından dolayı had cezasının uygulanması için gerekli kriterlere erişmeyen zina suçu için gerekli görülmüştür. Yavuz Sultan Selim döneminde de Fatih dönemindeki standartlar sabit olmakla birlikte ceza miktarlarında bir takım değişikliklere gidilmiştir. Örneğin Fatih döneminde evli ve zengin olan (1000 ve üzerin akçeye gücü yeten) kimseden zina cezası olarak 300 akçe alınırken, Yavuz döneminde bu 400 akçeye çıkarılmıştır. Fatih döneminde yabancı bir kadını veya kızı öpmenin cezası olarak, her bir sopa cezasının karşılığı olarak bir akçe alınırken, yavuz döneminde iki sopa başına bir akçe alınması emredilmiştir.¹⁹⁵ Ayrıca Yavuz Sultan Selim döneminde modern hukukta cinsel taciz, ırza tasaddi ya da cinsel saldırı kapsamında ele alınabilecek kadının önünü keserek iç çamaşırını çekme, alma fiillerinin de cezalandırıldıklarını görüyoruz.¹⁹⁶

¹⁹¹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri: Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri* C.I, s. 129.

¹⁹² Akgündüz, “Kanun-ı Padişahi, Faslı Evvel, md.5” *Osmanlı Kanunnameleri*, C.I, s.348.

¹⁹³ Akgündüz, “Kanun-ı Padişahi, Faslı Evvel, md.5” *Osmanlı Kanunnameleri*, C.I, s.348.

¹⁹⁴ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, C.I, s.129

¹⁹⁵ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri: Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnameleri* C.III, s.88.

¹⁹⁶ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, C.III, s.90. “Muhkem Tazir Edüb Dahi Habs Edüb Dergâhi Mu'allaya Arz Edeler.”

Kanuni Sultan Süleyman döneminde (16. yy.) hazırlanan ikinci kanunnamenin ilk babının birinci faslı zina suçunu içerir.¹⁹⁷ Kanuni döneminde hazırlanan bu kanunnamede de yine zina cezası olarak tazminat takdir edilmesi söz konusudur. Evli zina-karın recm olunmazsa (zina haddinin çeşitli sebeplerle düşmesi hâlinde) 15 altın ile bekâr zinakarın 12 altın ile cezalandırılması kararlaştırılmıştır. Aralarında nikâh akdi bulunmayan, yalnızca nişanlı olan çiftlerin zinası, nikâh şüphesi gerekçesiyle, zina haddinin şartlarını oluşturmadığı düşüncesiyle ayrıca ele alınmış ve 5 altın ile cezalandırılması uygun görülmüştür.

Bir kişinin zina kastıyla bir eve girmesi zinada bulunduğu kişinin rızasının olup olmamasına göre hükme bağlanmıştır. Zina eyleminin teşebbüs ya da tasaddi boyutunda kalması halinde karşı tarafın rızası yoksa eve giren kişinin zina cezası ile cezalandırılmasına; eğer rızası varsa “yapıştığı yerden” (eylem hangi boyutta kaldıysa) beş altın alınmasına hükmolunmuştur. Birkaç kişinin koordineli şekilde bir kızı kaçırma-ları hâlinde “varanın her birinden” (tecavüzde bulunan her bir kimseden) sekizer altın alınması; bir insanın fuhuş için kadın pazarlamayı alışkanlık haline getirmesi halinde yüzüne kara sürülerek âleme rezil edilmeleri, eğer bu hâl alışkanlığa dönmemişse beş altın ceza ödemesi bu kanunnamelerde yer almaktadır.¹⁹⁸

III. Ahmed devri (18. yy) kanunnamesinde bir kadının, kadın pazarlaması halinde,¹⁹⁹ hâkimin sopa cinsinden verilecek cezayı paraya çevirmek suretiyle tazir uygulaması emredilmiştir.²⁰⁰ Bir erkeğin bir kızı kaçırarak ilişkiye girmesi durumunda²⁰¹ kızın rızası yoksa erkeğin penisinin kesilmesi, kıza ise rızasının olmamasından dolayı herhangi bir ceza uygulanmamasının gereği beyan edilmiştir.²⁰²

Osmanlı Devleti kayıtlarında ırza geçme, toplumda fesada sebep olan cinsel suç-ların işlenmesi halinde sürgün, görevden alma gibi yaptırımlarla karşı karşıya kaldık-

¹⁹⁷ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, C.I, s.129.

¹⁹⁸ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri: Kanuni Devri Kanunnameleri*, C.VI, Fey Vakfı, İstanbul 1992, s. 227.

¹⁹⁹ “Eğer bir avrat, bir kimesnenin avratına pezevenklik eylese kadi tazir ede; ne mikdar vech görürse ehl-i örf ağaç başına birer akçe cerime ala.” 1. Bab, 1. Fasil md.13

²⁰⁰ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri: III.. Ahmed, I. Mahmud ve II. Mahmud Devri Kanun-nameleri* Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2016, s.231.

²⁰¹ “Eğer avrat ya kız kapasalar, avratın ya kızın rızası olmasa erin zekerin keseler; avrata nesne deme-yeler ve cürm almayalar. Eğer rızaları ile olup işüp gitseler avratı erden ayıralar; ikisine dahi kadi tazir ede; hallerine göre kınarlar; yüz akçe cürm alına.” md.17/1.

²⁰² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri III*, s.231.

ları yer almaktadır. Örneğin fuhuş yapan kadınların, evlerinin zorla satıldığı ve kendilerinin şehir dışına sürgün edildikleri (hüküm 281); başkasının karısı ile zina eden bir acemi oğlanının sürgün edildiği (hüküm 961); karısı kötü yolda olan ve kendisi de fitneye sebep olan bir memurun teftiş edildikten sonra suçunun kesinleşmesiyle sürgün edildiği (hüküm 976), ırza tecavüz eden bir naibin görevden alındığı (hüküm 282) görülmektedir.²⁰³

Kanuni devri kanunnamelerinde pezevenklik suçunu tekraren işleyenlerin yüzüne kara sürerek teşhir edilmesinin ya da ceza olarak 5 akçe alınmasının emrolunduğu görülmektedir.²⁰⁴

3.2.1.2. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel İstismar Suçunun Kanuni Unsurları

0-15 yaş arasındaki çocuklara, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan 15-18 yaşındaki çocuklara ya da cebir-şiddet ve hile ile 15-18 yaşındaki çocuklara yönelik gerçekleştirilen temas içeren cinsel eylemler TCK md. 103 kapsamında suç teşkil etmektedir.

Çocuklara yönelik fiziksel temas içermeyen ancak ahlak kurallarına aykırılık teşkil eden cinsel nitelikli sözler TCK md. 105 kapsamında cinsel taciz suçu oluştururken, sarkıntılık gibi temas içeren ancak organ sokma niteliği barındırmayan fiiller TCK md. 103/1 kapsamında çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini; çocuğun cinsel ilişkiye zorlanması, fuhuş amacıyla pazarlanması, pornografik malzeme olarak kullanılması gibi fiiller ise TCK md. 103/2 kapsamında cinsel istismar suçunun nitelikli halini teşkil eder. Bununla birlikte çocukların pornografik malzeme olarak kullanılması halinde TCK md. 226'ya göre müstehcenlik suçu; fuhuşa sürüklenen çocuk bakımından da TCK md. 227'de yer alan fuhuş suçu da oluşmaktadır.

Cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan basit hâline öngörülen ceza 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezasıdır. Nitelikli halinde ise 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası uygulanır. Cinsel istismar suçunda rıza olup olmamasına bakılmaz. Çocuğun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde ise 10 yıldan az olmamak kaydıyla 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

²⁰³ y.y. 5 Nolu Mühimme Defteri 973/1565-1566, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 1994, s.34-35.

²⁰⁴ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, C.VI, s.227; Ahmet Kılınç, *Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.274.

Cinsel istismar suçu 15 yaşını tamamlamamış tüm çocuklar, 15-18 yaş arasında olup cinsel nitelikli fiilin anlamını, sonuçlarını idrak edemeyen çocuklar, yahut 15-18 yaş arasında olmakla birlikte cebir, tehdit ve hile ile bu fiile sevk edilen çocuklar için geçerlidir.

15-18 yaş grubundaki çocuklarla kurulan cinsel ilişki ise cinsel istismar değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur (TCK md.104). Bu yaş grubu için çocuğun rızasının olması hâlinde (ki rızanın varlığı cebir, tehdit, hilenin yokluğu ile tespit edilir) şikâyetle bağlı olarak bu suç 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Failin, mağdur ile arasında evlenme yasağı olan birisi tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde, yani ensest ilişkinin varlığında şikâyet aranmaksızın cezai işlem uygulanır. Bu durumda verilecek ceza 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasıdır²⁰⁵ Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin evlat edinme, koruyucu aile olma şeklinde olması hâlinde hüküm yine ensest ilişkide olduğu gibi şikâyet aranmaksızın, 10 ila 15 yıl arasında hapis cezasının uygulanması şeklinde olur.²⁰⁶ Rızanın olmaması halinde cinsel istismar suçunun hükümleri uygulanır.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, akrabalık, kamu görevi nedeniyle yakınlık ve benzeri etmenlerle suçlunun çocuğa erişiminin nispeten kolay olması hâllerinde verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bununla birlikte eğer işlenen suç kasten yaralama suçunun ağır sonuçlarını içeriyorsa o halde kasten yaralama suçunun hükümleri uygulanır. Mağdur çocuğun suç neticesinde ölmesi yahut bitkisel hayata girmesi hâlinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırılır.

3.2.1.3. Cinsel İstismar Suçunu Önlemeye Yönelik Uluslararası Sözleşmeler

3.2.1.3.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

26 Eylül 1924 tarihinde Cenevre’de Milletlerarası çocuklara yardım birliği tarafından yayınlanmıştır. Çocuk haklarının dile getirilerek uluslararası platformda adımlar atıldığı ilk sözleşme olma özelliğini taşımaktadır. Vurgunun çocuğun beslenme, sağlık, eğitim gibi temel yaşamsal ihtiyaçlarına yapıldığı sözleşmede “her türlü istismardan” korunması ibaresi daha sonra yapılacak ulusal ve uluslararası düzenlemelere kaynaklık teşkil etmektedir.

²⁰⁵ Yeniden düzenleme: 6545- 18.6.2014/ m.60.

²⁰⁶ Ek: 6545- 18.6.2014/ m.60.

3.2.1.3.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen sözleşme uyarınca yine 18 yaş altı her birey, çocuk olarak tanımlanmıştır. Düzenlenen yasalarda öncelik, çocukların yararına verilmiştir. Bir terim olarak çocukların cinsel istismarı ifadesine yer verilmemesinin dikkat çektiği sözleşme, çocukların fuhuş, pornografi dâhil cinsel sömürü ve suiistimalden korunmasını temin etmektedir.

Türkiye bu sözleşmeye 1990 yılında taraf olmuş ve sözleşme 1995 yılında yapılan düzenleme ile kanunlaştırılmıştır.²⁰⁷

3.2.1.3.3. Lanzarote Sözleşmesi

Çocukları her türlü cinsel suçtan koruma mottosuyla, tüm Avrupa Konseyi üye devletleri tarafından 2007 yılında imzalanan Lanzarote sözleşmesi²⁰⁸, 2011 yılında yürürlüğe girmiştir.²⁰⁹

Tam adı “Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” olan sözleşmenin amacı, çocuklara yönelik her türlü istismarı önlemek ve bunlarla mücadele etmek; mağdur çocukların haklarını korumak; istismara karşı ulusal ve uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmaktır.

Sözleşme kapsamında 18 yaş altındaki her birey çocuk olarak değerlendirilerek çocuklara yönelik girişilen her türlü cinsel faaliyete karşı koruma altına alınmıştır.

Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve çocukların alınıp satılması, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin İhtiyari Protokolden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri etkilemeyecektir. Söz konusu sözleşme, İhtiyari Protokolün sağladığı korumayı artırmayı ve ilgili belgelerde yer alan standartları geliştirip tamamlamayı amaçlamaktadır.²¹⁰

Türkiye, ilgili sözleşmeyi 2011 yılında 16. ülke olarak imzalamış ve sözleşme, iç hukukumuzda 2012 yılında yürürlüğe girmiştir.²¹¹

²⁰⁷ İlgili karar 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Tarih: 27.01.1995, Karar no: 94/6423.

²⁰⁸ Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18> Erişim: 05.01.2023.

²⁰⁹ 28050 sayılı Resmi Gazete, Tarih: 10.09.2011, Karar no: 2011/2060.

²¹⁰ Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı*, ss.73-75.

²¹¹ Council of Europe (COE), https://www.coe.int/t/dg3/children/news/turkey-ratification_en.asp (Erişim: 28.11.2022).

3.2.1.4. Günümüz Müslüman Ülkelerinde Cinsel İstismar Suçuyla İlgili Hukuki Düzenlemeler

Modern dönem İslam ülkelerinde cinsel istismar konusunda farkındalık artmaya, buna paralel olarak cinsel istismar, kanunen bir suç türü olarak tanınmaya başlamıştır. Tunus cinsel tacizi suç sayan yasayı ilk çıkaran ülkelerden birisidir. Tunus'u Cezayir izlemektedir. Lübnan ve Fas'ta ise bu konuda kanunlaştırma faaliyetleri yürütülmektedir.²¹²

Ürdün'de cinsel taciz, cinsel istismar suçlarının kamu gündemine yeni yeni taşınmaya başladığı gözlenmektedir. Kanunda bununla alakalı bir düzenleme henüz bulunmamakla birlikte, kanuni düzenlemenin açık ve net şekilde yapılması çağrıları dikkat çekmektedir.²¹³

Mısır'da, cinsel eylem 18 yaş altında bir kişiye karşı gerçekleştirildiğinde eylemin tarafı olan kişinin durumuna göre hüküm değişmektedir. Bu kişi bülüğa ermiş ve fiile rıza göstermişse eylem suç kapsamına alınmamaktadır. Ancak 18 yaş altı bireyin eyleme rızası yoksa ya da bülüğa ermediği takdirde rızası olsa da bu rıza geçerli sayılmayarak, faile ceza verilmektedir.²¹⁴ 16 yaş altındaki çocuklara karşı nitelikli cinsel istismar suçlarının 3-7 yıl arası ağır ceza yaptırımı vardır.²¹⁵ Mısır ceza kanununda cinsel taciz boyutunda kalan, avret yerlerine elleme, sürtünme ve benzeri fiiller aleni olarak işlendiği takdirde faili cezaya muhatap eder. Bir erkeğin başkaları yanında avret yerini göstermesi bu yüz kızartıcı suçlara örnektir. Böyle bir davranış için had uygulanmasa da ahlakı bozması ve hayâ duygusunu zedelemesinden ötürü tazir cezası verilir.²¹⁶

²¹²<http://www.alhayat.com/article/718881/%d8%af%d9%88%d9%84-%d8%b9%d8%b1%d8%a8%d9%8a%d8%a9-%d8%ac%d8%b1%d9%85%d8%aa-%d8%a7%d9%84%d8%aa%d8%ad%d8%b1%d8%b4-%d9%88%d8%a3%d8%ae%d8%b1%d9%89-%d8%b9%d9%84%d9%89-%d8%a7%d9%84%d8%b7%d8%b1%d9%8a%d9%82>(Erişim: 19.04.2020) 19.11.2020 tarihinde çıkan koruma tedbiri kararı nedeniyle şu an erişim imkânı bulunmamaktadır.

²¹³ Ürdün'de cinsel tacizle ve yasadaki yeriyle alakalı hazırlanmış bir rapor örneği için bkz. <http://www.ammonnews.net/index.php?page=article&id=300159> (Erişim: 08.09.2018); <http://sigi-jordan.org/ar/?p=3740> Erişim: 10.09.2018.

²¹⁴ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.IV, s.17; Yunus, *Ceraimü's-Şüzûzi'l-Cinsi*, s.30.

²¹⁵ Mısır Ceza Kanunu, md.267.

²¹⁶ Âmir, *et-Ta'zir*, s.191.

Ensest ilişki konusunda da rızayı dikkate alan Mısır Ceza Kanunu'nda 267. madde haricinde mahrem ile ilişkiyi yasaklayan açık bir kanun yoktur.²¹⁷ Sudan anayasasının 1973 maddesi 318A uyarınca nitelikli cinsel istismar suçu faillerine had cezası uygulandığı görülmektedir.²¹⁸

Cinsel istismar kapsamına giren fiillere kitap ve sünnette açıkça yer verilmemiş bu anlamda had öngörülmemiş olmasına rağmen, günümüz uygulamalarında suçluların taziren cezalandırıldıklarını görüyoruz. Nitekim bu kapsamdaki fiiller, sonuçları itibariyle kasten yaralama, öldürme, zina, hürriyetten men etme gibi pek çok suçla ilişkilidir. Yürütülen kanunlaştırma faaliyetleri ile cinsel istismar suçunu oluşturacak bu davranışların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan suçun kanuni unsurunun oluştuğunu söylemek mümkündür.

3.2.2. Cinsel İstismar Suçunun Maddi Unsuru

Suçun oluşmasının öncelikli şartı insan kaynaklı bir hareketin mevcudiyetidir (nullum crimen sine actione). Bu da insanın tasarladığı fiilin dış dünyada görünür hâle gelmesi, harici bir davranış olarak ortaya çıkmasıdır. İnsanların fiilen yapmadıkları yahut dilleriyle konuşmadıkları sürece akıllarından geçenlerden sorumlu tutulmadıklarını²¹⁹ bildiren hadis-i şerife göre, niyet edilmiş olsa dahi bir fiil hayata geçirilmemişse suç olarak tanımlanamaz. Bu bakımdan bir davranış zihinde tasarlanmış veya suça teşebbüs edilmiş dahi olsa icra gerçekleşmeden suç meydana gelmez.

Fiile yönelik tasarlama/hazırlık hareketleri, teşebbüs aşaması, sonuç ve illiyet bağı maddi unsur oluşturan öğelerdir. Korunan hukuki yarar ile failin bağlantısı illiyet (nedensellik) bağı olarak tanımlanır. İlliyet bağının olmaması halinde fail sorumlu tutulamaz.²²⁰ Suçu oluşturan hareket, yapılması yasaklanan şeyi yapmak şeklinde icrai yahut yapılması gereken bir şeyi yapmamak şeklinde ihmali bir fiil olabilir. İnsanın bizzat yaptıklarının yanında bir hayvanı kışkırtmak ya da hayvanın ihmal etmesi ile

²¹⁷ Abdüssamed Muhammed Yusuf, *Cerîmetü'z-Zinâ ve Ukûbetuhâ Fi Fıkhi't-Teşrîi'l-Cinâiyyi'l-İslami ve Kânûni'l-Ukûbât: Dirase Mukarene, Mektebetü'l-Vefai'l-Kanuniyye*, İskenderiye 2017.

²¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Rudolf Peters, "Ceza hukukunun İslamileştirilmesi: Karşılaştırmalı bir tahlil", (çev) Abdullah Kahraman, *Marife*, 1/1 2001, ss.207-224.

²¹⁹ Buhari, Eymân ve'n-Nuzûr, 15; İbn Mâce, Talak, 16.

²²⁰ Mustafa Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, İstanbul y.y, s.57-58.

gerçekleşen fiiller de yine insana bağlanır.²²¹ Kişinin bizzat aktif fail olarak istismarda bulunması da icrai bir harekettir.

5237 Sayılı Yeni TCK'de tanımlanmış bir suç olan cinsel istismar suçunun maddi unsuru 0-15 yaş grubundaki yahut 15 yaşını tamamlamış olsa da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleşecek herhangi bir cinsel davranıştır.²²² Bu anlamda çocuğu cinsel arzuyla öpmek, okşamak; cinsel organlarına şehvetle bakmak ya da kendi cinsel organını çocuğa göstermek, elletmek; çocuğa pornografik yayın izletmek, çocuğun çıplak görüntülerini kaydederek pornografik yayın üretmek gibi davranışlar cinsel istismar suçunun maddi unsurlarıdır.²²³

Failin cinsel davranışa yönelik hareketleri kendi iradesi dışında bir nedenle tamamlanamadan sonlanmışsa suça teşebbüsten söz edilir. Ancak bu suçun icrasına yönelik fiiller, başka bir suçun unsurlarını taşıyorsa o halde suç olarak tanımlanır.²²⁴ Nitekim zina konusunda ilgili nass “Zinaya yaklaşmayın. Çünkü o son derece çirkin bir iştir ve kötü bir yoldur”²²⁵ şeklindedir. Bu bizzat zina suçunun değil, zina fiiline hazırlayan icra fiillerinin de, teşebbüsün de yasaklığına işaret eder. Şunu da belirtmek gerekir ki icra fiilleri, amaçlanan nihai suç gibi işlem görmez. Oluşturduğu yeni suç muhabetinde ceza gerektirir. Çünkü fiilen girilmiş dahi olsa henüz suç işlenmemiştir. Bu nedenle örneğin zina etmedikçe, erkeğin kadını alıkoyduğu gerekçesiyle zina haddi uygulanmaz.²²⁶

Suçun, literatürdeki zina tanımına birebir uygunluk göstermemesinden dolayı ancak zinaya teşebbüs söz konusu olmaktadır. Çünkü unsur eksikliği nedeniyle had gerektiren zina suçu oluşmamıştır. Burada suça teşebbüsün ayrı bir suçun unsurlarını barındırması söz konusudur. Bir kısım İslam âlimi çocukların cinsel istismarını zina olarak değerlendirerek had ile kesin sınırını çizmişse de²²⁷ bir kısmı zina suçunun

²²¹ Artuk, vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.237; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1992, s.21.

²²² TCK md.103/1-A

²²³ Pornografik yayın üretmek aynı zamanda TCK md. 226 kapsamında müstehcenlik suçu da teşkil etmektedir.

²²⁴ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.I, s.347.

²²⁵ İsra 17/32.

²²⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XII, s.61.

²²⁷ Behnesi, *Tatbikü'l-Hudud*, s.162; Teysir Ahmîd Abl er-Rikâbi, *el-Hududü 'ş-Şer'iyye: Dirase Mukarrene Beyne 't-Teşrii 'l-Cinaiyyi 'l-İslami ve 'l-Kanuni 'l-Vaz'i*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2016, s.62.

maddi unsurlarını tam olarak barındırmaması nedeniyle çocuğun uğradığı saldırı sonrasında aldığı darbeye bağlı olarak bu saldırıyı tazir cezası gerektirecek suçlar kapsamında ele almışlardır.²²⁸

Fail, giriştiği suç eylemini tamamlayamadan bir başkasının müdahalesi ile sonlandırdıysa suça teşebbüsün gerektirdiği şekilde cezalandırılır. Fakat failin, suçu işlemekten kendi isteği ile geri durması halinde suça teşebbüs hükümleri uygulanmaz.²²⁹ Söz gelimi küçük bir kızı kandırarak kaçırarak yetişkin bir erkek, had gerektirecek başka bir eylemde bulunmadıysa da kaçırma eyleminden ötürü ona tazir uygulanır.²³⁰ Nitekim zina itirafı için kendisine başvuran Maiz'e Hz. Peygamber'in suçun sınırını iyi çizmek için sorduğu "belki sadece öptün, dokundun, baktın?"²³¹ soruları bunların da zina ile karıştırılmakla beraber fiilin maddi unsurunun oluşmamasından dolayı zina haddi gerektirmeyeceği eylemlerdir.

3.2.2.1. Basit Cinsel İstismarda Maddi Unsur

Bir yetişkin için mahremiyet ihlali sayılan, zina suçuna temel teşkil eden her durum, özne çocuk olduğunda cinsel istismarla ilişkilidir. Avret mahalli olarak kadın, erkek ve çocukta ayrı ayrı sınırlar çizilmiştir. Çocukların avret mahalli ise cinsel organdır.²³² Avret mahalline mahrem olan kişilerin dışındakilerin yahut kanuna uygunluk sebebi olmaksızın kimsenin dokunması caiz değildir.²³³

Çocuğa oral ya da anal yoldan olması fark etmeksizin, girişilen cinsel davranış ile cinsel istismar suçunun maddi unsuru oluşur. Bu sebeple yetişkin bir insanın organ sokma içermeyen, sarkıntılık düzeyinde kalan ancak şehvi amaçlarla gerçekleştirdiği temaslari, cinsel istismar suçunun basit hâlinin maddi unsurudur.²³⁴

Zina suçunun maddi unsuru olan cinsel ilişkinin mevcudiyetinden söz edebilmek için erkek cinsel organının en az haşefe miktarı kadarının kadın cinsel organına (mahal) girmesi beklenir. Cinsel istismarı zina haddi kapsamında değerlendiren görüşe

²²⁸ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.167; Merginani, *Bidayetü'l-mübtedi*, s.342; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s.266; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhîyye*, s.584; Serahsî, *Mebsut*, C.IX, Çağrı Yay, s.77.
²²⁹ Öztürk ve Erdem, *Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, s.363.

²³⁰ Âmir, *et-Ta'zir*, s. 191.

²³¹ Ebu Davud, *Hudud*, 23.

²³² Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.III, s.130.

²³³ Merginani, *el-Hidâye*, C.IV, s.84.

²³⁴ TCK md. 103/1.

göre haşefenin bir kısmının girmesi ile zina suçu oluşturan cinsel ilişki gerçekleşmemiştir.²³⁵ Hatta bu nedenle aralarında meşru bir ilişki olmayan bir kadın ve erkeğin bir yorgan altında uyumaları duhulün gerçekleşmesinin somut bir kanıtı olmadığından, zina haddini düşürücü bir fonksiyon üstlenir.²³⁶ Çünkü eylem bu hâliyle ilave bir delil olmaksızın zina suçunun maddi unsurunu barındırmaz. Bu görüş Hanefî mezhebi âlimleri tarafından benimsenmiştir.²³⁷ Bu bakımdan kız çocuğunun vajina ya da anüsüne penisin haşefeden az bir miktarının girmesi basit cinsel istismar suçunun maddi unsuru oluşmaktadır.

Buraya kadar sözünü ettiğimiz fiiller cinsel istismar suçunun icrai şekilde gerçekleşen, doğrudan sonucu hedef alan maddi unsurlarıydı. Daha önce belirttiğimiz gibi cinsel istismarın, ihmal ile gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin çocuğun yabancılar yanında çıplak dolaştırılması, sanal âlem gibi kötü niyetli kişilerin erişiminin mümkün olduğu yerlerde çıplak fotoğraflarının paylaşılması gibi eylemler iyi niyetle dahi yapılmış olsa istismara kapı aralayıcı davranışlardır. Gerek pedofiliklerin gerek pornografi sektörünün bu fotoğrafları toplaması, işlemesi çağımızda oldukça kolaydır. Bu tür davranışlarla kişinin velayeti altındaki ya da bakım sorumluluğunu üstlendiği çocuğun mahremiyetini yeterince gözetmemesi neticesinde ihmali olarak suçun maddi unsurunun oluşmasına sebebiyet vermektedir.

Görüldüğü gibi cinsel istismar suçunun maddi unsuru konusunda tek bir tanım yapmak güçtür. Bununla birlikte ihmali olarak suça sebebiyet verebilecek şekilde çocuğun cinsel organlarının yabancı gözlerden saklanmaması; icrai olarak ise şehvetle okşama, öpme, ırzına geçmeye teşebbüs etme gibi davranışların İslam Hukuku'na göre suçun basit halinin maddi unsurunu oluşturduğunu söylemek mümkündür.

²³⁵ Behnesi, *Tatbikü'l-Hudud*, s.162; Teysir Ahmîd Abl Er-Rikâbi, *el-Hududü's-Şer'iyye: Dirase Mukarene Beyne't-Teşrii'l-Cinaïyyi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2016, s.62.

²³⁶ Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s.618.

²³⁷ İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, C.VI, s.5; Behnesi, *Tatbikü'l-hudud*, s.162.

3.2.2.2. Nitelikli Cinsel İstismarda Maddi Unsur

TCK'ye göre cinsel istismar suçunun cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halinde maddi unsuru vücuda cinsel organ, parmak ya da yabancı bir cisim sokulmasıdır.²³⁸ Çocuğun cinsel ilişkiye zorlanması, penisin yahut yabancı bir cismin çocuğa vajinal, oral ya da anal yolla sokulması, fuhuş amacıyla pazarlanması, pornografik malzeme olarak kullanılması gibi fiiller cinsel istismar suçunun nitelikli hallerine örneklerdir.²³⁹

Cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması iğtisap suçunu cinsel taciz suçundan ayıran en belirleyici etkidir. Gösterme, elletme, sürtünme gibi fiiller zinaya teşebbüs anlamı taşısa da birleşmenin tam olarak gerçekleşmediği fiillerdir. Cinsel istismarın en ağır türü olan iğtisap eyleminin tam bir cinsel birleşme gerçekleşmeksizin suçun nitelikli hâlini oluşturduğu söylenemez.

Nitelikli cinsel istismarda maddi unsur, cinsel ilişkinin oluşmasında esas alınan kriterlere göre farklı şekillerde tespit edilmiştir. Penisin cinsel organa girdiği kısmının haşefeye oranı; kadın ya da çocuk cinsel organına girmesi; girdiği cinsel organın vajina ya da anüs olması; cinsel tatminin giderilmesi kriterleri etrafında maddi unsur konusunda farklı görüşler oluşmuştur.

Zina suçunda ilişki mahallini yetişkin kadının cinsel organı olarak benimseyen görüşe göre çocukla cinsel ilişki, zinanın maddi unsurunu oluşturmaz. Çünkü penisin “kadın cinsel organına” girmesi kaydı cinsel organın tam olarak gelişmediği sabillerle vajinal yahut oral, anal birleşmeleri tanım dışında bırakır.²⁴⁰ Yani bu görüşe göre çocukla cinsel ilişki “mahalde şüphe” oluşması bakımından zina suçunun maddi unsurunu barındırmaz. Bu nedenle çocuğa tecavüz, görüş sahiplerine göre zina suçundan ayrı değerlendirilmiştir. Buna mukabil sağire, fiziksel olarak sabiden daha gelişmiş

²³⁸ TCK md. 103/2.

²³⁹ TCK md. 103/2. Kanun metninde “vücuda organ girişi” şeklinde yer almış, vücudun neresinden hangi organın girmesinin ilgili suçu oluşturacağı gerekçelerle izah edilmiştir. Bu bakımdan vajinaya parmak, kalem, sopa vb sokma eylemleri nitelikli cinsel istismar suçu olacağı gibi kadının memesini kız ya da erkek çocuğun ağzına sokması da aynı şekilde suçun nitelikli hâlini oluşturur. Bkz. Savaşçı, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.58.

²⁴⁰ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.96; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.503; Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s.76; Emir Abdülaziz, *el-Fıkhü'l Cinai*, s.31; el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s.265. Ensârî, *Esna'l-metalib*, C.VIII, s. 409; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s.326.

olduğundan eylem nedeniyle ölmüyor olması nedeniyle cinsel organın kadın cinsel organı olması şeklinde mahaldeki şüpheyi ortadan kaldıracağından sağireye tecavüz zina suçu çerçevesinde değerlendirmeye alınmıştır.²⁴¹

Zina suçunda cezayı gerektiren en belirgin eylem erkek cinsel organının haşefe miktarının kadın yahut küçük kız çocuğunun cinsel organına, ferce girmesi ile gerçekleşen yasak cinsel ilişkidir.²⁴² Çocuğun nitelikli cinsel istismarını zina kapsamında değerlendiren görüşe göre penisin haşefe kadar ya da daha fazla bir miktarının çocuğun cinsel organına girmesi ile nitelikli cinsel istismar suçunun maddi unsuru oluşmaktadır.

Erkeğin cinsel istismar suçunda fail olarak tanımlanması için şehvet duymuş olması şartı aranmaz. Sertleşme yahut boşalma da daha önce değinildiği gibi suçun maddi unsurlarından değildir.²⁴³ Nitekim ceza gerektiren bu eylemi erkek yapabileceği gibi kadın da erkeğin cinsel organını kendi cinsel organına sokmak suretiyle de gerçekleştirebilir.²⁴⁴ Arada ilişkiden zevk almayı engelleyici bir engel bulunsa veya sertleşme olmasa dahi penisin haşefe miktarı, ferce girmişse bu had gerektiren bir cinsel ilişkidir.²⁴⁵

Bir diğer görüşe göre erkek cinsel organının yalnız “ferce” girmesi zina suçunun maddi unsurunu oluşturur. Penis, ferce değil, uylukların arasına ya da ağza girmişse maddi unsur oluşmaz.²⁴⁶ Irza tasaddi, sürtünme gibi eylemler bu düşünce sahiplerine göre maddi unsur teşkil etmez. Görüş sahiplerine göre ferç, vajina olabileceği gibi anüs de olabilir. Benzer şekilde yetişkin kadın vajinası gibi çocuk vajinası da ferç kapsamındadır. Bu bakımdan cinsel ilişkinin çocuk ya da yetişkinle gerçekleştirilmesi maddi unsurun oluşması noktasında engel oluşturmaz. Penisin çocuğun vajina ya da anüsüne

²⁴¹ Avârî, *Cerimetü Hatfi'l-Etfal*, C.I, el-Merkezü'l-Kavmi li-İsderati'l-Kanuniyye, Kahire 2010, s. 600; Muhammed Ganim el-Bağdadi, *Mecmaü'd-Damânât Fi Mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebi Hanife En-Nu'man*, thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cum'a Muhammed, C.I, Darü's-Selam, Kahire 1999, s.202; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994, s. 148.

²⁴² Behnesi, *Tatbikü'l-Hudud*, s.162; Teysir Ahmîd Abl Er-Rikâbi, *el-Hududü's-Şer'iyye: Dirase Mukarene Beyne't-Teşrii'l-Cina'iyyi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2016, s.62.

²⁴³ Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s.595; Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki* C.IV, s.313; Muhammed Abdülbaki b. Yusuf b. Ahmed b. Muhammed ez-Zürkani el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani ala Muhtasar Seyyid-i Halil*, C.VIII, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002, s.78.

²⁴⁴ Behnesi, *Tatbikü'l-hudud*, s.162.

²⁴⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, C.III, s.217; Behnesi, *Tatbikü'l-hudud*, s.162.

²⁴⁶ Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.312.

girmesi, faile zina haddinin uygulanması için yeterli bir sebeptir. Çünkü zina şehvetin giderildiği bir eylemdir.²⁴⁷ Şâfiîler bu görüştedir.²⁴⁸

Zina suçunun maddi unsurunu cinsel tatminin sağlanması olarak gören görüşe göre erkeğin kadın cinsel organına girmesi ile (iç duvarlarına değmese bile) cinsel organını kadın cinsel organına sokması ile suç işlenmiş olur.²⁴⁹ Sertleşme yahut boşalmanın olup olmaması fark etmeksizin haşefenin ya da yokluğunda penisin haşefe kadarlık bir kısmının vajinaya tam olarak girmesi ile suçun maddi unsuru tamamlanır.²⁵⁰ Mâlikîler bu görüştedir.²⁵¹ Fakat çocuğun nesne olarak kullanıldığı cinsel ilişkide tatminin tam olarak sağlanmaması nedeniyle çocuğun istismarını had gerektiren zina kapsamında ele almamışlardır.²⁵²

Kanaatimizce çocuğun vajina ya da anüsüne penisin girmesi ile gerçekleşen cinsel eylem, cinsel tatmin sağlayıp sağlamamasına bakılmaksızın iğtisap bağlamında cinsel istismarın maddi unsurunu oluşturur. Cinsel organın, penisin girmesiyle parçalanmış olması eylemi zina kapsamında değerlendiren görüşe göre suçu had kapsamından çıkararak; tazir gerektiği görüşünde olanlar göre suçu nitelikli hale getiren; hırâbe kapsamında değerlendiren görüşe göre suçu ağırlaştıran bir eylem olur.

3.2.2.3. Cinsel İstismar Suçunun Manevi Unsuru

Bir kişinin, suç teşkil eden fiilinden sorumlu olması o fiili iradi olarak tercih etmesine²⁵³ ve fiilin sonucuna kastetmiş olmasına²⁵⁴ bağlıdır. Kural olarak bir fiilin bilmeden/hataen yapılması hâlinde ve kasıtsız olarak gerçekleştirilmesi halinde birey eylemin sonuçlarından sorumlu tutulamaz.²⁵⁵ Kişinin suç oluşturacak hareketi bilerek isteyerek gerçekleştirmesi anlamında iradi hareketi, suçu işlemeye yönelik niyeti ise suçun manevi unsurundandır.

²⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.152; bkz. Ahmed Fethi Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, C.III, Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1991, s.196.

²⁴⁸ Dimyati, *Haşiyetu İâneti't-Tâlibin*, s.143.

²⁴⁹ el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.74; Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, s.595.

²⁵⁰ Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s.313; el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.78.

²⁵¹ Abdüsselam b. Saîd Tenuhi Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, thk. Âmir el-Cezzar, Abdullah el-Menşavi, Daru'l-Hadis, Kahire 2005, C.VI, s.211.

²⁵² el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.78.

²⁵³ Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, s. 22; Artuk, vd., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, s.239.

²⁵⁴ Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, s. 25.

²⁵⁵ Ahzab 33/5.

Bu kısımda fiilin bile isteye gerçekleşmesi bakımından iradi fiili; suçu işlemeye yönelik niyet bakımından da kastı ele alacağız.

3.2.2.4. İradi Fiil

İrade, failin hukuken suç olan fiili istemesini ifade eder.²⁵⁶ Had gerektiren bir suçta, haddin uygulanma şartı hür bir kişinin fiilin haram olduğunu bilmesinin yanında fiili kendi iradesi ile gerçekleştirmesidir.²⁵⁷ Bu itibarla kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren cezai ehliyet sahibi her birey kendi iradesiyle yaptığı fiillerinden hukuken sorumludur.

Kişinin, bir davranışın suç olduğunu, haram kılındığını bilerek eylemi gerçekleştirmesi, kişinin iradi fiili olarak adlandırılır.²⁵⁸ Başka bir deyişle kişinin bir suçtan hüküm giymesi için yasak fiili işlediği sırada, fiilin haram kılındığını biliyor olması gerekmektedir. Nitekim suçun oluşması için zinanın tanımı yapılırken de olayın fiilin suç olduğunu bilen kişilerce Daru'l-İslam'da işlenmiş olması kaydını düşen âlimler vardır.²⁵⁹ Bu konuda olası bir şüphe oluşması hâlinde kişiden had düşer.²⁶⁰

Hanefî,²⁶¹ Şâfiî,²⁶² Hanbelî,²⁶³ Zâhirî²⁶⁴ ve Şîa²⁶⁵ mezheplerine göre zina eden kişi İslam'ın hâkim olmadığı bir bölgede yetişmişse zina eyleminin haram olduğunu ve hükmünü bilmiyorsa ona had uygulanmaz.²⁶⁶

Zina yapmış olan bireyin eylemin suç teşkil ettiğini bilmediğine kanaat edildiğinde yahut iddiasına itibar edilerek eylemin suç niteliği hakkında kişi bilgilendirilir.

²⁵⁶ Dalgın, "Kasıt", s. 219.

²⁵⁷ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 327.

²⁵⁸ Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Et'fal*, C.II, s.600.

²⁵⁹ Şirazi, *Mühezzebe*, C.II, s.266.

²⁶⁰ Kâsânî, *Bedaiu's-Senai*, Daru'l Kütübi'l Arabi, Beyrut 1974, s.34; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.581.

²⁶¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, C.IV, Darul Fikr, Beyrut 1992, s.6. İbn Âbidîn kişinin Daru'l-İslam'da yaşıyor olmasının suç olduğunu bildiği anlamına gelmeyebileceğini söylemektedir.

²⁶² Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s.616.

²⁶³ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.152.

²⁶⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XII, s.60.

²⁶⁵ Muhammed Hasan b. Muhammed Bakır Necefî, *Cevâhirü'l-Kelam fî Şerhi Şera'i'l-İslâm*, (thk) Mahmûd el-Küçânî, C.XLI, Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut t.y, s.261. Zâni ve zâniyeye ceza uygulanması için fiili işledikleri sırada zinanın haram olduğunu bilmelerinin gerekli olduğu konusunda ihtilaf yoktur.

²⁶⁶ Cezîrî, *el-Fıkıh Ale'l-Mezahibi'l-Erbâa*, C.V, s.101; Mehdî-Lidînilâh Ahmed b. Yahyâ b. Murtazâ İbnü'l-Murtazâ, *Kitabü'l-Bahrü'z-Zehhar el-Câmi' Li-Mezahibi Ulemai'l-Emsar*, (Tsh). Abdullah b. Abdülkerim el-Cerafi, C.V, Dârü'l-Hikmeti'l-Yemaniyye San'a, 1988, s.145.

Ancak eylemin suç teşkil ettiğini öğrenmesine rağmen kişi suçu tekrarlarsa iradi olarak suç işlediğine hükmedilerek had ile cezalandırılır.²⁶⁷

Fiilin suç oluşturduğunu bilmekle birlikte suça ilişkin cezadan haberdar olmaması o kişiden cezalandırmaya ilişkin sorumluluğu kaldırmaz. Örneğin dinen mükellef olan, zinanın haramlığını bilen, kendi rızasıyla bu eylemi yapan kişiye fiilin had gerektirdiğini kişi bilmiyor olsa da zina haddi uygulanır.²⁶⁸ Şunu da ifade etmek gerekir ki insanların çoğunlukla biliyor olduğu temel şeylerde cehalet geçerli bir sebep değildir. Örneğin hırsızlığın, insan öldürmenin, zinanın suç olduğunu bilmemek özel durumlar dışında ceza düşürücü bir etken olamaz.²⁶⁹ Çünkü zina, çoğu dinde ve toplumda yasak bir eylemdir. Buradan hareketle Daru'l-İslam'a gelip Müslüman olan sonra da zina eden bir insanın, zinanın haramlığını bilmediği iddiasına rağmen zina haddi ile cezalandırılması gerektiği şeklinde görüşler aktarılmıştır.²⁷⁰ Bununla birlikte kişi zina eyleminin suç olduğunu biliyor olsa da cehalet, örneğin kardeş çocuğunun dinen nikâhlanması yasak olan kimselerden olduğunu bilmeme şeklinde kendini gösterebilir ya da kardeş olduğunu bilmeksizin zina eden kimseler için söz konusu olabilmektedir.

Cinsel istismar suçu bağlamında manevi unsuru meydana getirecek cehalet, yani "bilmeme" yaş küçüklüğünü bilmeme halinde mümkün olabilirken eylemin suç olduğunu bilmeme cezayı düşürücü bir mazeret olmaktan uzaktır. Çocukla kurulacak cinsel bir bağın, makul bir zemine oturması, meşru bir çıkar yol bulması mümkün değildir. Zira ne çocuk şehvet uyandıracak bir yapıdadır ne de toplumsal normlar çocuğu cinsel obje olarak görmeye müsaittir. Akıllı ve selim fitratlı bir yetişkin, cinsel olarak bir çocuğa meyletmeyeceğine göre bir yetişkinin nitelikli cinsel istismarda bulunmaya kalkışması hâlinde eylemin fahiş bir kötülük olduğunu bilmiyor olması mümkün görünmemektedir.

²⁶⁷ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, 1992, C.IV, s.6.

²⁶⁸ Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s.316; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.316; Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s.616. İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s.581; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efham*, C.XIV, s.328; Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.97.

²⁶⁹ Ebü'l-Fazl Celaleddin Abdurrahman b. Ebî Bekr Suyuti, *el-Eşbah ve'n-Nezair Fi Kavaidi ve Furu'i Fıkhi's-Şafi'iyye*, Müessesetü'l Kütübü'l-Sekafiyye, Beyrut 1994, s.206.

²⁷⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, C.IV, 1992, s.6.

Hür, akıl-baliğ bir kimsenin bir başkasının baskısı altında kalmaksızın şer'an yasaklanmış olan bir fiili işlemeye yönelik iradesi suçun manevi unsurunun parçasıdır.²⁷¹ Buna binaen âlimler yetişkin kadın ile zina eden küçüğe had gerekmeyeceği yönünde hüküm vermişlerdir.²⁷² Çünkü onlar bu ilişkide manevi unsurun eksik kalmasından dolayı zina suçu oluşmadığını düşünmektedirler. Bununla birlikte akıl-baliğ bir erkeğin, küçük kız çocuğu ile zina etmesi hâlinde mükellef olması itibariyle fiillerinden sorumlu olan erkeğe had uygulanacağına hükmetmişlerdir.²⁷³

3.2.2.5. Suç İşleme Kastı

Kasıt kişiyi suçu işlemeye yönelten güdü, yani niyettir.²⁷⁴ Kriminal meselelerde kasıt, iradenin bir fiile yönlendirilmesi veya terkinin cezalandırılacağı bir şeyin yapılmamasıdır.²⁷⁵ İslam Hukuku'nda da modern hukukta da kasıt aynı anlamı ifade eder.²⁷⁶ Yasaklanan eylemi işlemeye dair kastın yokluğunda kişi yaptığından sorumlu değildir. Eylem yalnızca suç kastı ile yapıldı ise fail cezaya muhatap olacaktır.²⁷⁷ Kastın tek istisnası sarhoşun zinasıdır. Sarhoşluk, eylemin iradi olarak yapılmadığını gösteren bir hal olsa da sarhoş kişinin zina etmesi hâlinde ona zina haddi vurulur.²⁷⁸

Suç işleme kastı “cinai kasıt” olarak da ifade edilmektedir. Cinai kastın ilim ve irade olmak üzere iki kurucu unsuru vardır. İlim, eylemin suç olduğunu bilme durumunu ifade ederken irade baskı ve zorlama altında kalmaksızın eylemin tercih edilmesidir.²⁷⁹

Cezai ehliyeti tam olan bir şahsın fiilin suç olduğunu bilmesine rağmen herhangi bir baskı ve zorlanma altında kalmaksızın kendi öz irade ve ihtiyarıyla suç olan bir fiili işlemesi hâlinde sahih kasıt oluşur²⁸⁰ ve suçun manevi unsuru tamamlanır. Bu şartların

²⁷¹ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 600; Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, s. 22; Artuk, vd., *Ceza hukuku Genel Hükümler*, s.239; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 328.

²⁷² Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.VII, s.34; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.307.

²⁷³ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.167; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Behnesi, *Tatbikü'l-hudud*, s.162. Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 291.

²⁷⁴ Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye*, C.IV, s.235.

²⁷⁵ Behnesi, *Mesuliyeti'l-Cinai*, s.71.

²⁷⁶ Dönmezer-Erman, *Ceza Hukuku*, C.II, ss. 457-464.

²⁷⁷ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s.327.

²⁷⁸ Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.316.

²⁷⁹ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s.600.

²⁸⁰ Dalgın, “Kasıt”, s.225-226.

eksikliği kastın mahiyetine zarar verecektir. Örneğin daha önce değindiğimiz gibi hukuken suç olan bir fiili çocuğun işlemesi halinde cezai ehliyetinin olmamasından dolayı (tedip amacıyla tazir uygulanabilecekse de) özellikle had cezasına muhatap olmayacaktır. Bu durumda çocuk fail olmasına rağmen kastının batıl olmasından dolayı cezai olarak sorumlu tutulmamaktadır. Yahut ikrah-ı mülci altında zina etmek durumunda kalan bir kişi de iradesinin geçerli olmamasından dolayı cezaya muhatap olmayacaktır.

Zina fiilinde kasıt, genel kasıttır.²⁸¹ Failin suç olan cinsel istismar eylemine kastetmiş olması cinai kastın oluşması için yeterlidir. Failin mağdur ettiği çocuğu önceden tanınması, belli bir çocuğu seçmesi ya da yolda giderken korumasız bulduğu herhangi bir çocuk olması durumu değiştirmez. Fail, eyleme kastetmiştir. Belli bir çocuğa kastetmemiş olması sonuca etki etmez.

Manevi unsurun oluşması için kasıt şart olmakla birlikte suça dair niyetin olması, suçun oluşması için yeterli değildir.²⁸² Suç teşkil eden bir fiilden kişinin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle o fiile niyet etmesi, tasarlaması (yani kastetmesi), harekete geçerek fiili icra etmesi gerekmektedir.²⁸³ Bu aşamalardan geçtikten sonra suçun maddi ve manevi unsurları tamamlanmış olur. Kastın ise çeşitli türleri vardır. Bir kimsenin kastettiği eylem çocuğa tecavüz olsa, çocuk da bu saldırı sonrası ölse yahut yaralansa burada istismarcının ihtimali kastının oluştuğuna hükmedilir. Fail, kastettiği fiilin muhtemel sonucundan sorumlu tutulur. Bazı vakalarda ise çocuğu kaçırmak olarak öldürdüğü görülür. Çocuğu kaçırma, toplum huzurunu bozma, çocuğun organlarında sebep olduğu yaralanmalar, öldürme her biri tek tek değerlendirilmelidir.

Kasıt eylemin başından sonuna kadar olmalıdır. Örneğin birisi kendisine emanet edilen malı geri vermese yahut eksiltse bu kişiye malın eline geçişi sırasında suç kastının bulunmamasından dolayı hırsızlık cezası verilmez ya da cezada indirim yoluna gidilir.²⁸⁴

²⁸¹ Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye*, C.III, s.202.

²⁸² Kişinin aklından geçirdiği ancak eyleme dökmediği işlerden dolayı sorumluluğu yoktur. Buhari, *Edebü'l-Müfred*, 621.

²⁸³ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.VII, s.42.

²⁸⁴ Nihat Dalgın, "Cezai Sorumlulukta Kasıt", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998, 10, s. 235.

Failin suç olan bir fiile kastetmesi ancak kendi iradesi dışında bir sebeple suçu tamamlayamaması durumu suça teşebbüs olarak adlandırılmaktadır. Doktrinde “teşebbüs” bir fıkıh terimi olarak yer almamaktadır. Kaynaklarda teşebbüsün daha çok “tamamlanmamış suç” olarak yargılandığı dikkat çekmektedir.²⁸⁵ Suça teşebbüs hareketleri suç oluşturmakla birlikte, failin eylemden kendi rızasıyla yahut harici bir nedenle vazgeçmesine göre failin teşebbüs ettiği suçun cezasıyla cezalandırılması konusunda farklı içtihatlar oluşmuştur.²⁸⁶ Bununla birlikte suç olan fiil oluşmadığından dolayı kastettiği suça ilişkin hükümler uygulanmayacaksa da engellendiği ana kadar olan hareketlerinin başka bir suçun unsurlarını taşıyor olması hâlinde o eylemlerinden sorumludur. Aşağıda aktaracağımız vaka da suçtan vazgeçmenin niteliğinden dolayı farklı değerlendirmelere tabi olmuştur.

Söz konusu vakada fail, bir çocuğu bağırması için bıçak ile tehdit edip arabasına bindirerek kaçırmıştır. Çocuğun kurtulmak için çabalamasının ardından ona engel olmak için el ve ayaklarını bağlamış ve onu baraj kıyısına götürmüştür. Çocuğu öpüp okşadığı sırada mağdure çocuk “senin anan bacın yok mu?” demiş ve bunun üzerine başka şehvi hareketler yapmadan çocuğu serbest bırakmıştır. Failin saldırısı bu kadarla kaldığından dolayı ilk derece mahkemesi gönüllü vazgeçme hükümlerini işletmiş ve öpme-okşama eylemlerinin basit cinsel istismar suçunun maddi unsuru olmasından ötürü faile bu suçtan hüküm vermiştir. Görüldüğü üzere kişinin icra hareketleri çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacak şekilde görünmekteyse de eylem tamamlanmamıştır ve fail eylemden vazgeçtiği zamana kadar yaptıklarından sorumlu tutularak hüküm verilmiştir. Fakat bu vakaya ilişkin “gönüllü vazgeçme” yönündeki karar temyizde bozulmuştur.²⁸⁷

Kişinin cinsel istismar suçunun manevi unsurunu oluşturacak şehvet kastını dokunmanın mahiyetinden anlamak biraz zor görünse de objektif kriter bulmak açısından çocuğun neresine dokunduğu, ne kadar sıklıkla bu davranışı tekrar ettiği, dokunurken kullandığı sözler önemlidir. Bununla alakalı somut bir örnek vermek gerekirse, yolda

²⁸⁵ Adem Çiftçi, “İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Vazgeçme”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 9/1, 2015, ss. 34-35.

²⁸⁶ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, C.I, s.334; Âmir, *et-Tazir*, s. 155.

²⁸⁷ 5. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2011/1672 Karar Numarası: 2011/3245 Karar Tarihi: 19.04.2011.

yürüyen çocuğu takip ederek ona cinsel organını gösteren bir kişi basit cinsel istismar suçu değil, cinsel taciz suçu işlemiştir.²⁸⁸

Kişinin, cinsel istismar suçu teşkil eden davranışı cebir veya tehdit ile icra etmesi bakımından ikrah faktörü önemlidir. Aşağıda bu kavram ele alınacaktır.

3.2.2.5.1. Cinsel İstismar Suçunda İkrahın Kasta Etkisi

Gerçekleşmiş bir suçun kasıtlı olarak işlendiği esas alınır. Bir kişinin zina dola-yısıyla cezalandırılması için kendi tercihi ile zina etmiş olması gerekir.²⁸⁹ Fakat kişi bir çocuğu taciz ya da tecavüz etmesi konusunda ikraha benzer bir zorlanmaya maruz kalabilir.

İkrah, bir insanın başka birisinin rızasını ortadan kaldıran fiilidir.²⁹⁰ Zorlayıcı herhangi bir talebin ikrah olarak adlandırılması, mükrihin tehdit ettiği şeyi yapabilecek güce sahip olması ve mükrehin korkutulduğu şeyin gerçekleşeceği korkusuna düşme-sine bağlıdır. Örneğin öldürme, bir uzvunu kesme, şiddetli dövme ya da uzun süre hapsetmekle korkutularak bir kimsenin malını satmaya, bir suçu üstlenmeye zorlan-ması ikrahtır.²⁹¹

Doktrinde bir kadına ya da kız çocuğuna yönelik tecavüzde bulunması konu-sunda ikrah altında olan, bu fiile zorlanan bir kişiden had cezasının düşüp düşmeyeceği konusu tartışmalıdır. Failin kastının olmadığı, belki suça zorlandığı, ikrah uygulandığı iddiası varsa bu durum delillerle tespit edilerek hakkında nihai hüküm verilir.²⁹²

Bazı âlimler/araştırmacılar ikrahın haddi düşüren bir etken olduğu görüşünü ileri sürmektedir.²⁹³ Yüce Allah kalben iman ettiği halde küfre zorlanan kimsenin hükmünü iman ettikten sonra inkârı tercih edenlerden ayrı tutmuştur ve Resulullah ümmetin zor-landıkları şeyin hükmünün kaldırıldığını bildirmiştir.²⁹⁴ Mükrehe had uygulanmaya-

²⁸⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi. 15.02.2016, 2014/2301- 2016/1251.

²⁸⁹ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.166.

²⁹⁰ Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b.Musa el-Hanefî Aynî, *Şerhü'l-Aynî Ala Kenzi'd-Dekaik*, C.II, İdaretü'l-Kur'ân ve'l-Ulumi'l-İslâmiyye, Beyrut 2004, s. 308.

²⁹¹ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.III, s.224-225; Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.273.

²⁹² Dalgın, "Kast", s. 218.

²⁹³ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.169; Tirmizi, *Hudud*, 22.

²⁹⁴ Nahl/106; İbn Mâce, *Talak*, 16.

cağı görüşünde olanlara göre bu nasslar gereğince kişi nasıl ikrah altında küfre zorlandığında küfür lafzını söylese dahi sorumlu tutulmuyorsa, aynı şekilde zinaya zorlanan kişi için de ikrah nedeniyle had gerekmecektir.²⁹⁵

Bazı âlimler ise zorlanan kişinin cinsiyetini, maruz kaldığı zorlamanın ikrah olarak nitelenmesinde belirleyici faktör olarak değerlendirmiştir.²⁹⁶ Bu nedenle kadına ve erkeğe yönelik zorlamanın mahiyeti ayrı ayrı ele alınacaktır.

3.2.2.5.1.1. Kadının Cinsel İstismarda Bulunmaya Zorlanması

İslam ceza hukukunda ikrahın etkisi bakımından kadın, erkekten ayrı hükme tabi tutulmuştur.²⁹⁷ Zina eyleminde kadının mahal olması sebebiyle korku ve baskı altında dahi olsa zina suçunda mağdur olarak taraf olması mümkündür.²⁹⁸

İkrah, kadının suçu işlemeye yönelik iradesinin varlığı konusunda şüphe oluşturur ve ceza, oluşan şüphe nedeniyle kadından kalkar. Bu hüküm, Resulullah zamanında gerçekleşen bir hadise ile delillendirilir. Bir kadın zinaya zorlanmış ve Resulullah o kadını suçsuz bulmuştur.²⁹⁹

Kendisi iffetini korumak istemesine rağmen fuhşa zorlanan insanların da ceza hak etmedikleri ayet-i kerime ile bildirilmiştir.³⁰⁰ Bundan hareketle zinaya zorlanan kadına had uygulanmayacağı konusunda icma oluşmuştur.³⁰¹ Nitekim Hz. Ömer, hilafeti döneminde tecavüze uğrayan bir kadına maruz kaldığı ikrah nedeniyle herhangi bir yaptırımında bulunmamıştır.³⁰² Şii'lere göre de ikrah, kadın açısından haddi düşürücü bir sebeptir.³⁰³

Kadın, dövülerek, yeme-içmeden men edilerek, gece ayazında dışarda bırakılarak zinaya zorlandığı takdirde kadına had yoktur.³⁰⁴ Bir kadının silah tehdidi altında

²⁹⁵ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 607.

²⁹⁶ Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.275.

²⁹⁷ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.308; Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman İbn Ebû Zeyd, *En-Nevadir ve'z-Ziyadat Ala Ma Fi'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehat*, (thk.) Muhammed Hacci, C.XIV, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1999, s. 257; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s. 275.

²⁹⁸ Serahsî, *Mebsut*, C.XXIV, s. 88.

²⁹⁹ İbn Mace, *Hudud*, 30; Tirmizi, *Hudud*, 22

³⁰⁰ Nur 24/33 Ebu Davud, *Talak*, 48, 50; Müslim, *Tefsir*, 26, 27.

³⁰¹ Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, ss. 73-95.

³⁰² Muvatta, *Hudud*, 3.

³⁰³ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 328.

³⁰⁴ Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s. 97; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.275.

zinaya zorlanması ya da eli kolu bağlanarak direnmesinin önüne geçilerek tecavüz edilmesi arasında zorlanmanın varlığı bakımından fark yoktur.³⁰⁵ Mâlikîlerden meşhur olmayan görüş de bu şekildedir.³⁰⁶

İkrah altında kaldığında kadının zorlandığı şeye direnmesi halinde kadını öldürmeye kastedildiği açıkça görülmektedir.³⁰⁷ Ölüm tehditi altında zinaya zorlanan kadının direnmemesi yönünde ruhsat olduğu belirtilmektedir.³⁰⁸ Ancak kadının rızasının olmadığı, eylemin kadının iradesine rağmen yapıldığının ortaya çıkması için objektif kriterlere ihtiyaç duyulduğundan, bunun ispatı için kadının direndiğine delillerin olması gerekmektedir. Nitekim zinaya zorlanan kadının buna rıza göstermesi halinde had ile cezalandırılacağı, fail olan erkeğin ise zor kullanmasından ötürü ağırlaştırılmış had ile cezalandırılacağı yönünde de görüşler aktarılmıştır.³⁰⁹ Zâhirîlerden bir görüş de bu yöndedir.³¹⁰

Hamile bir kadın zinaya zorlandığını iddia ederse veya zina ettiğine dair dört defa itirafta bulunmadıysa, yani hamileliği dışında zina suçunun oluştuğuna dair bir delil tespit edilmediği takdirde doğru söylediği düşünülerek manevi unsurdaki şüphe nedeniyle kadından had düşürülür.³¹¹

Tecavüz eylemi için bu önermede bulunmak mümkün olsa da daha önce bahsettiğimiz gibi erkek cinsel organının küçük çocuğa anal ya da vajinal yolla girmesi şeklinde gelişen igtisap suçu cinsel istismar suçunun yalnızca bir bölümünü oluşturmaktadır. İlgili suç pekâlâ başka bir cisim aracılığı ile gerçekleştirilebileceği gibi temas dahi içermeyen farklı şekillerde de ortaya çıkmaktadır. Örneğin çocuğun fuhuş amaçlı çalıştırılması, görüntülerinin alınarak pornografi malzemesi olarak kullanılması durumlarında zorlamanın mahiyeti önemli olacaktır. Bir kadın da bir kız çocuğunu kaçırarak seks tüccarlarına teslim etmesi ya da bir cismi çocuğun vajina ya da makatına sokması yönünde ikraha maruz kalabilir. Çocuğu istismar anlamına gelen bu fiilde kadının fail, zorlama konusunda mezheplerin genel hükümlerine tabi olacaktır.

³⁰⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînu 'l-Fıkhiyye*, s.581. Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 96.

³⁰⁶ Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki* C.IV, s.318.

³⁰⁷ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.VII, s.234.

³⁰⁸ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s.54.

³⁰⁹ Ebû Zeyd, *En-Nevadir ve'z-Ziyadat*, s.257.

³¹⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.VIII, s.33.

³¹¹ Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s. 103.

3.2.2.5.1.2. Erkeğin Cinsel İstismarda Bulunmaya Zorlanması

İstismara zorlanan erkeğe had gerekip gerekmeyeceği konusunda ikrah nedeniyle haddin düşeceği ve ikrahın hükme etki etmeyeceği şeklinde iki görüş oluşmuştur.

İkrahın hükme etki etmeyeceğini düşünenlere göre zina suçunda erkeğin zorlanması geçerli bir mazeret kabul edilmez. İkrah altında zina eyleminde bulunan kişi had ile cezalandırılır. Hanefîlerden bir görüş³¹², Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî ve Züfer b. Hüzeyl (öl.158/775), bazı Şâfiîler, Hanbelîlerin meşhur görüşü ve Mâlikîlerin meşhur görüşü bu yöndedir.³¹³ Ebu Hanife'nin ilk görüşüne göre ikrah uygulayanın devlet başkanı ya da bir başkası olması arasında bir fark yoktur. Bu sebeple ikrah sebebiyle hiçbir erkekten zina haddi düşmez.³¹⁴

İkrahın zina suçunda haddi düşürmeyeceği görüşünde olan âlimler zina suçunda manevî unsurun şehvet kastı ile oluştuğunu söyleyerek³¹⁵ düşüncelerini vajinaya girişin ancak penisin sertleşmesiyle mümkün olacağı şeklinde temellendirirler. Onlara göre penisin sertleşmesi ise şehvet duyulmasına bağlıdır. Yani kişinin iradi tercihi ile gerçekleşir. Kişi buna zorlanmış dahi olsa eğer ki penis sertleşiyorsa bu durum ikrahın son bulduğunun, kişinin bu eylemi yapmaya istekli olduğunun delilidir.³¹⁶ Bu düşünceden hareketle görüş sahipleri ikrahın zinaya zorlanmada geçerli olduğunu kabul etmez.³¹⁷

Şiilere göre erkek söz konusu olduğunda ikrah cezayı ortadan kaldıran bir etmen olarak kabul edilemez. Çünkü ikrah olduğunda cinsel organın sertleşmesi beklenmez. Bu ancak şehvet duyulduğunda mümkündür. Bununla birlikte ikrah iddiası, oluşturduğu şüphe nedeniyle kişiden zina haddini düşürür.³¹⁸ Yani Şiiler ikrahın geçersiz olduğunu kabul etmekle birlikte had cezasını düşürmekte etkili olacağı şeklinde hüküm vermişlerdir.

³¹² Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.275.

³¹³ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, S38.

³¹⁴ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagîr*, s.312; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.581.

³¹⁵ Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.144.

³¹⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.273; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s.185.

³¹⁷ Suyuti, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s.265.

³¹⁸ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 328.

Kâdî Abdülvehhâb (öl.422/1031) ise sertleşmenin zamanlamasının ikrahın etkisini tespit etmek bakımından önemli olduğu görüşündedir. Ona göre penis eğer bir cinsel organa girmeden önce sertleşmişse rıza varlığını göstermesinden dolayı bu kişiye had gerekir.³¹⁹

Bir diğer görüşe göre ise istismara zorlanan erkeğe had uygulanmaz. Hanefîlerin cumhuru,³²⁰ Şâfiîlerin bazısı,³²¹ Mâlikîlerden meşhur olmayan görüş,³²² Hanbelîlerden bir görüş³²³ ve Zâhirîlerden bir görüş³²⁴ bu yöndedir. Muhammed eş-Şeybânî ve Züfer b. Hüzeyl'e göre bir erkeği zina etmesi için zorlayan kişiye tazir uygulanır.³²⁵

Bazı kaynaklarda had uygulanmama gerekçesi olarak erkeği bir kadınla zinaya zorlayanın sultan olması belirtilmiştir.³²⁶ Hanefî mezhep görüşü de bu yönde şekillenmiştir. Penisin rıza olmadan sertleşmeyeceği düşüncesine karşı çıkan bu görüşün taraftarları, ikrah altındaki şahsın penisinin sertleşmesinin uykudayken olduğu gibi tabii olduğunu ve bunun (had açısından) şüphe oluşturduğunu belirtirler.³²⁷

Ebu Hanife de ikrahın şüphe oluşturması gerekçesiyle sultan dahi zorlasa had cezasının düşeceği ve tazir ile ukr gerektireceği şeklinde önceki görüşünden döndüğü rivayet edilmiştir.³²⁸ Şâfiîlerin bazısı,³²⁹ Hanbelîlerden bir görüş³³⁰ de yine ikrahın oluşturduğu şüphe nedeniyle had cezasının uygulanmayacağı şeklindedir.

İkrahın kim tarafından uygulandığı meselesi mükrihin yaptırım gücü ve mükrehin karşı koyabilme ve ilişkideki mevkiisi bakımından dikkate alınmıştır. Bu itibarla mükrehin kadın ya da erkek olması, mükrihin devlet başkanı yahut başkası olması şek-

³¹⁹ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.581.

³²⁰ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.169; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s.184.

³²¹ Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.VIII, s.418.

³²² Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki* C.IV, s.318.

³²³ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.155; Buhuti, *Keşşafü'l-Kına*, C.VI, s.97.

³²⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.VIII, s.33.

³²⁵ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.38.

³²⁶ Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbâa*, C.V, s. 95.

³²⁷ Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, 1983, C.VI, s. 97.

³²⁸ Bkz. Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.38; Serahsî, *Mebsut*, C.XXIV, s. 88; Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.275.

³²⁹ Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.317; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.581; Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 616.

³³⁰ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.155.

linde ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu konuda oluşan bir diğer görüşe göre zinaya/tecavüze zorlayanın devlet başkanı ya da bir başkası olması fark etmeksizin, mükrihin tehdit ettiği şeyi yapmaya muktedir olması halinde ikrah aynı hükme tabi olur.³³¹

Görüldüğü gibi bazı âlimler, erkek tecavüze zorlanmış da olsa fiilinden dolayı had gerekeceğini savunmaktadır. Buna göre suçluya haddi gerekli gören âlimlere göre fiilin manevi unsurunun oluştuğu, ikrah altında olması hasebiyle had gerekmez görüşünde olanlara göre ise manevi unsurun eksik kaldığından dolayı suçun oluşmadığı söylenebilir.

Şüphenin varlığıyla had cezası gibi kısas cezası da düşer ancak tazir cezası şüphe ile düşmez.³³² Bu durumda cinsel istismar cezasından dolayı tazir cezası öngörülen fail için ikrahın varlığının bir etkisi olmayacaktır. Yani penis sertleşmesini şehvetin ve dolayısıyla cinsel isteğin olmasıyla ilişkilendiren görüşe göre cinsel istismar suçu işleyen erkek failin ikrah iddiası muteber değildir. Ancak şüphe ile had cezasının düştüğü durumlarda gerekli görülen tazir cezasının ikrah iddiası ile düşmeyecektir. Penisin kişisel irade dışında da sertleşebileceği görüşünde olanlara göre erkek, cinsel istismar suçu işlemesi için ikraha maruz kalabilir.

3.2.4. Cinsel İstismar Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanuna aykırılık unsuru, kanunda suç olarak tanımlanan fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesi ile oluşmaktadır. Görev yerine getirme, hakkın icrası, nefsi müdafaa, zorda kalma ya da mağdur rızası gibi sebeplerin varlığı halinde eylem suç olmaz. Bu gibi durumlarda failin fiilinden sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kusur olarak niteleyebileceğimiz kanuna aykırı fiili gerçekleştirme iradesi, kişinin meşru bir sebebi olmaksızın suç oluşturacak bir eylemde bulunmasıdır. Harici durumlarda suç teşkil eden fiiller, hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan bu durumlarda kanunen meşru kılınmıştır. Çocuğun cinsel organlarına dokunmak, bakmak cinsel istismar suçu oluşturmakla birlikte kanunun doktora tanıdığı muayene yetkisi, çocuğun cinsel organına dokunması konusunda doktorun eylemini kusur olmaktan çıkarmaktadır. Söz gelimi vajinal kaşıntı şikâyetiyle kendisine başvuran bir çocuğu mu-

³³¹ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s.275

³³² Suyuti, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s.161.

ayane eden doktor, çocuğun cinsel organına dokunma, bakma gibi eylemlerinden görev ifası gerekçesi ile sorumlu tutulmayacaktır. Aynı şekilde çocuğa bakım veren kimsenin çocuğun tuvalet temizliği esnasında cinsel organına dokunarak temizlemesi görev ifası kapsamında meşrudur. Kanuna aykırılık, yasal olarak buna yetkili olmayan kimsenin ya da yetkiyi aşan eylemlerde bulunan kimsenin fiili ile meydana gelmektedir. Öte yandan doktorun muayene amacını aşan temaslari olması halinde bu durum istismar suçu bağlamında değerlendirmeye alınacaktır.

3.3. Cinsel İstismar Suçunun Tarafları

Her suç türünde olduğu gibi cinsel istismar suçunda da fail ve mağdur olmak üzere iki tarafın varlığı söz konusudur.

3.3.1. Fail

Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişi ya da kişiler suçun faili olarak adlandırılır. Failin fiilinden sorumlu olması için öncelikli şart akıl sağlığı ve bülûğdür.

3.3.1.1. Failin Yetişkin Olması

Akıl sağlığı yerinde olan kişi, bülûğa erdikten sonra cezai ehliyet kazanır. Had cezalarının infazı için failin baliğ olması gerekmektedir.³³³ Tazir cezaları ise cezalandırma yanında te'dib etme fonksiyonundan ötürü bülûğ şartı aranmaksızın uygulanabilmektedir.³³⁴

İslam Hukuku'nda özellikle erkek çocuklarda görülen başka çocuklara ya da yetişkin kadınlara yönelik cinsel davranışlar bağlamında çocuğun fail olma durumu ele alınmıştır.³³⁵ Bülûğa ermemiş olması çocuktan yalnızca haddi düşürmekle birlikte, tazir ve tazminat³³⁶ yönünden sorumluluğunu saklı tutmaktadır. Bu da çocuğun fail

³³³ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s. 116; Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s. 313. Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.316; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.XII, s.347; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.580; Ahmed b. Guneym b. Salim En-Nefrâvi İbn Mühenna, *el-Fevakihü'd-Devani Şerhi Ala Risaleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevani*, C.II, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut t.y., C.II, s. 282; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.491; Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.98; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.167.

³³⁴ Ebû Bekr Seyyid Bekri b. Seyyid Muhammed Şetta Dimyati, *Haşiyetu İâneti't-Tâlibin alâ Halli Elfâzi Fethü'l-Muîn bi-Şerhi Kurretü'l-Ayn bi-Mühimmâti'd-Din*, Dârü'l-Fikr, y.y. t.y., ss.147-148.

³³⁵ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s.116; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100.

³³⁶ Ebü'l-Feth Mecdüddin Muhammed b. Hüseyin b. Ahmed Üsruşeni, *Ahkamu's-Sigar*, thk. Mustafa (Osman) Samide, C.I, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, s.193.

olarak kabul edildiğini ancak akıl-baliğ olma şartını³³⁷ sağlamadığından had cezasından muaf tutulduğunu gösterir.³³⁸

3.3.1.2. Failin Akıllı Olması

Ceza ehliyeti, akıl sağlığı ile yakından ilişkilidir. Akıl sağlığı yerinde olan bireyler haksız fiillerinden sorumludur. Mükellefiyetin şartının öncelikle akıl olması dolayısıyla idraki sakatlayan, ayırt etme gücünü ve akli ortadan kaldıran zihinsel engeli olan bireyler, eylemlerinde manevi unsur eksikliğinden dolayı hukuken sorumlu tutulmamaktadır. Akıl sağlığı, yaştan bağımsız olarak cezai ehliyeti düşürücü bir fonksiyon üstlenmiştir.

Zihinsel engeli olmakla birlikte engel düzeyi orta olup davranışlarının sonuçlarını kestirebilen, iyi kötü ayrımını az çok yapabilen kişiyi de temyiz çağındaki çocuk gibi değerlendirmek ve aynı hükme tabi tutmak isabetli olacaktır.

Zihinsel engel, doğuştan olabileceği gibi bir takım nedenlerle sonradan da gelişebilmektedir. Cezai sorumluluğun tayininde suç işlendiği sırada zihinsel engel mevcut ise, engel durumunun ne zaman başladığı ehemmiyet arz etmez. Ancak suç olan eylem işlendiği sırada aklın yerinde olması esastır. Bununla birlikte bazı kişiler doğuştan ya da sonradan olması fark etmeksizin sürekli olarak akli melekelerinden yoksun kalırken (cünun-ı mutbık) bazıları zaman zaman aklını yitirmekte (cünun-ı gayri mutbık), harici zamanlarda sağlıklı bir birey olarak hayatına devam etmektedir. Cünun-ı mutbık olarak isimlendirilen sürekli akıl hastasının cezai sorumluluğu yoktur. Cünun-i gayri mutbık ise aklının yerinde olduğu zamanlarda fiillerinden sorumlu, aklını yitirdiği zamanlarda zina suçu dâhil cezai sorumluluğu yoktur.³³⁹

Suç esnasında akıllı iken sonradan aklını kaybeden kişiye ceza uygulanması konusunda fukaha arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Had gerektiren suçlarda bu kişiye ceza uygulanmayacağı konusunda Hanefî ve Mâlikî hukukçular ittifak etmişlerdir. Şâfiî ve Hanbelî hukukçuların ise suçun tespit olma şeklini ön plana çıkar-

³³⁷ Nesai, Talak, 21.

³³⁸ Neseî, *Kenzü'd-Deîkâik*, C.II, s.100.

³³⁹ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Behnesi, *el-Mevsuatü'l-cinaiyye*, C.II, s.55-63.

dıkları görülmektedir. Suç, kişinin beyanına dayalı olan ikrar karinesi ile tespit edilmişse cezanın düşeceği, farklı delillerle sabit olmuşsa cezanın uygulanacağına hükmetmişlerdir.³⁴⁰

İslam Hukuku'nda akli ve temyizi yitirici işlevi olan alkol, uyuşturucu alarak sarhoş olan ve böylece fiillerinin sonuçlarını idrak edemeyen kimsenin zinası konusunda iki görüş aktarılmıştır. Bunlardan birisi kişinin özgür iradesini kullanarak, kendisini sarhoş edeceğini bile bile bu maddeleri almasından dolayı sonuçlarına katlanmak durumunda olduğu diğeri ise suçu işlediği sırada akli yerinde olmadığından fiillerinden sorumlu tutulamayacağı görüşüdür.³⁴¹ Bahsi geçen tartışmalar muamelat konularıyla sınırlı olup sarhoş, ceza hukuku alanında yaptıklarından sorumludur.

Zihinsel engelin doğuştan olması ya da sonradan oluşması yahut akıl sağlığının geçici olarak bozulması durumları kaynaklarımızda böylece incelenmiş olup cinsel istismar suçunun had gerekeceği görüşünde olanlar, failin akıllı olmasını öncelikli şart olarak sunmuşlardır.³⁴² Bugün cinsel sapkınlık olarak tarif edilen anomalilerin yargılamada özür sebebi sayılıp sayılamayacağı meselesi doktrinde netliğe kavuşmamıştır.

Cinsel sapkınlıklar hormonal ya da çevresel faktörlerle gelişebilmektedir. Bunun tespitini yapmak zor olsa da pek çok vaka örneğinde kişinin yaşı, davranışın türü gibi etkenlere göre değişkenlik göstermekle birlikte cinsel sapkınlıkların ilaçla tedavi edilebilir olduğu gözlenmiştir.³⁴³ Ancak parafili türlerinin bir tür davranış bozukluğu, hastalık olarak kabulü noktasında görüş ayrılıkları mevcuttur.³⁴⁴ Cinsel sapkınlığı olan kişinin, hasta olarak tanımlanması, oluşacak cezai sorumluluğunu tespitle beraber ilaç tedavisini zorunlu kılmak gibi bir takım yaptırımları da beraberinde getirmesi bakımından mühimdir.

³⁴⁰ İbrahim Kâfi Dönmez, "Cünun" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.VIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, s.129.

³⁴¹ Behnesi, *el-Mevsuatü'l-cinaiyye*, C.III, s. 202.

³⁴² Merginani, *el-Hidâye*, C.I, s. 512; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 582.

³⁴³ Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25/2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 1028.

³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nesrin Duman, "Parafililer ve DSM'lerdeki Seyri", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 9/16, 2018, ss. 1285-1306.

3.3.1.3. Failin Cinsiyeti

Cinsel istismar suçunun basit hâlinde suç nitelikli eylemin özel bir şeklinin olmamasından dolayı fail kadın ya da erkek olabilir.

Mülga TCK md. 765'te cinsel istismar içerisinde yer alan cinsel taciz, sarkıntılık, müstehcenlik, ırza geçme gibi fiiller ayrı ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla örneğin ırza geçme suçunda zor kullanmak suretiyle biriyle cinsel ilişkiye girilmesi fiilin maddi unsuru olduğundan bu eylemi yalnızca erkeklerin yapabileceği bu nedenle de failinin yalnızca erkek olabileceği vurgulanmıştır.³⁴⁵

5237 sayılı TCK'de cinsel istismar suçunun tanımlandığı kanun metninde, suçun nitelikli halinde fiilin "organ sokma" içermesinden ötürü failin yalnızca erkek olabileceği görüşünde olanların yanında kadınların³⁴⁶ da bu suçu işleyebileceğini belirtenler vardır. Bununla birlikte nitelikli cinsel istismar suçunda "vücuda organ sokmak" ifadesi parmak, meme gibi organları da kapsamına aldığından, kadının fail olabileceği görülmektedir.³⁴⁷

Cinsel istismar, her türlü cinsel davranışı içine alması özelliği ile kapsamı oldukça geniş bir suç türüdür. Irza geçme fiili için yalnızca erkeklerin fail olarak kabul edilmesi mümkünse de çocuğun fuhuş amaçlı pazarlanması, pornografi sektöründe kullanılması gibi ticari; cinsel organına cisim sokulması gibi şiddet içeren eylemlerde kadınların da fail olabileceklerini belirtmek gerekir. Irza geçme fiilinde suç maddi unsurlarını kadının gerçekleştiremeyeceği öngörüsü kabul edilebilir görünse de bu tip fiillerde kadının faili azmettirme, suçun işleneceği mekânı ve aracı temin etme, mağdur direncini kırıcı hareketlerde bulunma gibi fiillerle suça iştirakten yargılanmasının önü açıktır.³⁴⁸

İslam hukukunda, fiilin penisin vajina/anüse girmesi şeklinde olması, bunun penisin sertleşmesine, ilişki gücü olmasına bağlı olmasından dolayı fail erkek olabileceğine; ancak fail kadın olursa, kadının cinsel ilişkideki edilgen konumuna atıfla mağdur

³⁴⁵ Duygun Yarsuvat "Mukayeseli Hukukta Cinsel Suçlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/1-2, ss. 115-170; Belkıs Konan, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, 29, 2011, s.150.

³⁴⁶ Öztürk, Erdem, *Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, ss.358-359.

³⁴⁷ Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s.58.

³⁴⁸ İbrahim Dülger, *Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlardan Irza Geçme Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998, s.69.

çocukta zikredilen şartların gerçekleşmeyeceğini düşünen âlimler çocukla ilişkiye giren kadının fail olmayacağı şeklinde görüş belirtmişlerdir. Çocukla cinsel ilişki kuran kadın ya da erkek hakkında ulemanın daha önce değindiğimiz gibi mahal, tatmin ekleninde açıklamalar yapması yetişkin kadının çocukla ilişkisinde olayın gerçekleşme imkânının değil cezayı gerektirecek şartların varlığının sorgulandığını gösterir. Yani fail olarak erkek gibi kadın da yargılanmıştır.³⁴⁹

3.3.1.4. Fail Sayısı

Suçlar, türlerine göre bir ya da birden fazla fail tarafından meydana gelebilecek yapıda olabilmektedir.³⁵⁰ Suçun işlenmesine birden fazla kişinin katılması hukukta “iş-tirak” olarak adlandırılır.³⁵¹ Suçun maddi unsurunu gerçekleştiren fail mübaşeret; maddi unsur dışındaki fiillerle suçun oluşmasına sebebiyet veren fail ya da failler ise tessebbüben suça iştirak etmiş olurlar. Suça iştirak eden bu kimseler de sonuca etkileri oranında yargılanırlar.

İslam hukukunda iştirak daha çok hırsızlık ve cinayet suçlarında konu edilmiştir. Cinsel istismar suçunun değerlendirildiği zemin olarak zina suçunun tarafları kadın ve erkek olarak belirlenmişse de daha önce de değindiğimiz gibi cinsel istismar suçu daha kapsamlı olduğundan pek çok failin bir suça ortaklık etmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin bir çocuğun kaçırılıp fuhuş amaçlı pazarlanması halinde çocuğun kaçırıcı; fuhuş için aracılık yapan, yer temin eden, fuhuş yapan herkes suça iştirak etmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan cinsel istismar suçunda iştirak, azmettirme ya da yardım etme şeklinde gerçekleşebilmektedir.³⁵² Araştırmalarımız sonucunda İslam Hukuku’nda cinsel istismar suçu kapsamındaki fiillere iştirak edenlerin durumu hakkında özel bir hükme rastlamadık.

³⁴⁹ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye*, C.III, s.196; Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.II, s. 417. Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.IV, s.433 Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai*, C.IX, s.167. Serahsî, *Mebhut*, C.IX, s.54; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, 5/248, Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Mugniyye, *Fikhü'l-İmam Ca'fer*, s.267 Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.98.

³⁵⁰ Buhari, *Edebü'l-Müfred*, 194.

³⁵¹ Ahmet Akgündüz, “İştirak”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, s. 442.

³⁵² Öztürk ve Erdem, *Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, s.365.

3.3.2. Mağdur

Mağdur, ilgili suçtan zarar gören kimseyi ifade eder.³⁵³ Eski TCK’de tanımlı ırza geçme suçu özelinde düşünüldüğünde mağdurun yalnızca kadın olabileceğini savunanların yanında kadının da erkeğin de ırza geçme suçunun mağduru olabileceği görüşünde olanlar vardır.³⁵⁴ Cinsel istismar suçunun mağduru 0-15 yaş grubundaki her yaştan kız ya da erkek çocuklar olabilmektedir.³⁵⁵

İslam ceza hukukunda kız ve erkek çocuklar zarar gördükleri ve rıza göstermeye yetkili olmadıkları basit ya da nitelikli bir cinsel eyleme maruz kalmalarından dolayı mağdur olarak tanımlanmışlardır.³⁵⁶

3.3.2.1. Mağdurun Çocuk Olması

İslam hukukunda suçun niteliğinin tespit edilmesinde mağdurun cinsel olgunluğu önemli bir kriterdir. Cinsel olgunluğun tespiti konusunda ise iki farklı görüş oluşmuştur. Bir görüş kız çocuklar için 7, erkek çocuklar için 10 yaşı sınırı belirlerken diğer görüş yaş kıstasının genel geçer bir hüküm vermek için uygun olmadığı şeklindedir.³⁵⁷ Buna göre cinsel istismar suçu neticesinde çocuğun ciddi fiziksel zararlar alması yahut ölmesi cinsel olgunluğa erişmediğinin delili olarak kabul edilir.³⁵⁸

Cinsel olgunluk çağının gerisinde olan bir çocuğun cinsel ilişkiye dair istek ve rızada bulunmayacağı göz önüne alınırsa rıza esaslı zina suçundan ayırt edilmesinde aranan “cinsel ilişkiye elverişlilik” şartı anlamlı bir zemine oturmaktadır. Öte yandan cinsel olgunluk kazanmamış çocuklar bu ilişki nedeniyle cinsel organın, iç organlarının³⁵⁹, bağırsakların parçalanması gibi hayati risk barındıran ciddi sağlık problemleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Cinsel olgunluk kıstası, hukuki fiilin neticesini belirlemede bu açıdan önemlidir. Bununla birlikte cinsel olgunluk çağına ulaşmış ancak

³⁵³ Mehmet Boynukalın, “Suç”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, s.457.

³⁵⁴ Ayhan Önder, s.301-302; Dönmezer s.42.

³⁵⁵ TCK md.103.

³⁵⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.517-518; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.22; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.116; Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.IV, s.433 Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai*, C.IX, s.167. Serahsî, *Mebcut*, C.IX, s.54; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.248, Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s.314; Âmir, *et-Ta'zir*, s. 184; el-Haddad, *Cevheretü'n-Neyyire*, C.II, s.156.

³⁵⁷ Behnesi, *el-Mevsuatü'l-cinaiyye*, C.III, s.197.

³⁵⁸ Serahsî, *Mebcut*, C.IX, s.75.

³⁵⁹ Rektumdan giren penisin karın zarında delinmelere dahi yol açabileceği kaydedilmiştir. Polat ve Yayıncı, “Ölümlü Sonuçlara İstismar Olgularına Yaklaşım”, s.240.

henüz bülüğa ermemiş çocukla girilen cinsel ilişkiyi modern hukuktaki tanımıyla “re-şit olmayanla cinsel ilişki suçu” bağlamında ele almak mümkündür. İslam hukuk terminolojisinde mürâhik/mürâhika olarak tabir edilen bu dönemde çocuklar ergenlik döneminin alt ve üst yaş aralığında olmakla birlikte henüz bülüğ alameti göstermemişlerdir.³⁶⁰

Çocukların cinsel istismarını konu alan metinlerde yaşla ilgili temel kıstas, görüldüğü gibi çocuğun fiziksel gelişimidir. Bu nedenle genel itibariyle ceza hukuku bağlamında, mağdurun çocuk olduğu suçlara dair hükümlerde çocukla alakalı bir yaş aralığına işaret edilmediği görülmektedir. Hükümler, çocuğun olası bir cinsel ilişkiden sağ çıkıp çıkmaması temelinde gelişmiştir. Çocuğun ilişkiden sağ çıkamayacağı yaş olarak genel kabul görmüş bir sınırdan söz etmek mümkün olmasa da bazı âlimler tarafından belirli yaşlar zikredilmesine dayanarak bu konuda bir standart belirleme eğiliminin olduğu söylenebilir. Bahsi geçen en küçük yaştan 5 olduğu görülmektedir.³⁶¹ Karşı cinsten şehvet uyandırmama kaydını göz önüne alarak 9 yaşı da sınır olarak zikredenler mevcuttur.³⁶²

İslam Hukuku’ndaki ayrıma benzer bir ayrım cinsel istismar suçunu tanımlayan yasa çıktıktan bir süre sonra lüzum üzere modern hukukta da düzenlenmiştir. Buna göre 11 yaş altındaki çocuklar, 11-15 yaş arası çocuklar ve 15-18 yaş arası çocuklar olmak üzere mağdur çocuklar üç farklı dönemde ele alınmıştır.³⁶³ Düzenlemeye gerekçe olarak farklı yaş aralığındaki çocukların cinsel istismardan maddi manevi etkilendirme derecelerinin farklılık arz edeceği ve faile her durumda aynı cezanın verilmesinin anayasamızın 2. maddesinde yer verilen adalet anlayışına ters düşeceği gösterilmiştir. 4 yaşında bir mağdura karşı işlenen suç ile 14 yaşında bir mağdura işlenen suçun farklı şekilde cezalandırılmasının daha uygun olacağı aktarılmıştır.³⁶⁴

³⁶⁰ Nihat Dalgın, “Mürâhik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXXII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2006, s. 40.

³⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IV, s.156; Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed İbn Ferhun, *Tebşiratü'l-Hükkam Fî Usulî'l-Akziye ve Menahici'l-Ahkâm*, Daru Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1397, C.II, s. 174. Üsrüşeni, *Ahkamu's-Sıgar*, C.I, s.193.

³⁶² Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.148.

³⁶³ http://www.anayasa.gov.tr/kararlar/genelkurul/basvuru_karari/2016-46.pdf Erişim: 10.12.2021

³⁶⁴ Esas Sayısı: 2015/108 Karar Sayısı: 2016/44

3.3.2.2. Mağdurun Rızası

Mağdur tarafın gerçekleşen cinsel ilişkiye rızasının olmaması yahut küçüklüğü dolayısıyla rızasının muteber olmaması suçun unsurlarından addedilebilir.³⁶⁵ Akıl-ba-liğ erkeğin, bülüğ çağına ermemiş küçük kız ile cinsel ilişkide bulunması halinde ço-cuğun rızasının varlığı sonuca etki etmez ve bu saldırı igtisap suçu oluşturur.³⁶⁶ Nite-kim cinsel istismar mağduru olan çocuğun rızası, yaşı itibariyle sahih değildir. Rızanın varlığının, eylemi idrak etme, arzulama ile ilişkisi aşikârdır. Bununla birlikte çocuk, eyleme karşı koymak için yeterli kudrette olmadığından rızasının olup olmadığını tes-pit etmek mümkün olmayacaktır. İşte bu nedenlerle çocuğun, kendisine yapılacak mu-ameleye onay verme yetkisi yoktur.³⁶⁷ Bu nedenle çocukların cinsel istismarı suçunda mağdur çocuğun rızasının olup olmaması dikkate alınmaz. Çocuk eylemi kendi istedi-ğini hatta ilişkiyi başlatan taraf olduğunu dahi iddia etse rızasının hukuki bağlayıcılığı yoktur.³⁶⁸ Çünkü çocuk cinsel konularda karar verme yetkisine sahip değildir.³⁶⁹ Bu-nun yanında çocuk, fiilin hukuki anlamını kavrayacak kadar cinsel olgunluk sahibi de değildir.

Rıza unsuru ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda göz önüne alınmıştır. O da konumuz kapsamında değildir. Modern hukukta da suç tiplerinde cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şeklinde ayrıma gidilmesi, çocukluk ile yetişkinlik arasında kalan ergenin idrak kapasitesi ve rıza mefhumunun da hesaba katılmasının göstergesidir.

Klasik kaynaklarımızda yetişkin bir kadına tecavüz edilmesi bahsinde kadının rızasının olmadığı, ikrah uygulandığı yönünde vurgular yapılırken, çocuğun nitelikli istismarı kapsamına giren eylemler söz konusu olduğunda “çocukla cinsel ilişkiye gir-mek” diyerek konuyla alakalı hükümlerin aktarıldığı dikkat çekmektedir. Bu da bize çocuğun rızasının olmaması/muteber olmaması, çocuğun kandırılarak eyleme dâhil edilebilmesi dolayısıyla eylemin istismar olarak nitelendirildiğini teyit ettirmektedir.

³⁶⁵ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, s. 593.

³⁶⁶ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s.55; Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas*, s. 107.

³⁶⁷ Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s.178.

³⁶⁸ Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas*, s.53; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.III, s. 183; Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki* C.IV, s.313; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.316; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.XII, s.347; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s.580. En-Nefravi İbn Mühenna, *el-Fevakihü'd-Devani*, C.II, s.282. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.491; Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.98. Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.100; Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.167.

³⁶⁹ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.248.

Zira “tecavüz” kelimesi karşı koyma iradesini içerirken “istismar” kötüye kullanma anlamına gelmektedir.

3.3.2.3. Mağdura Cebir ve Şiddet Kullanımı

Mer’i hukukta 15 yaş altı bireylere yönelik cinsel istismar suçunun temel şeklinde varsayılan cebir vardır. Bu yaş grubu çocuklara cebir ve şiddetin uygulanması suçu ağırlaştırıcı bir sebep teşkil etmektedir.³⁷⁰

İslam Hukuku’nda kız çocuğunun cinsel ilişkiye zorlanması halinde faile uygulanacak had cezasına tazminat yükümlülüğünün eklenmesi âlimlerin bir kısmı tarafından savunulmuştur.³⁷¹ Bu bakımdan cebir ve şiddetin cezayı ağırlaştırıcı etken olarak değerlendirildiği görülmektedir.

15-18 yaş aralığındaki çocuklarla cinsel ilişki fiili, bilindiği üzere, çocuğun rızasının olması hâlinde failin yaşının 18’den büyük ya da küçük olması fark etmeksizin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaktadır.³⁷² Fakat rızanın olmadığı, cebir ve şiddete başvurularda yahut hile ya da iradeyi sakatlayan başka bir nedene dayalı olarak işlenmesi halinde cinsel eylemlerde mağdur eğer 15-18 yaş grubunda ise eylem cinsel istismar suçu olarak işlem görmesine neden olur.³⁷³ Suçun ismindeki bu değişim 2 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezasının, 16 yıldan aşağı olmayacak³⁷⁴ şekilde ağırlaştırılmasıyla sonuçlanmaktadır.

3.4. Cinsel İstismar Suçunun İspat Vasıtaları

Suçların ispatında genel olarak itiraf, şahitlik ve karine gibi deliller kullanılır. Bununla birlikte suç tiplerinin gereklerine ve imkânlara göre başvuru çeşitli ispat vasıtaları vardır. Cinsel istismar suçunun, özel bir suç türü olmasından ötürü ispatının zorluğu, ispat vasıtalarının çeşitliliği ve bu suça münhasır olması değerlendirmede hasasiyet gerektirmektedir.

³⁷⁰ Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.381.

³⁷¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.509; İbn Ferhun, *Tebşiratü'l-Hükkam*, s.174; Ebû Zeyd, *En-Nevadîr ve'z-Ziyadat*, s.257; Alaeddin b. el-Attar, *Fetava'l-İmam en-Nevevi*, (thk) Muhammed Haccar, Dârü's-Selam, Medine 1985, s.157.

³⁷² Öztürk, Erdem, *Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, s.359.

³⁷³ TCK Md.104.

³⁷⁴ Yeniden Düzenleme: 24/11/2016-6763/13 Md.

Daha önce değinildiği üzere, cinsel istismar suçunu had gerektiren iğtisap ya da zina suçu olarak değerlendirenler olduğu gibi zina haddinin şartlarını tam olarak taşı-maması nedeniyle ya da yapısı itibariyle tazir ile cezalandırılması gerektiğini savunan-lar vardır. Bu bakımdan öncelikli olarak bu suçlar için başvuru ispat vasıtaları de-ğerlendirmeye alınacak, ardından cinsel istismar suçu özelinde kullanılan araçlara yer verilecektir.

Zinanın had gerektiren suçlardan olmasının yanında; kişinin maddi ve manevi şahsiyetini ilgilendiren ağır bir suç olması hasebiyle ispatında aranan şartlar sıkı tutul-muştur. Kimsenin böylesi ağır bir suça dair töhmet altında kalmaması ve kesin olarak ispatlanması amacıyla suçun ispatında denge gözetilmiştir.³⁷⁵ Zina suçunda ispat şart-larının zorlayıcı olması, ispat vasıtalarında da suç ceza dengesi sağlanmasına işaret eder.

Tazir suçlarının ispatlanması için delillerde aranan niteliklerin, hadlerde oldu-ğundan daha geniş olduğu görülmektedir. Fukahanın çoğunluğuna göre tazir gerekti-ren suçlar, hadlerde olduğu gibi ikrar ve şehadet delillerinin yanında kul haklarına dair diğer davalarda geçerli olan araçlarla da ispatlanabilmektedir.³⁷⁶ Bu araçlar arasında aşağıda ele alacağımız delillerin yanında davalının kendisine teklif edilen yemini yap-maktan kaçınması ve hâkimin suçun işlendiğini bilmesi de sayılabilir.

Cinsel istismar suçu öğelerinin iğtisap ve zina suçlarına oranla daha geniş ol-ması; suçun işlendiği mekân bakımından da bu suçlardan farklı olarak teknolojik alt-yapıyı kullanması ispat vasıtalarında da çeşitliliği gerekli kılmaktadır.

Modern ispat yöntemlerini burada incelemek yerinde olacaktır. Bu nedenle bu bölümde had suçlarının ispatında kullanılan klasik dönemde kabul görmüş delillerin yanında günümüzde teknolojik imkânlar ile erişilen delillerin ve yeni ortaya çıkmış yöntemlerin kullanımı ile elde edilen verilerin cinsel istismar suçu için delil niteliği de irdelenecektir.

³⁷⁵ Murat Polat, *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Ceza Arasındaki Denge*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 2015, ss. 69-70.

³⁷⁶ Şevket Pekdemir, *İslam Ceza Hukukuna Göre Adli Tıp ve Maddi Delil*, Nobel yayıncılık, Ankara 2018, s.348.

3.4.1. Suçlunun İtirafı

İslam hukuk terminolojisinde “ikrar” kavramı ile itiraf edilen itiraf, irade sahibi mükellef bir kimsenin bir başkasına ait hakkın kendisinde olduğunu haber vermesi, kendi aleyhine olan bir şeyi açık etmesidir.³⁷⁷

İkrar, suçu gerçekleştirdiğine dair itirafın açıkça yapılması ile gerçekleşen, hakların ve hadlerin sübutu için en güçlü araçtır. Kaynaklığını kitap³⁷⁸, sünnet³⁷⁹ ve icmadan alan itiraf, zina suçunun ispat edilmesinde, geçerliliği ittifakla kabul edilen bir delildir.³⁸⁰

Suçla ilişkin itirafın geçerli bir delil olabilmesi için itiraf eden kişi yaptığı işi net bir şekilde anlatmalı, itiraf ile ilgili şüpheleri gidermeli, zina olduğunu söylediği fiilin had cezası gerektirip gerektirmeyeceğini belirtmelidir.³⁸¹ Bu aşamada failin, eylemin, zina suçunun tüm unsurlarını içinde barındıracak şekilde gerçekleştirdiğine dair somut bilgiyi yargı makamına sunması beklenmektedir.

Bir kişinin gönüllü olarak kendi aleyhine itirafta bulunması, âlimler tarafından suçun ispatı için yeterli bir delil olarak ittifakla kabul edilmiştir.³⁸² Kişinin söylediği söz doğru veya yalan olabilir. Ancak mantıken bir insanın kişisel çıkarlarını göz ardı ederek kendi aleyhine bir itirafta bulunması mümkün görünmediğinden itiraf, geçerli bir delil olarak işlem görmüştür.³⁸³ Bu bakımdan ikrar delili, şehadetten daha güçlü bir delil olarak görülmektedir.³⁸⁴

Kişinin kendi aleyhindeki itirafı yalnızca kendisi için sonuç doğurur. Cinsel ilişkinin tarafları olayın gerçekleşme şekli ve şartları ile ilgili farklı beyanlarda bulunduklarında, her birey için beyanı esas alınarak hükme varılır. Şöyle ki bir erkek ve kadının

³⁷⁷ Merginani, *el-Hidâye*, C.III, s.180; İbn Ferhun, *Tebsiratü'l-Hükkam*, C.II, s. 53; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.III, s.46-47; Mecelle Md 1572.

³⁷⁸ Tevbe 9/102.

³⁷⁹ Müslim, Hudud, 23; Ebu Davud, Hudud, 23; Darimi, Hudud, 17; Darimi, Hudud, 14. İkrarın delili Maiz ve Gamidli kadının Resulullah'a gelerek zina ettiklerine dair ikrarda bulunmaları ve bunun üzerine recmedilmeleri yani zina haddi ile cezalandırılmalarıdır.

³⁸⁰ Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.150. Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 617. el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 264. İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 145; Buhuti, *Keşşafü'l-kına* C.VI, s.99; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.325; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.195.

³⁸¹ Udeh, *et-Teşriü'l-Cinai*, C.IV, s.98.

³⁸² Esen, “Zina”, ss. 441-442.

³⁸³ Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.193. Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Serahsî, *Mebhut*, C.XVII, s. 268.

³⁸⁴ İbn Ferhun, *Tebsiratü'l-Hükkam*, C.II, s. 53.

zina ettiklerine dair bir şikâyetin adli mercilere ulaşması halinde tarafların her ikisine de sorulur. Erkek, bahsi geçen kadınla evli olduğunu iddia ederken kadının eylemin zina olduğunu belirtmesi halinde suçun ispatında başvurulacak ilave deliller de yoksa tarafların ikrarları esas alınır. Erkeğin nikâh iddiası sebebiyle, kadına mehir ödemesine; kadının zina ikrarı sebebiyle had ile cezalandırılmasına hükmedilir.³⁸⁵

Zinaya zorlanan/tecavüze uğrayan kadın için de bu hükmün işletildiği görülmektedir. Bir erkek zina ikrarında bulunurken kadın zinaya zorlandığını/tecavüze uğradığını iddia ederse erkeğe had cezası uygulanırken kadına uygulanmaz. Bu hüküm ile³⁸⁶, kadının ikrah dolayısıyla muafiyetinden ziyade erkeğin zina itirafı kendi aleyhine delil olarak kullanılırken, kadının, erkeğin itirafına binaen zina eyleminin tarafı olarak sorumlu tutulmadığına dikkat çekmek isteriz.

Suç itirafının kaç defa tekrarlanması halinde geçerli olacağı konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Bunlardan birine göre haddin uygulanması için itirafın dört ayrı mecliste, dört defa tekrarlanması gerekmektedir. Tek mecliste ya da farklı meclislerde olması yönünde özel şart konusunda hemfikir olmamakla birlikte, Hanefî³⁸⁷, Hanbelî³⁸⁸ ve Şii'lere³⁸⁹ göre itirafın geçerli olması için dört defa tekrarlanması gerekmektedir.³⁹⁰ İtirafın dört defa olması gerektiği yönünde görüş bildiren âlimler, meclislerin ayrılığını şart koşmazken Hanefî âlimler, Maiz Bin Malik hadisine³⁹¹ binaen her bir ikrarın ayrı meclislerde yapılması gerektiğini aktarır.³⁹² Mâlikî ve Şâfiî'lere göre ise tek ikrar zina haddine hükmedilmesi için yeterlidir.³⁹³

³⁸⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s. 53. Fakat kadın nikâhı reddediyor, rıza ile zina ettiklerini ikrar ediyor ise zâniye olduğundan dolayı mehre hak kazanamayacağı görüşünde olanlar da vardır.

³⁸⁶ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.18

³⁸⁷ İkrar dört ayrı mecliste, hâkimin her defasında reddetmesi ile dört defa olmalıdır.

³⁸⁸ Dört ikrar tek mecliste gerçekleşebilir.

³⁸⁹ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 344.

³⁹⁰ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, s.141; Buhutî, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.99. el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 264. Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, ss. 149-150; Mâverî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 292; İbn Teymiyye, *el-Münteka Fi'l-Ahkami's-Şer'iyye Min Kelami Hayri'l-Beriyye*, thk.: Tarık b. Avazullah b. Muhammed, C.III, Daru İbnu'l-Cevzi, Demmam 2002, s. 46; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 585; el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.308. İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 585.

³⁹¹ Ebu Davud, *Hudud*, 24.

³⁹² Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.89; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 585; Serahsî, *Mebcut*, C.IX, s. 91; Abdülganî b. Talib b. Hammade ed-Dimaşki el-Hanefî Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb*, C.III, Darul Hadis Kahire t.y, s.180; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.17; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 585; Mâverî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 293; Cezîrî, *el-Fıkıh Ale'l-Mezahibi'l-Erbâa*, C.V, s. 83.

³⁹³ Cezîrî, *el-Fıkıh Ale'l-Mezahibi'l-Erbâa*, C.V, s. 82-83. Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, Ss.149-150; Mâverî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s.292; İbn Teymiyye, *el-Münteka*, C.III, s. 46; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.585. Serahsî, *Mebcut*, C.IX, s. 91.

İtirafın geçerli bir delil olabilmesi için aranan en temel şart, itirafta bulunan kişinin akıl-baliğ olmasıdır.³⁹⁴ Buna göre hür ve mükellef bir kişinin kendi aleyhine itirafı geçerlidir. Akıl-baliğ bir kişi işlediği suça dair ikrarda bulunursa, o suça ilişkin ceza düzenlenir. Delinin ve sarhoşun itirafı akli melekelerin yetersizliği gerekçesiyle ikrar olarak kabul edilmemiştir.³⁹⁵ Mâlikîlere göre zinaya zorlanan, akıl-baliğ bir kimse dahi olsa ikrah sebebiyle ikrarı geçerli değildir.³⁹⁶

Çocuğun ikrarının hükmü konusunda ise ulema ikiye ayrılmıştır. Çoğunluk, mükellefiyet şartından ötürü çocuğun ikrarını geçerli kabul etmemektedir. Bu görüşe göre ikrar, mükellef birey tarafından yapılması gerektiğinden ilzam ehliyeti olmayan çocuğun sözü muteber değil, ikrarı geçerli değildir. Hanefîler³⁹⁷, Hanbelîler³⁹⁸, İmam Malik ve İmam Şâfiî (öl. 204/820)³⁹⁹ bu görüştedir. Onlara göre (erkek) çocuk zinaya dair ikrarda bulunsu dahi, bu ikrara dayanarak herhangi bir cezaya hükmedilmez.⁴⁰⁰

Çocuğun ikrarını geçerli saymayan bu görüş, kaynağını çocuktan kalemin kalktığını⁴⁰¹ ifade eden hadisten alır. Çünkü “kalemin kalkması” çocuğun söz ve fiillerine itibar edilmemesinin delilidir. Aynı zamanda bu görüş akılla da desteklenir. Farzlarla muhatap olanın çocuklar değil, akıl baliğ insanlar olması, hakkın iltizamının söz ile gerçekleşmesi ve satış gibi akitlerde çocuğun sözünün sahih kabul edilmemesi; çocuğun anlattıklarının da şehadetinin de geçerli olmaması akli deliller olarak sunulur. Buna mukabil bazı âlimler çocuğun mali ikrarını caiz görmüşse de öldürme ve benzeri suçlarda ikrarına itibar etmemişlerdir.⁴⁰² Konuyla alakalı bir diğer ayrım ise çocuğun me’zun küçük olmasına ilişkindir. Bu görüş velisinin kendisini alım-satım için yetkili gördüğü çocuğun itiraflarını geçerli kabul ederken, mahcur küçüğün itiraflarını geçersiz görmektedir.⁴⁰³

³⁹⁴ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s.180; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.17; Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 292; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 585.

³⁹⁵ Müslim, *Hudud*, 5.

³⁹⁶ Hattab, *Mevahibü'l-Celil*, C.VII, s. 215.

³⁹⁷ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.III, s.46-47.

³⁹⁸ Buhutî, *Keşşafü'l-Kına*, C.VI, s.99.

³⁹⁹ Hattab, *Mevahibü'l-Celil*, c.VII, s. 215.

⁴⁰⁰ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.III, s.46-47; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.22.

⁴⁰¹ Ebu Davud, *Hudud*, 17; Nesai, *Talak*, 21.

⁴⁰² Cemile Abdülkadir Şaban Rifâî, *el-Ahkamu'l-Fıkhiyye ve't-Terbeviyyeti's-Şamile el-Müteallika Bi'l-Etfal*, Daru'l-Furkan, Amman 2006, ss. 195-196.

⁴⁰³ Rifâî, *El Ahkamu'l-Fıkhiyye*, s.196.

Çocuğun ikrarını geçerli saymayan görüşün, ona, cezai mükellefiyetinin olması gerekçesiyle suça ilişkin sorumluluk yüklenmeyeceği prensibinden doğduğu görülmektedir. Bu iddialar çocuğun kendisi hakkında sonuç doğurmayacak olması bakımından ikrar olarak alınamayacaksa da destekleyici kanıtlar olarak değerlidir.

3.4.2. Suça Tanıklık

Suçun tespiti için, failin ikrarı olmadığında, suça şahitlik eden insanların şهادتleri dinlenir.⁴⁰⁴ Kaynaklığını nasslardan alan şahitlik⁴⁰⁵, zina suçunun tespitinde üzerinde ittifak edilen bir araçtır.⁴⁰⁶

Mahkeme huzurunda zinaya şahitlik edecek kimsenin penisin vajinaya girdiğini net bir şekilde ve bizzat görmesi, ayrıca gözlemlerini açık ifadelerle anlatması şهادetin kabul edilmesi için önemlidir.⁴⁰⁷ Çünkü zina suçunun tespitinde şahide şahitliğin geçerli olmadığı konusunda âlimler ittifak etmiştir.⁴⁰⁸

Zina suçunda şهادetin geçerli olması için dört hür, adil kişi suça şahit olmalıdır.⁴⁰⁹ Şahitlerin sayısının dörde ulaşamaması halinde zina suçunun işlendiği haberini getirenlere ne yapılacağı konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Hanefîlere göre, zina ile suçlanan kişinin talebine bağlı olarak bu kişilere kazif haddi uygulanır.⁴¹⁰

Şâfiî mezhebinde iki görüş oluşmuştur. Bunlardan birine göre gelenlere kazif haddi uygulanır; diğerine göre had uygulanmaz.⁴¹¹

Mâlikîlere göre iki kişinin zina ettiğine dair gelen şهادet başvuruları eğer dördün altında ise kabul edilmeyerek, gelenlere kazif haddi vurulur.⁴¹² Şahitlerden üçü görerek biri/ikisi başka şekilde şahitlik edecek olsa şahitlik yeter sayısına ulaşılmadığı

⁴⁰⁴ Beyyine Külfeti İçin Bkz Sahip Beroje, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku*, Fecr Yayınları, Ankara 2007.

⁴⁰⁵ Nisa 4/15, 135; Nur 24/4,13; Ebu Davud, Hudud, 24.

⁴⁰⁶ Serahsî, *Mebhut*, C.IX, s. 38; Merginani, *Hidâye*, C.III, s. 116; Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 293; Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.150; Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 617. el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 264. İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 145; Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.99; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.325.

⁴⁰⁷ el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 264.

⁴⁰⁸ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.308.

⁴⁰⁹ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s.179. Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.102; Serahsî, *Mebhut*, Çağrı Yay. 1983, C.IX, s. 38. Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 293.

⁴¹⁰ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.7.

⁴¹¹ Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s.293.

⁴¹² İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.586.

gerekçesiyle yine şahitlere kazif haddi uygulanır.⁴¹³ Eğer gelenlerden birisi zina ettiği iddia edilen kadının kocası ise şahit yeter sayısına erişilmemiş sayılır ve diğer şahitler aynı şekilde kazif ile cezalandırılır.⁴¹⁴

Dört şahidin hâkimin huzurunda eylemin kim arasında, nasıl, nerede ve ne zaman gerçekleştiğine dair şahitlik etmeleri ve bu konuda hemfikir olmaları gerekmektedir.⁴¹⁵

Dört kişi, hâkim önünde, zinaya tanıklık ettiğinde, hâkimin onlara zinanın ne demek olduğunu, suçladıkları kişinin nasıl, nerede ve ne zaman zina ettiğini sorması gerekir. Hâkimin zinanın ne anlama geldiğini sorması, bazı insanların her tür haram ilişkiyi zina zannetmesi sebebiyledir. Hadislerde, her ne kadar gözlerin, ayakların zinasının varlığından bahsedilmiş olsa da had cezası cinsel ilişkiye girilmedikçe verilmez. Hâkim böylece şahitlerin, zinanın diğer haram yakınlaşmalardan farkını ayırt edip edemediklerini tespit etmeye çalışır. Zina suçu, zamanaşımına uğradığında, şahitler vasıtasıyla kanıtlanırsa had cezası uygulanmaz. Bu nedenle hâkim, şahitlere zinanın ne zaman yapıldığını sorar. Zina suçu eğer Müslüman olmayan bir ülkede işlenmişse, Müslüman yöneticinin bu suça ceza verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle hâkim, zinanın nerede yapıldığını sorar. Kiminle zina ettiğini sorması ise Hz. Peygamber'in Maiz'e zina ettiğini dört defa ikrar ettikten sonra "kiminle zina ettin?"⁴¹⁶ diye sorması nedeniyledir.⁴¹⁷ Görüldüğü üzere hâkimin soruşturmayı etraflıca yapması gerekmektedir.

Şahitliğin geçerli olması için aynı kişilerin, aynı yerde, aynı zamanda ve aynı olay için şahitlik etmesi gereklidir. Şahitler bir mecliste toplandıklarında şehadetleri dinlenir. Eğer ayrı ayrı meclislerde gelirlerse şehadetleri kabul edilmez.⁴¹⁸ Şu şekillerde yaşanan uyumsuzluklar beyyinenin delil niteliğine zarar verdiğinden dolayı haddi düşürücü fonksiyondadır:

⁴¹³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, c.4 s.482.

⁴¹⁴ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.308.

⁴¹⁵ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s. 38; Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 293.

⁴¹⁶ Ebu Davud, *Hudud*, 24.

⁴¹⁷ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s. 63-64.

⁴¹⁸ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.309.

- Şahitlerin gördükleri zina eyleminin gerçekleştiği yer hakkında farklı bilgiler vermesi⁴¹⁹
- Şahitlerin ikisi kadının zinaya zorlandığını ikisi kadının rızasıyla birlikte olduğunu iddia etmesi⁴²⁰

Şunu da ifade etmek gerekir ki ikinci maddede gerçekleşen vakanın ortaya çıkması hâlinde erkeğin rızası konusunda tüm şahitlerin fikir birliği olmasından dolayı erkeğe zina haddi gerektiğine dair görüş bildirenler de vardır. Şahitlerin yaşadığı tereddüt sebebiyle haddin kadından olduğu gibi erkekten de düşeceği görüşü Ebu Hanife'ye ve İmam Züfer'e aittir. Ancak İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre böyle bir durumda erkeğe had vurulur. Çünkü şahitler erkeğin rızası konusunda bir tereddüt taşımamaktadır. Şahitlerin hepsi erkeğin bile-isteye zina ettiği konusunda hemfikirdir. Fakat kadının bu ilişkiye rızasının olup olmadığında ihtilafa düşmüşlerdir. Bu nedenle bu olayda erkeğe had vurulurken, onlara göre kadına had vurulmaz. Ebu Hanife ise şahitlerin, şahitlik ettikleri olayda ihtilafa düştükleri düşüncesinden hareketle haddin düşeceği kanaatindedir.⁴²¹

Uygun koşullarda şahitlik ile bir kadının zina ettiğine hükmedildikten sonra kadının bakire olduğu anlaşıldığında şahitlerin şهادetleri reddedilir/itibar edilmez; oluşan şüphe nedeniyle kadından had düşer. Çünkü kadının bakire olduğunun ispatlanması, zinanın gerçekleşmediğinin delilidir.⁴²² Bir başka görüşte ise bekâret zarfının farklı farklı yapılarda olduğu, ilişki neticesinde yırtılmamış olabileceği ihtimalini göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre 4 şahidin hakkında zina ettiği iddiasında bulunduğu kadın, bekâr olduğunu iddia etse ve muayene edilip bu iddiası doğrulansa dahi hakkında zina suçunun sabit olmasından dolayı bunlara itibar edilmez ve ona zina haddi vurulur.⁴²³

⁴¹⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, c.4 s.509.

⁴²⁰ Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 619.

⁴²¹ Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.103; Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 73.

⁴²² Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 72.

⁴²³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.514-515.

Şahitliğin geçerlilik süresi ile alakalı olarak da âlimler arasında ihtilaf vardır. Şâfiî mezhebi âlimleri zina fiilinin üzerinden geçen zamanı dikkate almaksızın şahitliği geçerli kabul ederken, Ebu Hanife olayın üzerinden 1 ya da daha fazla zaman geçmesi halinde zina suçunda şahitliği delil olarak kabul etmez.⁴²⁴

Şahitlerden bazısı hüküm verilmeden önce şهادetlerinden dönerse dördüne de had vurulur. Eğer hüküm verildikten sonra şهادetten dönen olursa, dönen kişiye had uygulanır.⁴²⁵ Şahitlik konusunda gösterilen bu hassasiyet haddin uygulanmasında ihtiyatlı davranılması ve kötülüklerin, büyük günahların gizlenmesi ve bu şekilde topluma kötü örneklik teşkil etmemesi konusunda gösterilen çaba ile izah edilebilir.⁴²⁶

3.4.3. Suç Kanıtları

Suçun ispatında geçerliliği konusunda ittifak edilmiş deliller olan suçlunun itirafı ve suça şahitlik edilmesi yanında bazı araçlar yardımcı delil olarak kullanılmaktadır. Ortaya çıkan hamilelik, sperm kalıntıları, DNA analizleri, parmak izi, bekâret testi, görüntü-ses kayıtları ve son dönemde giderek yaygınlaşan bir uygulama olarak oyun terapisi cinsel istismar suçunun tespitinde başvuru güçlü delillerdir. Klasik dönemden bugüne şahitlik ve itiraf, suçun tespitinde en temel ispat aracı olarak işlem görmüşse de taşıdığı sübjektif nitelik, günümüzde insanlara olan itimadın azalması nedeniyle delil niteliğine şüphe düşürmüştür. Parmak izi, sperm kalıntısı gibi deliller uygun şekilde toplandıklarında objektif veri sağlamaktadır.⁴²⁷

Yaşanan bir cinsel istismar vakasının sağlık personeli, rehber danışman, psikolog, öğretmen gibi kamu görevlilerince delillere dayanarak tespit edilmesi mümkündür. Çocuğun beyanı, fizik muayene, makattan vs kan gelmesi gibi verilere tanıklık eden kimsenin durumu adli makamlara bildirme yükümlülüğü vardır. Kişinin işlenen bir suçu bildiği, gördüğü halde, bildirmemesi 5237 Sayılı TCK md. 278 kapsamında suç teşkil etmektedir. Özel ihbar yükümlülüklerinin olması hasebiyle, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi TCK md. 279'da, sağlık görevlisinin bildirmemesi ise md. 280 ile yaptırıma bağlanmıştır.

⁴²⁴ Mâverdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 293.

⁴²⁵ İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 586.

⁴²⁶ Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s. 325.

⁴²⁷ Şevket Pekdemir, "Hırsızlık ve Cinayet Suçlarında Parmak İzinin İspat Değeri", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2016/2, 30/15, s.463.

3.4.3.1. Hamilelik

Açık deliller olmaları hasebiyle zina suçunun ancak itiraf ve şahitlik ile sabit olacağı⁴²⁸ şeklindeki rağbet gören görüşün yanında hamileliğin görünür olmasını da zina suçunun ispatında önemli bir karine olarak kabul edenler vardır. İtiraf ve şahitlik delillerinin şartları üzerinde ihtilaflar olmakla birlikte zina suçunun ispat aracı oldukları konusunda icma varken hamilelik karinesinin delil niteliğinde ihtilaf vardır.⁴²⁹

Bekâr olan ya da kocası yanında olmayan bir kadının hamileliğinin ortaya çıkması ve kadının kendisine zorla tecavüz edildiğine veya tam bir birleşme olmaksızın meninin cinsel organına ulaşmış olabileceğine yönelik bir açıklaması olmaması halinde hamilelik, zina suçunun ispatlanması için geçerli bir karine olur.⁴³⁰ Bununla birlikte hamilelik, kesin bir kanıt olarak değerlendirilemez.

Evli olmayan bir kadının hamile kalması durumunda kadının ikrah iddiasının kabul edilmesi ve zina haddi hak etmesi konusunda iki farklı görüş oluşmuştur:

Birinci görüşe göre bu durumdaki kadına had uygulanmaz. Ebu Hanife, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ikrar ve beyyine olmaksızın zina suçu sabit olmaz. Kadının zinaya rızasının olmadığına dair iddiası yahut gebeliğin zina dışında bir yolla oluşmuş olma ihtimali varsa bu şüphe hamile kadına had uygulanmasına engel teşkil eder.⁴³¹ Yalnızca hamilelik karinesine bakılarak kadına had uygulanamaz. Bu kadının ikrah altında zina ettiğini/tecavüze uğradığını iddia etmesi, şüpheli bir birliktelik yaşamış olması, zina itirafında bulunmaması durumları eşit değerlendirilir. Bir kadın, tecavüze uğrama ya da bilgisi ve onayı olmaksızın bir şekilde meninin fercine ulaşması durumları dolayısıyla hamile kalmış olabilir. Bu görüşü savunanlar, tüm bu ihtimalleri göz önüne alarak bu kadın hakkında başka bir delil olmaksızın had cezası uygulanmasını reddetmiştir.⁴³² Bu bakımdan evli olmayan bir kadının hamileliğinin görünür hale gelmesi ve kadının da zinaya zorlandığını söylemesi durumunda kadına had gerekmez.⁴³³

⁴²⁸ Buhuti, *Keşşafü'l-kına*, C.VI, s.99; Ensârî, *Esna 'l-Metalib*, C.VIII, s.325.

⁴²⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, C.II, S 566.

⁴³⁰ İbn Kudâme, *el-Mugni*, Mektebetu Kahire 1968 C 9, s. 79; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 585.

⁴³¹ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.IV, s.105.

⁴³² Ensârî, *Esna 'l-Metalib*, C.VIII, s.312.

⁴³³ Ferra, *el-Câmiü's-Sagir*, s.312.

İkinci görüşe göre eğer nikâhlı olmayan bir kadın hamile kaldıysa o kadın hakkında zina hükmü sabit olur. Kadın, kendisine şahitlik edecek birini bulamadığı takdirde tecavüz iddiası kabul edilmez ve zina haddi uygulanır. Kadının bu eyleme razı olmadığını gösteren bir delil ya da emaresi olmadığı takdirde bu iddiası kabul edilmez.⁴³⁴ Eğer kadının tecavüze uğradığına dair karine bulunursa ancak bu durumda ceza kalkar. Kadında zorlanma dolayısıyla oluşacak hasar; kadının bu fiile zorla katlandığını gösteren, ağlama, bağırma, imdat çağrısında bulunma, çığlık atma gibi tepkileri fiilin tecavüz olduğunu gösterir ve kadından had düşer.⁴³⁵ Bu görüş Mâlikî mezhebine aittir. Bahsi geçen durumdaki kadının hamileliğinin zina suçuna delil olarak gösterilmesi için adli tıp raporlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Burada toplanacak veriler ile suçun tespiti doğru bir şekilde yapılacaktır.

Görüldüğü gibi hamilelik karinesi, klasik kaynaklarımızda kadının maruz kaldığı saldırı sebebiyle cezanın düşeceği; hamileliğin sebebinin tecavüz olduğunu ispatlayamaması halinde kadının zina suçundan yargılanacağı gibi görüşler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Cinsel istismar suçu bağlamında hamilelik karinesinden, cinsel istismar suçunun delili olarak yararlanmak mümkündür. Çünkü bahsi geçen hükümlerde kadının rızasının tespiti açısından tecavüzün ispatı gibi şartlar sunulmuştur. Oysa cinsel eylem çocuğun rızasının muteber olmamasından dolayı mefruz cebirle işlenmiş sayılacağından, hamile kalması, penetrasyonun varlığına dair delillerin eklenmesi ile nitelikli cinsel istismar suçunu; değilse sürtünme vb yolla gebeliğin oluşmasından dolayı cinsel istismar suçunun basit şeklini düşündürür.

3.4.3.2. Adli Tıp Raporları

İstismarın niteliği, eylemin tekrarı, failin kimliği, zararın boyutu gibi pek çok bileşen adli tıp raporları ile tespit edilebilmektedir.

Cinsel istismar şüphesi olan bir vakada takip edilecek adli tıp prosedürü ile uzmanlar çocuğun ağzından, vajinasından, rektumundan alınacak doku örnekleri üzerinde DNA analizleri yaparak istismarın akut yahut kronik olduğuna dair veriler elde edebilmektedir. Tüm bu çalışmaların fotoğraflarla da belgelenmesi önemlidir.⁴³⁶

⁴³⁴ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s. 586; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.IX, s.79.

⁴³⁵ Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s.263-264; İbn Ferhun, *Tebşiratü'l-Hükkam*, C.II, s.120.

⁴³⁶ Polat, Yayıncı, “Ölümlü Sonuçlara İstismar Olgularına Yaklaşım”, s.240.

Genetik faktörlerin, doğacak nesillere etkisinin Hz. Peygamber döneminde bilindiğini ve adli bir vakada gerçekleri ortaya çıkarmaya etkisi bakımından faydalanılabilir olduğunu şu örnek göstermektedir: Hz. Peygamber'in yanına gelen bir adam, karısının zina ettiğini iddia etmiş ve Hz. Peygamber bu eşler arasında lian hükmünü uygulamıştır. Resulullah zina ile suçlanan kadının birlikte olduğu adama atfen, doğacak çocuğun siyahi kıvrıkcık saçlı olabileceğini söylemiş ve kadının sahiden bu özelliklerde bir çocuk doğurmuştur.⁴³⁷

Adli tıp raporlarına binaen zina haddine hükmedilmesi konusunda iki farklı görüş olduğu tespit edilmiştir.⁴³⁸ Bunlardan biri zina suçunun ispat yöntemlerinin yalnızca itiraf ve delil olması; test sonuçları konusunda hata ihtimali; kötülüklerin yayılmasını önlemek amacıyla gizli tutulmasının gerekliliği nedeniyle bu raporları had cezasına hükmetmek için yeterli görmemektedir. Diğer görüş ise doğruluğundan emin olunan DNA sonuçlarının zinayı ispat için güçlü bir delil olduğu, geçmiş örneklerde hata ile hadde hükmedilmesinin önüne ilave deliller ile geçildiği, soyaçekimin zina failini tespit etmede önemli bir araç olduğu düşüncelerine binaen DNA testi sonuçları ile zinaya hükmedilebileceğini aktarır.

Yetişkinler arası cinsel suçlarda DNA ile suçun ispatlanması tartışmaları ikrah varlığının bilinmemesi açısından kesinlik arz etmiyor olsa da bu delil cinsel istismar suçu özelinde ele alındığında güvenilir bir kaynak olarak değerlendirilmelidir. Nitekim cinsel istismarın tanımında daha önce de belirttiğimiz gibi, çocuğa yönelik okşama, sürtünme gibi tacizler yahut çocuğun bedenine müdahale içeren cinsel saldırılar çocuğun basit ve nitelikli istismarı suçunu teşkil eder. Bu bakımdan çocuğun cinsel organından alınacak doku örnekleri suçun ispatı, suçlunun tespitinde geçerli ve önemli bir kaynaktır.

Adli tıp çalışmaları kapsamında istismara uğradığı şüphesi olan çocuk ölü olarak bulunduğu, istismar sonrası çocuğun sağlık kurumuna ulaştırılmasında gecikme

⁴³⁷ Müslim, Lian, 11; Nesai, Talak, 37-38.

أَبْصَرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَبْيَضَ سَبْطًا قَضَى الْعَيْنَيْنِ فَهُوَ لِهَالِلِ بْنِ أُمَيَّةَ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ جَعْدًا حَمَشَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ . قَالَ فَأَتَيْتُ أَنَّهَا جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ جَعْدًا حَمَشَ السَّاقَيْنِ

⁴³⁸ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz Pekdemir, *Adli Tıp*, Ss.242-251.

olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca yapılan ilk incelemelerde cinsel istismarın gerçekleştiğine dair bir kanıt rastlanmamış dahi olsa vajina ve rektumda travmaya ilişkin ileri araştırmalar yapılmalıdır.⁴³⁹

3.4.3.3. Bekâret Testi

İlk dönemlerden beri zina suçunun ispatında başvurulmuş bir yöntem olan bekâret testi tarihsel süreçte resmi bir hüviyet kazanmıştır.⁴⁴⁰ Cinsel istismar suçunun nitelikli hâlinde kız çocuğunun vücuduna giren organ, parmak ya da cisim sebebiyle bekâret zarı yırtılabilmektedir. Bu bakımdan suça ilişkin temel bir bulgu niteliğindedir.

Herhangi bir delilin yok edilmemesi amacıyla olası bir istismar vakasında mağdur çocuk yıkanmadan, herhangi bir müdahalede bulunulmadan bir uzman tarafından muayene edilmelidir. Genel muayenesi yapılan çocukta fiziksel hasar durumu kontrol edilmeli, en son genital muayene bir doktor tarafından yapılmalıdır. Muayeneyi yapan doktorun vücuttaki istismara dair izlerin fotoğraflarını net bir şekilde çekmiş olması kayıt altına alınması bakımından önemlidir.

Doktor yapacağı genital muayene ile çocuğun bekâret zarının darbe alıp almadığını tespit edebilir. Bu şekilde cinsel istismara dair en belirgin kanıt elde edilmiş olur. Bekâret testi başlı başına yeterli bir delil olmasa da muayenede alınacak doku, kan ve kıl örnekleri toplanıp incelendikten sonra meçhul failin kimliğini tespit de mümkündür.

Uygulamada yapılan hatalar bu yöntemin delil niteliğini zayıflatmaktadır. Türkiye’de mevcut şartlarda ön değerlendirmenin pratisyen hekimler tarafından yapılması; adli tıp uzmanlarının sayıca az ve coğrafi dağılım bakımından vakalara hızlı müdahale konusunda dezavantajlı olmaları nedeniyle adli tıp değerlendirmesinin eksik ya da hatalı uygulanma ihtimali vardır.⁴⁴¹

3.4.3.4. Görüntü-Ses Kayıtları/IP numaraları

Günümüzde güvenlik gerekçesiyle pek çok alanda gizli ya da açık kameralar bulunmaktadır. Bunun yanında haz alma, tehdit amaçlı kullanma, kaydedip satma gibi

⁴³⁹ Polat, Yayıncı, “Ölümlü Sonuçlanan İstismar Olgularına Yaklaşım”, s.240.

⁴⁴⁰ Pekdemir, *Adli Tıp*, s.257.

⁴⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Nezih Kök, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *EÜHFD*, C.X./3-4, ss.3-13.

amaçlarla da istismar, taciz, tecavüz görüntülerinin kaydedildiği bilinmektedir. Adaleti sağlamak için bu görüntülerin mahkemede kanıt olarak kullanılabileceği belirtilmiştir. Bunun yanında bu görüntülerin suçlunun itirafı niteliğinde addedilerek fail hakkında gerekli hallerde had cezasına hükmedilebileceği belirtilmiştir.⁴⁴²

Merî hukuk bakımından bu kayıtların tek başına delil olma niteliği tartışmalıdır.⁴⁴³ Cinsel suçların ortaya çıkarılmasında bir çeşit dijital veri niteliği taşıyan IP numaraları önemli bir rol üstlense de hakiki sonuca ulaştırması bakımından yan delillerle desteklenmesi gerekli görülmüştür.⁴⁴⁴

3.4.3.5. Oyun Terapisi

Nitelikli cinsel istismar suçu, mağduru sadece saldırı anında değil, ilelebet etkisi altında bırakan bir suçtur. Bu kişi maruz kaldığı saldırıyı yetkili mercilere bildirirken, yargı sürecinde tekrar tekrar anlatırken, acısı da travma boyutunda tekrarlanmaktadır.

Ülkemizde olayın mağdur üzerindeki olumsuz sonuçlarını artıran sebeplerin önüne Çocuk İzlem Merkezleri'nin kurulması ile geçilmeye çalışılmıştır. İstismar mağduru çocukların yönlendirildiği ilk merkez olan ÇİM'lerde olayın detaylarına ilişkin bilgi almak amacıyla oyun terapisi yöntemi kullanılır. Buraya getirilen mağdur çocuktan, bir psikolog tarafından uygun ortam sağlanarak pedagojik yöntemlerle vaka bilgileri alınmakta, en az hasarla sorgu aşaması atlatılarak olaya ilişkin gerekli veriler elde edilerek çocuk, gerekli görülmesi halinde devlet korumasına alınmaktadır.⁴⁴⁵

Cinsel istismar suçunda, çocuk olağan gelişim seyrinde bilmesinin, kurgulamasının mümkün olmadığı cinsel davranışlara maruz kalır. Çocuğun yaşının, muhayyilesinin üstünde kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara dair iddialarının suçun aydınlatılması için dinlenmesi gerekmektedir.

Oyun terapisi, konunun uzmanların özel donanımlar kullanarak çocuğun kendisini rahat hissetmesini sağlayarak, gizli kalmış duygularını yansıtmaya ile istismarın

⁴⁴² Pekdemir, *Adli Tıp*, s. 255; Abdullah Salman, İslam Yargılama Hukukunda İspat Tekniği Olarak Kriminalistik, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Samsun 2021, ss.183-192.

⁴⁴³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 11/07/2014 T., 2013/16791E., 2014/516K.

⁴⁴⁴ 14. Ceza Dairesinin 20.10.2011 T. 2011/17352 E., 2011/1065K.

⁴⁴⁵ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz Bilge Doğanlı, Güliz Karaörs, "Çocuk İstismarı ve Sosyal Devlet Kapsamında Çocuk İstismarına Yönelik Alınan Önlemler", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2017, 2/7, ss. 88-91.

ortaya çıkarılmasına yarayan bir uygulamadır. Suçu ortaya çıkarmakla kalmayıp çocuğun travmatik deneyiminin üstesinden gelmesi, benlik saygısını, güven duygusunu geri kazanarak iyileşmesine de aracılık eder. Çocuğun topluma kazandırılması açısından kıymetli bir etkinliktir.

Oyun terapisinin yapılacağı alanda minyatür ev eşyaları, mahkeme salonları, kum havuzları, kâğıt-kalem, kuklalar, çeşitli hayvan figürleri vb sembolik önem taşıyan bir takım araç-gereç bulundurulur. Terapi esnasında bunlar ile çocuk, olayın gerçekleşme şekli ve yeri hakkında terapistte ipuçları sunar.

Esas itibarıyla çocuğun tedavisine imkân sağlayan bu uygulama anlatmaktan korktuğu, utandığı, anlatmaması için tehdit edildiği durumlar hakkında çeşitli metaforlarla terapistte bilgi vermektedir. Gerçekleşen istismar vakasının ortaya çıkarılmasında başka verilerin istismar şüphesine götürdüğü durumlarda suçu ortaya çıkarmak kullanılabilir. Örneğin istismara uğrayan çocukların, çizdikleri insan resimlerinde vücudun üst kısmına karşı ayrıntıları kâğıda aktarırken alt kısmını ihmal ettikleri tespit edilmiştir. Yine istismar mağduru çocukların çoğunlukla kum havuzlarında yılan figürü kullandıkları görülür. Bu terapilerde kullanılan kuklalar da çocukların kendilerini travmatik deneyimlerinden soyutlayarak saklı kalmış duygu düşüncelerini aktarma aracı olarak fayda sağlamaktadır. Çocuğun tüm bunları kullanma şekli, sıklığı değerlendirilerek terapi yönlendirilir.⁴⁴⁶

3.5. Bazı Cinsel Eylemlerin Cinsel İstismarla İlişkisi

İkinci bölümde çeşitli cinsel suçların tanımları yapılmıştı. Burada bahsi geçen bu kavramların suç niteliğine ve cinsel istismar suçuyla olan ilişkisine yer verilecektir.

3.5.1. Pedofilinin Suç Niteliği

Pedofilinin, çocuk istismarıyla birebir ilişkili bir cinsel sapkınlık olduğunu söylemek mümkünse de hastalık olma vasfı tartışmalıdır. Pedofilik eğilimin arka planının derinlemesine tetkiki ile tanı konulmalıdır. Pedofilinin ceza indirimi yahut muafiyetine etkisi bu tanı ile netlik kazanacaktır. Nitekim cezai ehliyet ancak akıl hastalığı gerekçesi ile kaldırılabilir. Pedofilik bireylerde ise var olan bozukluk yargı-muhakemede

⁴⁴⁶ Detaylar için bkz. Tülin Yurtbay, “İstismar Olgusu Olan Çocuklarda Oyun Tedavisi”, *Tüm Boyutlarıyla Cinsel İstismar 2 Önleme ve Rehabilitasyon*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

değil, irade-dürtü kontrol mekanizmasındadır. İleriye dönük olarak otokontrolü sağlayabilmesi için bu kişinin fiillerinin sonuçlarına katlanması gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁴⁷

Her ne kadar çocuklara cinsel istismarda bulunan kimselerin hepsi pedofilik olarak tanımlanamayacaksa da çocuk istismarının önüne geçmede pedofili kilit noktadır. Eğitim düzeyi, aile yapısı, zekâ geriliği, bağımlılık durumu, medeni hal ve istismar geçmiş gibi etkenler bireyde pedofilin gelişmesinde rol oynar. Pedofili teşhisi ne kadar erken yapılır, tedavi edilir ve bireye bilinç kazandırılırsa çocuğa yönelik istismar vakaları o kadar büyük oranda engellenebilir.

Pedofililer genellikle kendi talepleri ile tedavi için kliniklere başvurmazlar. Pedofilik eylemlerin genellikle gizli ortamlarda yapılması, mağdurun tehdit edilmesi dolayısıyla saklı kalması gibi nedenlerle olgular tam anlamıyla tespit edilemez. Zaten suçluların yargılanmasının önündeki en büyük engel de suçun saklı kalmasıdır. Suç genellikle ciddi yaralanma, ölüm, hamilelik gibi sonuçları ile görünür hale geldikten sonra duyulur. O nedenle yaygınlık derecesini ifade etmek güçtür. Konuyla ilgili yapılan araştırmalar bize büyük oranda batı toplumlarına dair istatistikleri verir. Yerel verileri içeren akademik çalışmalar ne yazık ki oldukça azdır.

Pedofilik eğilimin arka planının derinlemesine tetkiki ile tanı konulmalıdır. Pedofilin ceza indirimi yahut muafiyetine etkisi bu tanı ile netlik kazanacaktır. Nitekim cezai ehliyet ancak akıl hastalığı gerekçesi ile kaldırılabilir. Pedofilik bireylerde ise var olan bozukluk yargı-muhakemede değil, irade-dürtü kontrol mekanizmasındadır. İleriye dönük olarak otokontrolü sağlayabilmesi için bu kişinin fiillerinin sonuçlarına katlanması gerektiğini savunulmaktadır.

Her ne kadar çocuklara cinsel istismarda bulunan kimselerin hepsi pedofilik olarak tanımlanamayacaksa da çocuk istismarının önüne geçmede pedofili kilit noktadır. Eğitim düzeyi, aile yapısı, zekâ geriliği, bağımlılık durumu, medeni hal ve istismar geçmiş gibi etkenler bireyde pedofilin gelişmesinde rol oynar. Pedofili teşhisi ne kadar erken yapılır, tedavi edilir ve bireye bilinç kazandırılırsa çocuğa yönelik istismar vakaları o kadar büyük oranda engellenebilir.

⁴⁴⁷ Alper Evrensel, Aytekin Özşahin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilin Adli Psikiyatrik Yönü” , *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2014/15 (Ek Sayı.1), s.46.

3.5.2. Ensestin Suç Niteliği

Araştırmalar çocuğa cinsel istismarda bulunanların sıklık derecesine göre öz baba, üvey baba, erkek kardeş, büyükbaba ve amca gibi çocuğa en yakın aile çevresinden geldiğini göstermektedir. 2017-2018 yıllarında Sakarya ili ÇİM'e gönderilen 150 vakanın incelendiği bir çalışmada, vakaların %42'sinde fail aile içinden birisi iken, %5.3'ünde failin yabancı olduğu tespit edilmiştir; cinsel istismar vakalarının %70.6'sı ev içinde, %12'si metruk bina/ormanlık alan gibi yerlerde meydana gelmiştir.⁴⁴⁸

Bunun ötesinde bu suçu işleyen erkeklerin çoğu, psikolojik olarak normlardan sapmayan, dikkat çekmeyen, çevreleri tarafından "çalışkan ve iyi bir aile babası" olarak nitelendirilen erkeklerdir. Çocuğa yabancı erkekler tarafından cinsel taciz genelde bir seferlik olarak gerçekleştirilirken, mağdura ulaşım kolaylığı ve otorite imkânı nedeniyle aile içindeki cinsel taciz çoğu zaman yıllar boyunca sürmesi mümkündür.

Ensest ilişkisinin tespit edilmesi devreye giren aile içi parametreler nedeniyle güçtür. Zannedildiğinden daha yaygın olan ensest ilişkisinin mağdurları genellikle failin kendisini tehdit etmesi, utanma, kendisini suçlu bulma ya da kendisine inanılmayacağını düşünmesi gibi nedenlerle yaşadıklarını başkalarından gizlemektedirler. Genellikle hamilelik gibi bir etkenle görünür hale geldikten sonra adliyeye yansımaktadır.⁴⁴⁹ Ensest mağdurlarının damgalanma ve tekrar cinsel saldırıya maruz kalma korkusuyla suçu gizlemeye yöneldikleri de bilinmektedir.⁴⁵⁰

TCK'ye göre ensest ilişki, ancak cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel saldırı suçu şeklinde gerçekleştiğinde suçu ağırlaştırıcı bir faktör olarak ele alınmaktadır.⁴⁵¹ Çocuk, ensest fiilin mağduru olduğunda faile, cinsel istismar için öngörülen ceza miktarının yarısı oranında artırılmak suretiyle yaptırım uygulanmaktadır.⁴⁵² İslam hukukunda ise tarafların eyleme rıza gösteriyor olması eylemi meşru kılmaz,

⁴⁴⁸ Ömer Büber, Hatice Oksal, "Sakarya'da 3-18 Yaş Cinsel İstismar Vakalarının Değerlendirilmesi", *Sosyal Sağlık Dergisi*, Mart 2022, 2/1, s.48.

⁴⁴⁹ Sait Sarıççek ve Hasan Ağrıtmış, "Sürtünme Yolu İle Cinsel İstismar Sonrası Gebelik: Bir Ensest Olgusu", *Adli Tıp Dergisi*, 30/2, 2016, s. 180-185.

⁴⁵⁰ B. Mert Savrun, "Bir Ahlak Sorunu Olarak Cinsel Taciz", *IV. Din Şurası Tebliğ ve Müzakereleri*, 12-16 Ekim 2019 Ankara, s. 568.

⁴⁵¹ TCK md. 103/2-c; TCK md. 102/3-c; TCK md. 104.

⁴⁵² TCK md. 103, 3/c.

yalnızca suçun manevi unsurunun eksikliği, şüphe oluşması gibi nedenlerle taraflar için ceza indirimine yahut muafiyetine gidilir.⁴⁵³

Fakihler, Müslümanların olmadığı bir bölgede yetişmiş ve akraba olduğunu bilmeyen kimselerin cinsel beraberlikleri nedeniyle ensest ilişki suçu ile yargılanmayacağına belirtmişlerdir.⁴⁵⁴ Buna göre bir kişi, kendisi ile arasında evlenme engeli olan birisi ile örneğin annesi, sütannesi, oğlunun karısı ile haram olduğunu bilmediğinden dolayı evlenir ve gerdeğe girerse had uygulanmaz. Zira akraba olduklarını ve akrabaların evlenmelerinin yasak olduğunu bilenlerin nikâhı/cinsel ilişkisi ensest kapsamında suç teşkil etmektedir.⁴⁵⁵

Ensest suçunun zina kavramıyla ilişkisinde âlimlerin ihtilaf ettikleri görülmektedir. Bir görüşe göre ensest, şüphe varlığı nedeniyle zina tanımını karşılamamaktadır. Bu bakımdan taraflar zina suçundan değil, toplumu fesada sürüklenme nedeniyle yargılanmalıdır. Ebu Hanife bu görüştedir, Hanbelî mezhep görüşü de böyledir.⁴⁵⁶

Bir diğer görüşe göre ise akraba olduğunu bilen, akrabası ile evlenmesinin/cinsel ilişki kurmasının yasak olduğunu bilen kimse bu ensest ilişkisi ile zina suçu işlemiştir. Bu görüşün delili Hz. Peygamber'in, mahremiyle cinsel ilişkide bulunan ya da evlenen kimsenin öldürülmesi yönündeki emridir.⁴⁵⁷ İmameyn, Şâfiîler⁴⁵⁸, Mâlikîler⁴⁵⁹, bir diğer görüşlerine göre Hanbelîler⁴⁶⁰ ve Cafer es-Sadık (öl.148/765)⁴⁶¹ bu kanaattedir.

Adli psikiyatride, mağdurun maruz kaldığı eylemin fiziksel yahut ahlaki saldırı niteliğine göre tasnif edilmesi gerektiği bazı yazarlarca savunulmaktadır. Buna göre cinsel taciz ve tecavüz gibi eylemler bir kategori, mağdurun ahlaki değerlerinin örselendiği teşhircilik, röntgencilik gibi vakalar ikinci bir kategori oluşturur. Bu anlamda parafilik eğilimler, kanunlar kapsamında toplumun ve kişinin etik ve ahlaki değerlerini

⁴⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Rahmi Telkenaroğlu, "Ensest ve İslam Hukukundaki İzdüşümü", *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 31, 2011, ss. 115-144.

⁴⁵⁴ Nisa, 4/22; Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 616.

⁴⁵⁵ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s. 328; Yemeni, *Ravzü't-Tâlib*, C.II, s. 616.

⁴⁵⁶ İbnü'l-Ferra Muhammed b. Hüseyin Ebû Ya'la el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir Fî'l-Fıkh Ala Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Muhammed b. Hanbel*, (thk. ve Talik) Nasır b. Suud b. Abdullah Es-Selame, Dâru Atlas, Riyad 2000, s.309.

⁴⁵⁷ Tirmizi, Hudud, 29; İbn Mace, Hudud, 13.

⁴⁵⁸ Ensârî, *Esna'l-Metalib*, c.8 s. 316

⁴⁵⁹ Sahnûn, *Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.482-483.

⁴⁶⁰ İbn Teymiyye, *Mecmuatü'l-fetava*, C.XXXIV, s.177.

⁴⁶¹ Muhammed Cevad Mugniyye, *Fikhu'l-İmam Ca'fer es-Sadık*, C.V, Dârü'l-Cevad, Beyrut 1984, s.267.

örselediği için suç niteliği taşırlar. Kişinin, mahrem yakınlarına şehvet gözüyle bakması dahi hiçbir ihtilafa mahal vermeksizin haramdır.⁴⁶²

3.5.3. Çocuk Pornografisi, Fahişeliği ve Seks Turizmi

Çocuğun, pornografi sektöründe kullanılması “müstehcenlik suçu” olarak⁴⁶³ ve fahişe olarak çalıştırılması ise insanlığa karşı suçlar başlığı altında, zorla fuhşa sevk etme⁴⁶⁴ kapsamında değerlendirilerek bu bağlamda cezaya tabi tutulmuştur. Pornografi sektörünün çocukları giderek artan oranlarda hedef aldığı ve internet aracılığıyla bu tür görsellerin yaygınlaştığı bilinmektedir. Ulusal ve uluslararası çalışmalarla suçlular zaman zaman deşifre edilmektedir.⁴⁶⁵

Okuyan insana fayda vermeyen, insanları küfre sokacak yayınlar muzır neşriyat olarak tanımlanmakta ve İslam hukukuna göre caiz görülmemektedir.⁴⁶⁶ Bununla birlikte çocuklar, zarar görecekları her türlü yayından da “küçükleri muzır neşriyattan koruma kanunu”⁴⁶⁷ gereğince korunmak zorundadır. Buna göre bu yayınlar çocukların görebileceği alanlarda sergilenemez; gazete, radyo, televizyon gibi medyada görüntülenemez. Ancak pornografik materyallere erişimin internet aracılığıyla oldukça kolaylaştığı günümüzde çocukların bu görüntülere istemsiz maruz kalmaları mümkün olduğu gibi çocuk pornografisi kayıtları da yine dark web aracılığıyla kullanıcıya sunulmaktadır. Bu bakımdan internet servis sağlayıcıları üzerinde denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi gerekmektedir.

Pornografi, bireye ve topluma verdiği zararlar yönüyle düşünüldüğünde bu materyaller mal statüsünde değerlendirilemeyeceğinden kati suretle bakılması, izlenmesi sakıncalı; alınıp satılması caiz değildir. Fahişelik ise zina hükümlerine tabi olup, rızası

⁴⁶² Ebû Bekr Takıyyüddin b. Muhammed b. Abdülmü'min Hısnı, *Kıfayetü'l-Ahyar Fî Halli Gayeti'l-İhtisar*, C.I, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut t.y, s.460.

⁴⁶³ TCK, md.226.

⁴⁶⁴ TCK, md. 77.

⁴⁶⁵ Ülkemizde bir süre önce Landmark Operasyonu isminde bir baskınla bir öğretmenin tutuklandığı haberi medyaya yansımıştı. 19 farklı ülkeden çocuk istismarcılarının yaklaşık 30 site üzerinden habereşerek bu materyalleri elde ettikleri tespit edildi. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/cocuk-sapigi-uluslararası-operasyonla-yakalanabildi-45408> (Erişim: 26.12.2020)

⁴⁶⁶ Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, Etüt Yayınları, Samsun, 2012, s.60.

⁴⁶⁷ Yakın tarihte Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından Muzır İçerikle Mücadele (MİM) Programı başlatılmış, çocuklar için zararlı içeriği olan yayınların internet sitesi ve whatsapp hattı üzerinden ihbar edilmesi imkânı sunulmuştur.

olmaması bakımından çocuğun sömürülmesi içerdği ikrah unsurundan dolayı bir görüğe göre hırâbe kapsamında suç teşkil eder. Konu ilgili başlıkta detaylarıyla ele alınacaktır.

3.5.4. Homoseksüel Eylemlerin Suç Niteliği

Cinsel istismarın pek çok çeşidinin olduğuna daha önce değinmiştik. Bunlardan birisi de çocuğun makatından ilişkiye girmek şeklinde gerçekleşen livâta eylemidir.

Vücuda anüsten giren cinsel organ sebebiyle eylem livâta olarak değerlendirildiğinden, akil-baliğ olan taraf, livâta hükümlerine tabi tutulur.⁴⁶⁸ Anal yolla ilişki kurmanın küçük lûtîlik olduğunu belirten⁴⁶⁹, Allah'ın arkadan ilişkide bulunan kimsenin yüzüne bakmayacağını bildiren ve arkadan ilişkide bulunmaktan men eden,⁴⁷⁰ livâta eylemini yapan her iki kişinin de öldürülmesini emreden⁴⁷¹ hadisler İslam âlimlerince bu fiilin haramlığına delil olarak görülmüştür.⁴⁷² Bununla birlikte Lût kavmini ikaz eden ayetin “لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ وَتَقْطَعُونَ السَّبِيلَ”⁴⁷³ “yol keserek” ifadesi ile kadın ve erkek arasındaki meşru ilişki yollarını keserek neslin devamlılığını engellemeyi yahut yol kesmenin hakiki manasıyla eşkıyalık yaparak, yolculara tecavüz etmeyi kınadığı şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁷⁴ Nikâhlı eşlerin cinsel anlamda birbirlerinden anal yol dışında istedikleri şekilde faydalanmaları caizdir.⁴⁷⁵ “Kadınlar sizin tarlanızdır. Tarlanıza nasıl isterseniz öyle varınız.”⁴⁷⁶ ayet-i kerimesinde üreme organı mecazen mahsul alınan tarla ile ifade edilmiştir. Neslin devamlılığı açısından bu vurgu önemlidir.

Birleşmenin anal yolla olduğu ilişki biçimleri livâta hükümlerine tabi olup livâtanın da zina ile ilişkisi konusunda iki farklı görüş oluşmuştur. Livâtayı zina suçu olarak kabul eden görüşe göre kanuni unsurlar ilgili başlıkta zikredilmiştir.⁴⁷⁷ Livâta

⁴⁶⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, C.VI, s.38; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.98; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhu'l-Cinai*, s.268.

⁴⁶⁹ Darîmî, *Taharet*, 113.

⁴⁷⁰ Darîmî, *Taharet*, 113; İbn Mace, *Taharet*, 122.

⁴⁷¹ Ebu Davud, *Hudud*, 28; İbn Mace, *Hudud*, 12; Tirmizî, *Hudud*, 24.

⁴⁷² Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.167; Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd Zâhirî İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Daru'l-Fikr, Beyrut yy, s.220.

⁴⁷³ Ankebut, 29/29.

⁴⁷⁴ Necdet Çağır, “Kutsal Metinler Cinsel Sapmaların Referansı mı Bahanesi mi?”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 28, 2007, s.58.

⁴⁷⁵ Darîmî, *Taharet*, 112.

⁴⁷⁶ Bakara, 2/223.

⁴⁷⁷ el-Ferra, *el-Câmiü's-Sagir* s.308; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, ss.312-313; İbn Gazî, *Muhtasaru Halil*, C.II, s.567; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s.147; el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s.264; İbn Müflih Burhaneddin Ebî İshak İbrâhim b. Muhammed, *el-Mübdî' Şerhu'l-Mukni'*, C.IX, *Dâru Âlemi'l-Kütüb*, Riyad 2003, s. 60.

eyleminin erkeklerle ya da çocukla anal yoldan yapılması sebebiyle zina suçunun mahalli olan “vajina” dışından olmasını haddi düşüren sebep olarak yorumlayan ikinci görüş de yine çıkış noktasını zinadan almıştır.⁴⁷⁸ Ancak tipiklik ilkesine aykırı olması sebebiyle zina cezası yerine tazire hükmedilmiştir.

Livâta konusunda bir diğer görüş, livâtanın zinadan ayrı bir suç türü olduğu şeklindedir.⁴⁷⁹ Ebu Hanife’nin, İmâmiyye’nin ve Zâhirîlerin benimsediği bu görüşün delili livâtanın bilinen, yasaklanan bir eylem olmasına rağmen livâta suçu işleyenlere zina suçunun hükümlerinin uygulanması gerektiğine dair herhangi bir hükmün veya sahih bir hadisin olmamasıdır. Livâtanın zina hükmü gerektirdiğine dair kanuni unsurun eksikliğinden dolayı onlara göre livâta, tazir gerektiren bir suçtur.⁴⁸⁰

Zinayı tanımlarken, gerçekleşen cinsel birlikteliğin vajinadan olması kaydını düşen görüşe göre livâta, haram olmakla birlikte, zina suçu kapsamına girmemektedir.⁴⁸¹ Çünkü livâta suçunu zina suçundan ayıran, bu yasak birlikteliğin neseplerin karışması gibi bir soruna yol açmayacak olmasıdır.⁴⁸² Livâta, zinadan ayrı bir suç olması ve hakkında zina cezasının uygulanacağına dair bir hüküm ve sahih bir hadis mevcut olmamasından dolayı zina suçu olarak değil, tazir gerektiren bir suç olarak işlem görür.⁴⁸³ Bu hüküm gereğince kadının ya da çocuğun makatından ilişkiye giren kimseden zina haddi düşse de tazir olarak tevbe edinceye kadar hapsedilir.⁴⁸⁴

Ebu Hanife livâtaya had cezasının uygulanmasını bildiren haberlerin sahih olmadığı, bazılarının benzetme kabilinden olan haberler olduğu; bazılarının ise ahad

⁴⁷⁸ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.167; Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr Merginani, *Bidayetü'l-mübtedi*, (thk) Said Bektaş, C.I, Müessesetü'l-Furkan li't-Türasi'l-İslâmî, Londra 2016 s.342; Emir Abdülazîz, *el-Fikhü'l-Cinai*, s.266; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fikhiyye*, s. 584; Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *Mebhut*, C.IX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983, s.77; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, ss.96-97.

⁴⁷⁹ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.98.

⁴⁸⁰ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.98; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XII, s. 400.

⁴⁸¹ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, Ss.166-167; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.V, s.30; Merginani, *el-Hidâye*, C.IV, s.433; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s. 88; el-Haddad, *Cevheretü'n-Neyyire*, C.II, s. 190; Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.I, s. 512.

⁴⁸² Merginani, *el-Hidâye*, C.II, s.386.

⁴⁸³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XII, s. 400.

⁴⁸⁴ Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.V, s.131.

yolla gelen haberler olduğu gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmıştır.⁴⁸⁵ Ancak İmam-
meyne göre livâta zinadır ve fail muhsan ise recme⁴⁸⁶, muhsan değilse celdeye⁴⁸⁷ hük-
medilir.⁴⁸⁸

Penisin vajina yahut makata girmesi arasında ayırım yapmaksızın, sadece “haram
bir organa” girmesini zina suçunun oluşması için yeterli bulan görüşe göre ise livâta
eylemi zina kapsamında suç teşkil eder.⁴⁸⁹

Âlimler livâtanın tanımı ve cezası konusunda ihtilafa düşmüşlerse de yapılan işin
çirkinliği nedeniyle ittifakla bu işin haram olduğunu ifade etmektedirler. Nitekim bu-
gün sağlık otoriteleri de livâtanın, vücutta yaptığı tahribatın ciddiyetini vurgulamakta-
dır.⁴⁹⁰ Zararları tıbben de kanıtlanmış olan anal ilişki, dinen bireye ve topluma olan
olumsuz etkileri dolayısıyla yasaklanmıştır. Buna göre karı koca arasında bile olsa anal
yolla cinsel ilişki kesinlikle haramdır.⁴⁹¹

Mülga kanunda kadının rızası olmaksızın erkeğin anal yolla ilişkiye girmesi ev-
lilerde erkeğin, karısıyla sadece ve zorla anal yolla cinsel ilişkide bulunması “aile ef-
radına kötü muamele” olarak; bekârlarda “ırza geçme” olarak değerlendirilmiş ve “ni-
telikli cinsel saldırı” kapsamında yaptırıma tabi tutulmuştur.⁴⁹² Ancak yeni TCK’de
iki taraflı rıza olması halinde anal ilişkinin yazı, ses ve görüntülerinin üretme, satma,
depolaması yapılmadığı takdirde bu ilişkinin gerçekleşmesi konusunda bir yasaklama
olmadığını görmekteyiz.⁴⁹³

⁴⁸⁵ Burhaneddin Buhari, *Muhitu’l-Burhani*, C.V, s.131; Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, c. 2, s. 185.

⁴⁸⁶ Zina eden muhsan kimsenin taşlanarak öldürülmesini ifade eden cezalandırma biçimidir. Hüseyin
Esen, “Zina”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XLIV, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları,
İstanbul 2013, s.443.

⁴⁸⁷ Bekâr kimsenin zina etmesi halinde, hadd cezası olarak uygulanan sopadır. Ali Bardakoğlu, “Ceza”,
Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi, C.VII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993,
s.474.

⁴⁸⁸ İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtar*, C.VI, s.38; Nesefî, *Kenzü’d-Dekâik*, C.II, s.98; Burhaneddin Buhari,
Muhitu’l-Burhani, C.V, s.131.

⁴⁸⁹ Ensârî, *Esna’l-Metalib*, C.VIII, s.312-313; Yemenî, *Ravzü’t-Tâlib*, C.II, s.614; İbn Kudâme, *el-
Mugni*, C.X, s. 147; Mâverdî, *Ahkamu’s-Sultaniyye*, s. 291; İbn Gazi, *Muhtasarı Halil*, C.II, s.567; el-
Ferra, *el-Ahkâmü’s-Sultaniyye*, s. 264; İbn Müflih, *el-Mübdî’ Şerhu’l-Mukni’*, C.IX, s. 60.

⁴⁸⁹ Ebu Zehra, *Suç ve Ceza*, c. 2, s. 185.

⁴⁹⁰ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Levent Kıyloğlu, Ali Dönmez, “Hiv/Aids Riskini Artıran Cinsel Davranış-
lar”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 9/2, 2017, Ss.147-162.

⁴⁹¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s.220.

⁴⁹² 765 sayılı mülga TCK md. 478.

⁴⁹³ TCK md. 426.

Lezbiyenlikte ise “cinsel organa giriş” söz konusu olmadığından, lezbiyenlik zina hükmünde olmasa da meşru olmayan bir fiildir.⁴⁹⁴ Bu işi yapanlar lanetlenmişse de yapı itibariyle zinanın oluşma şartlarından olan “penisin girmesi” eylemini içermediği için oluşan şüphe nedeniyle had cezası düşmektedir.⁴⁹⁵ Bu nedenle kadın kadına gerçekleşen bu cinsel eylem tazir gerektirmektedir.⁴⁹⁶

3.5.5. Teşhircilik

Teşhirci, yaptığı bu hareket ve hareketin kendisinde meydana getirdiği hislerden haz alır. Teşhirci, mağdur olan kadının vereceği şaşkınlık, korku, kızgınlık gibi tepkiler ile yaşayacağı utanç hissi ile normal cinsel birleşimde yaşayacağı duygulara benzerlik olması nedeniyle dişi bir mağdur seçer ve cinsel organını ona göstererek kurbana ruhsal olarak saldırıyormuş gibi duygular duyar.⁴⁹⁷ Teşhircilik çocuk istismar çeşitlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Teşhircinin mağdura fiziksel veya cinsel saldırıda bulunması pek vaki değildir. Bununla birlikte cinsel tatmin aracı olarak teşhirciliğe başvurularak, cinsel organın çocuğa gösterilmesi halinde çocuk istismarından söz edilebilir.

Avret yerlerinin⁴⁹⁸ örtülmesi yönündeki ilahi emir⁴⁹⁹, karşı tarafın ilgisini çekecek her tür teşhiri, davranışı da yasaklamaktadır.⁵⁰⁰ 5237 sayılı TCK’nın 225. Maddesine göre de alenen cinsel ilişkide bulunan ve teşhircilik yapan kişi altı aydan bir yıla kadar hapis ile cezalandırılır.

3.5.6. Fetişizm

Fetişizm çok yaygın bir parafili türü olmasa da çocukluk yaşantıları ile ilintili olduğu bilinmektedir. Ayrıca fetiş nesnesi olarak bebek/çocuk elinin, ayağının, kullanılmış bezinin seçilmesi çocuğun basit istismarıyla ilişkilidir.

⁴⁹⁴ Derrir, *eş-Şerhü'l-Kebir*, c.4 s.316.

⁴⁹⁵ İbn Müflih, *el-Mübbdi*, C.IX, s.62.

⁴⁹⁶ Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.82; Şirazi, *Mühezzeb*, C.II, s.270; İbn Ferhun, *Tebşiratü'l-Hükkam*, C.II, s.253.

⁴⁹⁷ Walker, *Cinsiyet*, s.144.

⁴⁹⁸ Merginani, *el-Hidâye*, c.4 Ss.84-85; Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.III, s. 130. Erkekler için göbek diz kapağı arası, kadınlar için yüz ve eller dışında tüm vücut, çocuklar içinse cinsel organ avret mahalli sayılmaktadır. Hanefilere göre erkek için göbek diz kapağı arası avrettir. Şafiilerin aksine Hanefi mezhebine göre göbek avret değildir. Uyluklar, Zâhirîlerin aksine avrettir. Erkek kadının yalnızca el ve yüzlerine bakar. Kadın kadına avret, şehvetin yokluğu esas alınarak erkeklerin birbirinde görmesinin caiz olduğu yerler gibidir.

⁴⁹⁹ Nur 24/31.

⁵⁰⁰ Kur'an Yolu, C.IV, s.69.

Bir fetiş türü olarak, transvestik eğilim gösteren kişiler genel olarak sapkın cinsel davranışlarını toplumdan uzak gerçekleştirme yoluna giderler. Toplum içerisinde “normal” görünmeye çabalamaları dolayısıyla kadınlara ilgi duymamalarına rağmen evlenebilirler. Örneğin bir vaka incelemesinde 30 yaşında, evli, iki çocuk babası bir hasta, küçük yaşlardan itibaren kadın olma isteği duyduğunu belirtmiştir. Bu hasta kadınlara karşı hiçbir zaman cinsel istek duymamasına rağmen evlenmiştir. Eşi onu artık kadın kıyafetleri giymemesi konusunda uyardığında kendini sivri bir makas yardımıyla hadım etmeye kalkışmış ve sonucunda husyesi alınmak zorunda kalmıştır.⁵⁰¹

Parafilik davranışların önlenmesinde cinsel eğitim de önemli yer tutmaktadır. Yapılan araştırmalarda hastaya farmakolojik tedavinin yanında verilen cinsel eğitim ile transvestik fetişizm gibi parafilik davranışlar belirgin biçimde azalmıştır. Cinsel eğitimin temelini ise mahremiyet eğitimi oluşturmaktadır.

Çocukluk dönemi bireyde yetişkin yaşamında gelişecek parafililerin erken tespiti için işaretler taşımaktadır. Örneğin transseksüel bireylerin, çocukluk dönemlerinde büyük ölçüde karşı cinsin oyun davranışını gösterdikleri, cinsiyet değiştirmeye dair isteklerini sık sık dile getirdikleri aktarılmıştır. Bu bireylerde ergenlik döneminde ise karşı cinsin giysilerini giyme isteği artış gösterir.⁵⁰² Konu ile ilgili yapılan çalışmalarda farmakolojik ve terapötik desteklerle sapkınlığın boyutuna, hastanın yaşına, eğitim-zekâ durumuna bağlı etkenlere paralel sürelerle ama tam anlamıyla iyileşme kaydedilmektedir.⁵⁰³

⁵⁰¹ Bkz. Walker, *Cinsiyet*, s. 140-141.

⁵⁰² Mondimore, *Eşcinsellik*, s.270-272.

⁵⁰³ Bkz. Çetin, vd., “Zeka Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm: Olgu Sunumu”, C.XVI, s.456.

4. İSLAM CEZA HUKUKUNA GÖRE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN CEZASI

Cinsel istismar, çocuğa verdiği bireysel zararın yanında, toplumdaki güven ortamının bozulması, yetişmekte olan neslin yaralanmasına sebep olması bakımından toplumsal fesada da yol açan bir eylemdir. Çocuk toplumun bir ferdidir; henüz bülüğa ermemiş, davranışlarının sorumluluğunu almamış, korumaya muhtaç, devletin geleceğini teşkil eden bir yapıtaşdır. Çocuğun sağlıklı büyümesi konusunda tüm sorumluların olağanüstü çaba sarf etmesi gerekmektedir.

Kamu huzurunu, bireylerin sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren her fiilin yaptırımı tabi tutulmasında olduğu gibi, çocuğun istismarı da bıraktığı hasar bakımından faillerini cezai bir yükümlülük altına sokacaktır. Bir çocuk cinsel istismar mağduru olduğunda, suç neticesinde ölmedi ya da sakat kalmadı ise, en iyi ihtimalle çocuğun içinde ömür boyu kapanmayacak bir yara açılmış olacaktır. Öte yandan suçlu da ıslahı, gerekli hallerde tedavisi, topluma yeniden kazandırmaya yönelik çalışmalar sebebiyle devlet için külfet oluşturacaktır. Bu bakımdan suçun önlenmesi bağlamında alınacak tedbirler, suçlunun cezalandırılmasından daha değerlidir. Suçun gerçekleşmesinin engellenmesi için tüm birimlerin hukuki ve ahlaki sorumluluğunu yerine getirmesi gerekmektedir. Bu bakımdan suçun önlenmesi bağlamında alınacak tedbirler, suçlunun cezalandırılmasından daha değerlidir. Suçun gerçekleşmesinin engellenmesi için tüm birimlerin hukuki ve ahlaki sorumluluğunu yerine getirmesi gerekmektedir.

İslam Hukuku temel kaynaklarında “cinsel istismar” adıyla tanımlanmış bir suç olmasa da modern hukuk anlayışına göre cinsel istismar kapsamında değerlendirilen fiiller, İslam Hukuku’nda da suç olarak nitelendirilmiştir. Fakat İslam mezheplerinin suçu tanım ve tasniflemedeki farklı tercihleri bu suç için öngörülen cezada farklılaşmaya neden olmuştur.

Canın dokunulmazlığı ve saygınlığı açısından çocuk, kadın ve erkek arasında herhangi bir ayırım söz konusu değildir. Bu nedenle çocuğa cinsel istismarda bulunan kişinin cezalandırılması devletin ve devletin yetkilendirmesiyle yargı mekanizmasının elindedir.

Suç ve ceza arasındaki denklik, cezalandırmada en temel hareket noktasıdır. Nitekim canice işlenen suçlarda ağır yaptırımlar uygulanmamasının, toplumsal vicdanı yaralayacağına şüphe yoktur. Söz gelimi iki yaşında bir çocuğu kaçıracak tecavüz

eden, ardından öldüren birine karşı duyulan öfke, hukuk sisteminin uygun gördüğü hiçbir cezayı yeterli bulmaz. Bununla birlikte failin, bu suça denk ağır bir yaptırımla karşılaşması, mağdur yakınlarını yatıştırması yanında potansiyel suçluları engellemesi yönüyle de işlevseldir.

Son dönemlerde artan cinsel nitelikli çocuk kaçırma, tecavüz, öldürme vakaları sonrası kamuoyunun tepkileri ve ceza sisteminden beklentileri artmıştır. Nitekim gündeme gelen her cinsel istismar vakasından sonra cezaların yeterliliğinin tartışmaya açıldığı görülmektedir. Cezaların suçu önleme noktasında yetersiz kalması ise başlıca argüman olarak tartışılmaktadır. Kamusal vicdanın rahatlaması, cezalandırma konusunda atılan köklü ve etkili somut adımlarla mümkün olacaktır.

Bu bölümde cinsel istismar suçunun İslam hukukuna göre cezası ele alınmıştır. Cinsel istismar kavramının oldukça geniş olması ve içerdiği suçların unsurları bakımından farklılık göstermesi, bu nedenle suçun farklı görünümlemlerle oluşmasından ötürü konuyu yapısına göre nitelikli cinsel istismar ve basit cinsel istismar olmak üzere modern hukukta yer bulduğu şekliyle iki farklı başlıkta ele almak uygun bulunmuştur. İslam Hukuku açısından cinsel istismar eyleminin ceza yanında doğurduğu diğer sonuçlara da yer verilmiştir.

4.1. Basit Cinsel İstismar Suçunun Cezası

İkinci bölümde ifade edildiği üzere basit cinsel istismar suçu, cinsel tatmin sağlama amacıyla çocuğa yönelik gerçekleştirilen; organ, parmak ya da cisim sokma eylemi içermeyen her türlü cinsel davranışı kapsamına almaktadır.⁵⁰⁴

Küçük yaş grubu (0-12 yaş) çocuklarda cinsel istismar faillerinin özellikle vajinanın dar olması nedeniyle girişin güç olmasından dolayı yahut suçun cezasının ağırlaşmasından korktukları için interfemoral ilişki tercih ettikleri bilinmektedir. Çocuğun bacaklarını birleştirmek suretiyle yapay bir vajina girişi oluşturarak sürtünme şeklinde gerçekleşen bu eylem, penetrasyon içermemesi nedeniyle cinsel istismarın basit hali olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde, aralarında nikâh bağı olmayan yetişkin bir kadın ve erkeğin, rıza dâhilinde, oynaşmaları, öpüşüp koklaşmaları, cinsel organlarını

⁵⁰⁴ TCK md. 103/1.

teşhir etmeleri yahut birbirlerinin cinsel organlarına bakmaları gibi eylemler çocuğa yönelik olarak gerçekleştiğinde basit cinsel istismar kapsamında ele alınmaktadır.

Cinsel organ üzerinde iç çamaşırı, örtü gibi bir engel varken sürtünme okşama şeklinde faydalanmanın suç oluşturup oluşturmadığında âlimler arasında ihtilaf olduğu görülmektedir.⁵⁰⁵ Bu konuda beyan edilen görüşlerin, rızasının olduğu varsayılmak suretiyle sadece yetişkin için oluştuğunu düşünmekteyiz. Nitekim çocuk söz konusu olduğunda rızasının hükümde bağlayıcı bir etmen olmadığı daha önce tartışılmıştı.

Fıkıh literatüründe eylemin amacının muhatabı aşağılama, ona hakaret etme ya da cinsel tatmin amaçlarından hangisine hizmet ettiğine cezalandırma açısından bir önem atfedilmemiştir. Bununla birlikte, muhatap yetişkin olduğunda söz konusu cinsel davranışlar kişisel alana müdahale, mahremiyet ihlali, hayâ duygusunu zedeleme niteliğinde olsa da çocuğun olayı algılama ve etkilenme boyutunun farklı olması, suçun da zina-livâta isim ayrımında olduğu gibi, “cinsel istismar” olarak farklı isimle anılarak hüküm açısından yetiştikten farklı değerlendirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır.

Yukarıda zikri geçen fiiller, tarafları zina suçuna hazırlaması yönüyle haram olduğundan, icra fiili sadedinde bu fiilleri işleyen yetiştiklere tevbe istiğfar etmeleri tavsiye edilse de olayın adli makamlara yansımaları halinde tarafları vazgeçirmek amacıyla tazir uygulanması uygun görülmüştür.⁵⁰⁶ Basit cinsel istismar suçunun da bu eylemlerden ibaret olması; suçun zina suçunun icra fiilleri kapsamında ele alınmasını gerekli kılmıştır. Âlimlerin ittifakıyla zina suç unsurlarını karşılamamasından dolayı, suçun tipikliği ilkesi bağlamında bu eylemler, zina haddi gerektirmez.⁵⁰⁷ Söz konusu eylemler nedeniyle faile had uygulanamayacağı şeklinde görüş bildirenler bu eylemlerin tazir ile cezalandırılmasını uygun bulmuştur.⁵⁰⁸ Tazir olarak verilecek cezanın, had cinsinden olması şart değildir. Kanun yapıcı bu konuda muhayyer olup yaptırım olarak suç-ceza dengesini göz önünde tutmak kaydıyla tazminat, celde, hapis yahut kınama cezası uygulayabilir.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Necefi, *Cevâhirü'l-Kelam*, C.XLI, s.289.

⁵⁰⁶ *Fetava'l-Lecneti'd-Daime li'l-Buhusi'l-İlmiyye ve'l-İfta*, yay.haz. Ahmed b. Abdürrezzâk ed-Düveyş, Er-Riasetü'l-Amme li'l-Buhusi'l-İlmiyyeti ve'l-İfta, Riyad 2006, C.XXII, s.215.

⁵⁰⁷ Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.144; Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 102; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IV, s. 150.

⁵⁰⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, c.IV, s. 150; İbn Teymiyye, *Mecmûü'l-Fetâvâ*, C.XXVIII, s.343.

⁵⁰⁹ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, s.243; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye* c.4 s39.

4.1.1. Tazminat

Basit cinsel istismar suçu, tazir gerektiren bir suç türü olduğundan hâkim, takdir yetkisi kapsamında tazir cezası olarak suçluyu tazminat ödemekle yükümlü tutabilir. Nitekim tazir cezasının mal almak suretiyle uygulanması bazı İslam hukukçuları tarafından caiz görülmüştür.⁵¹⁰

Aklın ve konuşma yetisinin kaybedildiği durumlarda, buna sebep olan kişinin mağdura tam diyet ödemesi gerekir. Bu işlevler tamamen gitmese de azalmışsa, verdiği zarar ölçüsünde diyet ödemesine hükmedilir.⁵¹¹

Cinsel istismarın çocukta, saldırgan davranışlar sergilemeye başlaması, sosyal hayattan kendini izole etmesi; somatizasyon, kaygı bozukluğu, depresyon ve travma sonrası stres bozukluğu yaşaması; kabuslar görmesi, kendi başına uyuyamaz hale gelmesi; uygunsuz cinselleştirilmiş davranışlar sergilemesi ve benzeri sorunlara sebep olduğu modern psikologlar tarafından ifade edilmektedir.⁵¹² Bireyin günlük hayatını idame ettirmesi yönünde engel teşkil eden bazı tanılar gerekli hallerde diyete hükmedilmesinin gerekçesi olarak söylenebilir.

4.1.2. Dayak

“Deriye vurmak”,⁵¹³ “kırbaçla vurmak”,⁵¹⁴ anlamına gelen celde, suçluyu ıslah amacıyla belirli yerlerine sopa veya kamçı ile vurulmasıdır. Bedene yönelik bir ceza olması, genel ve özel önleyici özellik taşıması, devlete maddi yük oluşturmaması, infazının kısa sürede gerçekleşmesi ve benzeri konularda avantaj sağlaması celde cezasının temel özelliklerindendir.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Nihat Dalgın, “İslam’da Malî Tazir Cezaları”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 11, 1999, s.316; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, c.4 s39.

⁵¹¹ İbn Cüzey, *el-Kavânîni’l-Fıkhiyye*, s.577.

⁵¹² Anne-Claude Bernard-Bonnin, vd., “Disclosure Of Sexual Abuse, And Personal And Familial Factors As Predictors Of Post-Traumatic Stress Disorder Symptoms In School-Aged Girls” *Paediatrics & Child Health*, 13/6, 2008, ss.480. <https://doi.org/10.1093/pch/13.6.479>

⁵¹³ Isfahânî, “c-l-d”, *Müfredât*, s.255;

⁵¹⁴ Kal’acî, “Celd”, *Fıkıh Lügatı*, s.112.

⁵¹⁵ Sabri Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2008, ss.207-212.

Celde, organın tamamen kaybedilmesine sebep olmamak için tüm vuruşlar tek bir organa yönelik gerçekleştirilmez. Aynı şekilde haddinden fazla zarara mahal vermemek amacıyla da baş, yüz ve cinsel organa vurulmaz.⁵¹⁶ Her vuruş, bir celdedir.

Irza tasaddi niteliği taşıyan fiillerle, sürtünerek boşalma ve benzeri şekillerde gerçekleşen cinsel istismar suçuna zina haddinin uygulanması gerektiği görüşünde olan âlimlere göre fail yüz celde ile cezalandırılır.⁵¹⁷

Tazir cezası olarak celde uygun görüldüğünde caydırıcılık amacına hizmet etmesi için bunun zina haddi olarak uygulandığı şekinden daha şiddetli olması önerilmektedir. Tazirin şiddetinin neye göre belirleneceği konusunda oluşan görüşlerden birine göre had cezasında olduğu gibi sopa darbeleri vücudun farklı organlarına değil, tek bir organa vurulabilir.⁵¹⁸ Bu şekilde darbenin şiddeti artırılmış olur.

Tazir olarak vurulacak celde sayısı ve özellikle en üst sınırının ne olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre tazir cezasının had sınırına ulaşmayacağı düşüncesiyle celdenin şiddeti artırılırken sayıca azaltılarak ceza had sınırının altında tutulur.⁵¹⁹ Genel ilke olarak had cezası gerektiren suçlara benzemekle birlikte şart eksikliğinden dolayı haddin düştüğü suçlarda tazir olarak verilen celde cezasında vurulacak sopa sayısı en fazla had olarak belirlenmiş cezada olduğu kadar olabilir. Üst limitin ne olacağı ile ilgili farklı görüşler oluşmuşsa da Hanefî,⁵²⁰ Şâfiî⁵²¹ ve Hanbelîler⁵²² tazir cezasının had cezası olarak takdir edilen miktarın altında olması gerektiği görüşündedir.⁵²³ Ancak Hanbelî mezhebi tazir cezasının, had cezası olarak verilen miktarla aynı olabileceği görüşüyle diğerlerinden ayrılmaktadır.⁵²⁴ Malikî mezhebinde hâkim olan görüş ise, tazir cezası olarak verilecek celdeye üst sınır çizilemeyeceği şeklindedir.⁵²⁵

⁵¹⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, C.VI, s.18.

⁵¹⁷ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, C.VI, s.17; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.III, s. 486.

⁵¹⁸ Detaylar için bkz. Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'* C.IX, ss.245-246.

⁵¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdulmuid Aykul, "Ta'zir Cezası Olarak Verilen Celdenin Miktarı ile ilgili Tartışmalar", *Artvin Çoruh Üniversitesi İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, 5/1, 2021, ss.17-36.

⁵²⁰ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, c.4 s39; Serahsî, *Mebhut*, Çağrı yay., C.IX, s. 71.

⁵²¹ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, C.VIII, s.439; Ebû'l-Hüseyn Yahyâ b. Ebi'l-Hayr b. Sâlim el-Yemenî el-İmrânî, *el-Beyân fî mezhebi'l-İmâmî'sh-Şâfiî*, thk. Kâsım Muhammed en-Nûrî, C.VII, Dârü'l-Minhâc, Cidde 2000, ss.533-534.

⁵²² İbn Kudâme, *el-Mugni*, s.177.

⁵²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aykul, "Ta'zir Cezası Olarak Verilen Celdenin Miktarı ile ilgili Tartışmalar", ss.17-36.

⁵²⁴ İbn Kudâme, *el-Mugni*, s.177.

⁵²⁵ el-İmrânî, *el-Beyân*, C.IX, s. 533.

Had gerektiren şeklin dışındaki cinsel suçlarda 40 celdenin uygun olduğunu söyleyenlerin yanında Ebu Yusuf ve İbn Ebi Leyla (öl.83/702) celde sayısını 75'e kadar çıkarmanın caiz olduğunu söylemiştir.⁵²⁶ Bu tartışmanın kaynağı, Resulullah'ın had olmamasına rağmen hadde ulaşan taşkınlık yaptığı/sınırı aştığını bildirdiği hadisidir.⁵²⁷ Tazir cezası olarak vurulacak celdenin sayısının en az kaç olacağı konusunda, maslahata binaen hâkim uygun gördüğü şekilde celdenin sınırını çizer şeklindeki görüş yanında en az 3 celde vurulmasını gerekli görenler de bulunmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki mahalde oluşan şüphe nedeniyle tazire hükmedildiyse tazir olarak verilebilecek en yüksek sayıda/en ağır ceza uygulanır.⁵²⁸

4.1.3. Hapis

Modern hukukta basit cinsel istismar suçunun yaptırımını olarak 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası⁵²⁹ öngörülmektedir. Meşruiyetini nasslardan alan hapis cezası⁵³⁰, İslam Hukuku açısından cinsel istismarın basit halini işleyen suçlular için tazir nev'inden yaptırım olarak devlet başkanının takdir ettiği süre ile uygulanabilir.

Cinsel istismar suçundan hüküm giymiş, cezalandırılmış bir kişinin yineleyen suçlarında ise suçlunun ıslah olmadığı göz önüne alınarak tazir şeklinde önerilen hapis cezasının miktarı artırılır.⁵³¹

4.2. Nitelikli Cinsel İstismar Eyleminin Suç Kategorisi

Nitelikli cinsel istismar suçu çocuğa vajinal ya da anal yoldan penis, parmak ya da alet sokulması; bu eylem için çocuğun alıkonulmuş, kandırılmış ya da kaçırılmış olması gibi farklı boyutlar içermektedir. Bu gibi farklı nitelikleri barındırması, keskinleştirilmiş suçlardan biriyle örtüşmemesi gibi nedenlerle cezası konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Her bir eylemle alakalı müstakil birer suç felsefesinin bulunmaması nedeniyle eklektik bir suç oluşmaktadır.

⁵²⁶ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.244.

⁵²⁷ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s. 71.

⁵²⁸ Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.40.

⁵²⁹ TCK md 103/1.

⁵³⁰ Nisa, 4/15; Maide, 5/33; Nesai, Buyû, 100.

⁵³¹ İbn Teymiyye, *es-Siyâset*, 93.

4.2.1. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirip Gerektirmediği

Nitelikli cinsel istismar suçunun cezası belirlenmiş suçlardan olup olmadığı farklı gerekçelerle tartışılmıştır. Aşağıda bu tartışmalara yer verilecektir.

4.2.1.1. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirdiği Görüşü

Miktarını şeriatın belirlediği cezalar “hadd” olarak isimlendirilir.⁵³² Hadd, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, nasıl ve ne kadar olacağına dair sınırları çizilmiş cezai yaptırımlardır.⁵³³ Bu sınırlar, cinsel suçlar özelinde, toplumsal bozulmanın önüne geçilmesi, ırzların korunması, neseplerin karışmasının engellenmesi gibi genel toplumsal menfaatler için Yüce Allah tarafından çizilmiştir.⁵³⁴ Had cezalarının miktarını kimsenin artırmaya ya da eksiltmeye yetkisinin yoktur.

Allah’ın çizdiği sınırı geçmek suretiyle had gerektiren suç işleyenlerin işlediği fiilin miktarı, mağdurun yaşı, cinsiyeti yahut uğradığı zararın veya saldırının niteliği değil suçun ailede ve toplumda bulacağı karşılık, yakın ya da uzak vadede doğuracağı olumsuz etkiler göz önüne alınarak suçlu cezalandırılır. Had cezası gerektiren fiilleri işleyenler Yüce Allah’ın çizdiği sınırı aşmaları sebebiyle, suçun oluşması için gereken unsurları taşıdığı takdirde cezalandırılırlar.

Bazı âlimlere göre ırza geçme şeklinde gerçekleşen nitelikli cinsel istismar suçu had cezası gerektiren suçlardandır.⁵³⁵ Ancak taşıdığı unsurlar bakımından cinsel istismar niteliğindeki eylemleri zina haddi kapsamında ele alanlar olduğu gibi, hırâbe haddi kapsamında değerlendirenler de olmuştur.⁵³⁶ Benzer şekilde livâta da bazı âlimler tarafından sonuçları hesaba katılarak zina gibi değerlendirilir ve had kapsamına alınır.⁵³⁷ Bu bakımdan çocuğa vajinal ya da anal yoldan nitelikli cinsel istismarda bulunan kişiye bu görüşte olanlara göre zina haddi uygulanması gerekir.

⁵³² Kal’acî, “Hadd”, *Fıkıh Lugatı*, s.120.

⁵³³ Ali Bardakoğlu, “Ceza”, C.VII, s.473.

⁵³⁴ Cezâî, *el-Fıkıh ale’l-Mezahibi’l-Erbâa*, C.V, s. 48.

⁵³⁵ Heytemi, *Tuhfetü’l-Muhtâc*, C.IX, s.216.

⁵³⁶ Avârî, *Cerimetu Hatfî’l-Etfal*, C.I, s. 612; el-Mısri, *Şerhü’z-Zürkani*, C.VIII, s.108, İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s.308; Heytemi, *Tuhfetü’l-Muhtâc*, C.IX, s.216.

⁵³⁷ İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtar*, C.VI, s.38; Nesefî, *Kenzü’d-Dekâik*, C.II, s.98; Ensârî, *Esna’l-Metalib*, C.VIII, s.312-313; Yemenî, *Ravzü’t-Tâlib*, C.II, s.614; İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 147; Mâverîdî, *Ahkamu’s-Sultaniyye*, s. 291; İbn Gazi, *Muhtasarı Halil*, C.II, s.567; el-Ferra, *el-Ahkâmü’s-Sultaniyye*, s. 264; İbn Müflih, *el-Mübdî’ Şerhu’l-Mukni’*, C.IX, s. 60; İbn Müflih, *el-Mukni’*, C.IX, s.60.

TCK md.103/6’da cezanın ağırlaştırılması şartı olarak getirilen “mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması” ibaresi yorum farklılıkları nedeniyle sanıkların daha az ceza ile kurtulmalarına ve çocukların yeniden istismarlarına kapı araladığı görülmektedir.⁵³⁸ Pratikte yaşanan bu sorun özelinde düşünüldüğünde somut olayı bireyin sübjektivitesinden çıkararak hadleri “kamunun ortak yararı” paydasında ele almak haklı bir gerekçe olarak göze çarpmaktadır.

Had cezasının standardının belirlenmiş olmasından dolayı işlenen suçun tekrar tekrar işlenmesi nedeniyle cezalarda bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Ancak hâkimin, suçluyu caydırmak amacıyla cezanın vasfında değişiklik yapmasının önü açıktır. Bu bağlamda vurulacak sopa kalın seçilebilir, daha şiddetli vurulabilir ya da hâkim had cezasına ilaveten tazir uygulayabilir.⁵³⁹

Zina yahut hırâbe fark etmeksizin, bir fiil hangi kategoriye dâhil edilirse edilsin suç niteliği taşıyorsa cezalandırılır. Hakkında had cezası sabit olmuş kişinin bu cezayı mutlaka çekeceği hadis-i şeriflerde vurgulanmıştır. Bu dünyada suçunun karşılığını alması halinde aldığı cezanın onun günahının kefareti olduğu, eğer dünyada cezasız kalırsa ahirette hesabının görüleceği vurgulanmıştır.⁵⁴⁰

4.2.1.2. Nitelikli Cinsel İstismar Suçunun Had Gerektirmeyip Tazir Verileceği Görüşü

Nitelikli cinsel istismar suçu kapsamındaki eylemler, konu hakkında oluşan görüşlerden birine göre tazir gerektirir. Tazir cezası, suçun unsurlarındaki eksiklikten dolayı zina haddinin düşmesi yoluyla olabileceği gibi zinadan bağımsız bir suç türü olarak kabul edilmesinden dolayı da tazir türünden bir ceza belirlenmesi uygun görülmüştür.⁵⁴¹

Zina fiili, nasslarda suç olarak tanımlanmış ve cezası da net olarak belirlenmiş olması ile had cezası gerektiren suçlar arasındadır.⁵⁴² Sınırları belli olması hasebiyle had cezalarının kanun hükmünde olduğunu kabul edersek, olası bir eksiklikte tipiklik

⁵³⁸ Ayten Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri ve Tedavisi” *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 2010 2/2, s.154.

⁵³⁹ Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, 281; Âmir, *et-Ta’zîr*, 55.

⁵⁴⁰ İbn Mace, *Hudud*, 33.

⁵⁴¹ Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 9.

⁵⁴² Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.87.

özelliği oluşmadığından sanıktan had cezası düşmektedir. Cinsel istismar suçunun sınırları belirli zina ya da hırâbe suçlarından herhangi birine dâhil edilmeyeceği ya da farklı gerekçelerle had cezasının düşeceği görüşünde olanlar, cinsel istismar suçunun nitelikli halinin işlenmesinin tazir cezası gerektireceği görüşündedir.⁵⁴³

Konumuzun temelini teşkil eden fiiller, bir görüşe göre zinaya benzerlik göstermekle birlikte unsurlarının eksikliği dolayısıyla zina olarak tanımlanamayan ve tazir ile cezalandırılan cinsel davranışlardır. Nitekim kişinin kendisine yasaklanmış herhangi bir fiili işlemesi ya da kendisine farz olan bir şeyi terk etmesi şeklinde gerçekleşen, hakkında had ya da kefarete gerekli kılınmamış tüm suçlar için tazir cezası öngörülmüştür. Had dışındaki suçlarda, kişilerin te'dibi, suçlardan el çektirilmesi için verilen cezalar tazir olarak adlandırılmaktadır.⁵⁴⁴ Kişinin şer'an kendisine yabancı bir kadını öpmesi, aynı şekilde kadın ve erkeğin yanlarında bir başkası olmaksızın baş başa (halvet) kalmaları tazir gerektiren suçlardır.⁵⁴⁵ Bunun gibi akıl-baliğ bir kimsenin bir çocuğa cinsel istismar türünden fiilleri de bazı âlimlere göre tazir gerektiren bir suçtur.⁵⁴⁶

Hadleri düşüren belli sebepler vardır. Şüphenin varlığı bunların başında gelir. Suçta bulunan şüphe, eylemin kanundaki tanımla birebir aynı olmasının yani tipiklik özelliğinin sağlanmasının önüne geçer. Zina haddinde şüphenin fiilde, akitte ya da mülkte olması fark etmez.⁵⁴⁷ İşte bu nedenle cinsel istismar suçunun özellikle nitelikli hâli olan tecavüz, zina ya da hırâbe suçuna benzer özellikler taşısa da çocuğa karşı işlendiğinde taşıdığı unsurların haddi düşürücü özellikte olduğunu, bu nedenle de suçlar için belirlenmiş had cezaları ile cezalandırılmayacağı görüşünü benimseyen âlimler, ilgili suçun tazir kapsamında cezalandırılması gerektiğini savunurlar. Tazir olarak da bu suçlara hapis, sürgün, darp gibi cezalar verilmektedir.⁵⁴⁸

⁵⁴³ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.IX, s.167; Merginani, *Bidayetü'l-mübtedi*, s.342; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s.266; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhîyye*, s. 584; Serahsî, *Mebhut*, C.IX, s.77; Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, c.4 s.144; Cezîrî, *el-Fıkh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 102; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, c4 s. 150; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.40.

⁵⁴⁴ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.120.

⁵⁴⁵ Âmir, *et-Ta'zir*, s.82.

⁵⁴⁶ Amir, *et-Tazir*, s. 191; Ankaravi Mehmet Emin Efendi, *Fetava-yı Ankaravi*, C.I, s.159; Şeyh Nizam, *Fetava'l-Hindiyye*, C.II, s.152.

⁵⁴⁷ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.96; Âmir, *et-Tazir*, s. 178.

⁵⁴⁸ Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.120.

Tarafların kadın-erkek olması: Zina haddi uygulanması için gereken bir şart, fiilin kadın ve erkek arasında geçmesi ve failin erkek olmasıdır. Cinsel istismar suçu özelinde düşünüldüğünde fail erkek de kadın da olabilmektedir. Bir erkek, küçük kız ya da erkeğe organ yahut cisim sokmak suretiyle istismarda bulunabileceği gibi, bir kadın da erkek çocuğunun penisini kendi vajinasına yerleştirerek yahut kız çocuğuna cisim sokarak cinsel istismar faili olabilir. Bu durumu da göz önünde bulundurarak had için gerekli unsurların eksilmiş olacağı söylenmiştir. Had cezası düşmüş olsa da failin yaptığı istismar eylemleri suçtur ve taziri gerektirmektedir.⁵⁴⁹

Vajinaya girme: Bir görüşe göre zina haddi, fiilin tam olmasına, fiilin tam olması ise mahallin tam olmasına bağlıdır. Bu nedenle küçük kız çocuğu ile zina ederek anüs ve vajina arasındaki et perdesini yırtan kişiye had uygulanmaz. Çünkü zina suçunda mahal, kadının ferici, yani normal yolla cinsel ilişki kurulan ön kısmı, vajinasıdır. Ancak ilişki sonucu gerçekleşen yırtılma çocuğun cinsel organının mahal olmadığına göstergesidir. Penisin girmesi ile bu perdenin yırtılmadığı bir senaryoda, bu küçük çocuğun vajinasının bu fiil için mahal olduğunu, çocuğun cinsel ilişkiden fiziksel hasar almayacak yaşta olduğunu gösterirdi. Böyle bir durumda ise bu suçu engelleme (zecz) amaçlı had uygulanırdı. Had ile bir suçtan el çektirme normal tabiatlı insanların meylettiği suçlar içindir. Sapkın tabiatlı, akılselim bir insan ise şehvet duyulacak yaşta bile olmayan küçük kız çocuğuna cinsel ilişkiye meyletmez.⁵⁵⁰

Bilindiği gibi anal yoldan organ sokularak cinsel doyum elde etmek suretiyle de cinsel istismar suçu işlenebilmektedir. Kız çocuğu, akıl-baliğ kadın olmadığından kız çocuğu ile vajinal ilişki dahi kurulmuş olsa bu durumun mahalde şüphe oluşturduğu söylenmiştir ki bu şüphe küçük kız ya da erkek çocuk ile girilen anal ilişki için de geçerlidir. Yani yetişkin bir kişinin baliğ/baliğa olmayan küçüğü nitelikli cinsel istismarı zina haddinin unsurlarını taşımadığı için had gerektirmez.⁵⁵¹ Mahalde oluşan şüphe ile had düşer ama helal olmayan bir davranışta bulunduğu, suç işlediği için tazir edilir.

⁵⁴⁹ el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.78. İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 148; Âmir, *et-Tazir*, s. 187; İbn Müflih, *el-Mübdî*, C.IX, s.62; Dimyati, *Hâşiyetu İâneti't-Tâlibin*, s.142.

⁵⁵⁰ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s. 75; Ebû Ya'la Muhammed b. Hüseyin el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, Daru'l Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut: 1983, s.263. Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki*, C.IV, s.313.

⁵⁵¹ Ensârî, *Esna'l-metalib*, C.VIII, s. 409; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s.326.

Cinsel istismarın erkek çocuğuna yönelik olarak anal yolla gerçekleşmesi halinde konu livâta hükümleri çerçevesinde tartışılmış olup, livâtanın zina niteliğiyle bağlantılı olarak tazire hükmedilmiştir.⁵⁵² Eylemin vajinaya değil anüse yönelik olması, isminin de ayrışmasına neden olurken, “zina” yerine “livâta” olarak adlandırılan anal ilişki isim farklılığıyla birlikte hükümde de farklılık getirir.⁵⁵³ Konu hakkında detaylı bilgi ilgili başlıkta verilmiştir. Son olarak İslam hukuk tarihinde penisin vajinaya değil anüse girmesi ile haddin düşerek tazire hükmedilmesini şu örnekte bulmaktayız: Kadı Sicilleri’nde yer bulan bir vaka, bu görüşe binaen değerlendirilmiştir. Buna göre ırmak kenarında küçük erkek çocuğuna zorla livâta yapan bir kişi, çocuğun babasının olayın ertesi günü mahkeme müracaatı ile yargılanmıştır. Sanığın suçunu ikrar ve itiraf etmesinin ardından hakkında tazir cezasına hükmedilmiştir.⁵⁵⁴

Penisin girmesi: İslam ceza hukukuna göre erkeğe zina haddi uygulanması için, penisin vajinaya girmesi gerekir. Oysa penisin girmesiyle parçalanmış bir cinsel organın, zina suçunun maddi unsuru olan mahalli karşılamayacağı görüşünden hareketle bazı âlimler mahalde şüphe oluştuğunu ve bu nedenle “cinsel ilişkinin ölümüne sebebiyet vereceği” yaşta çocuğa saldırısından ötürü cinsel istismar failine zina haddinin uygulanmayacağını ifade ederler.⁵⁵⁵

Kadın veya erkeğin, çocuğa yönelik istismarı bir görüşe göre meydana gelme şartları bakımından farklı değerlendirilmiş ve hüküm buna göre şekillenmiştir. Bu görüşe göre küçük erkek çocuğuna, penisini kendi cinsel organına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismarda bulunan kadına bu fiilin zina olarak tanımlanmamasından dolayı cinsel ilişkiyi başlatan dahi olsa zina haddi vurulmaz.⁵⁵⁶ Henüz ihtilam olmamış bir çocuk, şehvet duyma ve cinsel organın sertleşmesi açısından yetişkin erkeklerle bir olmayacağından; fiil de erkeğin iradesiyle gerçekleşmediğinden kadının, erkek çocuğuyla zinasını ayrı değerlendirilmiş olması mümkündür. İmam Malik’in görüşü bu şekildedir.⁵⁵⁷

⁵⁵² İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, C.VI, s.38.

⁵⁵³ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s.187.

⁵⁵⁴ *Kadı Sicillerinde Samsun 1763 Nolu Samsun Şeriyye Sicil Defteri*, Haz. Osman Keskiner, Samsun Büyükşehir Belediyesi Kültür ve Sosyal İşler Dairesi Başkanlığı, Samsun 2014, c2, s.234.

⁵⁵⁵ Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.96; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s. 31; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, C.IV, 1994, s.503; el-Ferra, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 265. Serahsî, *Mebhut*, Çağrı Yay., C.IX, s. 76.

⁵⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.X, s. 148; Âmir, *et-Tazir*, s. 187.

⁵⁵⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, s.16, s.42.

Bir yetişkinin, çocuğun cinsel organına parmak veya cisim sokması şeklinde gerçekleştirdiği cinsel istismar biçiminde “cinsel organa penisin girişi” söz konusu olmadığından, oluşma şekli itibariyle zinanın şartlarından olan “penisin girmesi” eylemini içermediği için oluşan eylemin oluşmasında mevcut olan şüphe nedeniyle zina haddi düşmektedir.⁵⁵⁸

Nitelikli cinsel istismar eyleminin zinadan ayrı bir suç oluşturduğunu düşünen âlimler, ilgili suçun cezalandırılmasını tazir kapsamında hâkimin takdirine, devletin yasama yetkisine bırakmışlardır.

Bu kısımda cinsel istismar suçunun nitelikli halini işleyen faillere verilmesi uygun görülen cezalar ele alınacaktır.

4.2.2. Nitelikli Cinsel İstismar Suçuna Önerilen Cezalar

Çocuğa nitelikli cinsel istismarın cezası olarak fıkıh literatüründe tazminat, sopa, sürgün, hapis, kastrasyon ve öldürme cezaları tartışılmıştır. Bu kısımda bu cezalara dair tartışmalar ele alınacaktır.

4.2.2.1. Dayak

Cinsel istismar suçunun zina suçu kapsamında olduğu görüşünde olan âlimlere göre muhsan olmayan faile, zina haddi gereğince celde vurulması gerekmektedir.⁵⁵⁹ Celde, gerekli hallerde tazir cezası olarak da uygulanır.

Zina suçlularına celde uygulanması konusunda âlimler arasında ittifak olmakla birlikte celde ile birlikte sürgün cezasının verilip verilmeyeceği konusu tartışmalıdır.⁵⁶⁰

Nitelikli cinsel istismar suçu faillerine, suçu zina haddi bağlamında değerlendirilen ya da tazir olarak celde öngören âlimlere göre yüz celde cezası öngörülmüştür. Bir

⁵⁵⁸ İbn Müflih, *el-Mübdî*, C.IX, s.62; Dimyati, *Haşiyetu İâneti't-Tâlibin*, s.142.

⁵⁵⁹ Nur 24/2; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, C.VI, s.38; Heytemî, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, C.IX, s.217; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, s.137; Hüseyin Esen, “Zina”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XLIV, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s.443.

⁵⁶⁰ Muvatta, Ukul, 6. İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.577.

görüŖe göre bekârın zinasında yüz celdeye ilave olarak sürgün ya da hapis cezası uygulanmalıdır.⁵⁶¹ Celde cezasının hadd olarak öngörülen recm cezasına ilaveten uygulanması gerektiği görüŖü de bazı âlimler tarafından benimsenmiŖtir.⁵⁶²

4.2.2.2. Sürgün

Sözlük anlamıyla “uzaklaŖmayı, vatandan uzakta olmayı”⁵⁶³ ifade eden sürgün, ceza ya da güvenlik amacıyla suçlunun yaŖadığı yerin dıŖında bir bölgeye gönderilerek orada kalmaya zorlanması Ŗeklinde gerçekteŖen bir yaptırımdır.⁵⁶⁴

Zina suçu iŖleyen bekâr kiŖiler için Kur’an’da emredilen yüz celdeye ilaveten sünnet delili⁵⁶⁵ ile bir yıl sürgün cezası öngörölmüŖtür.⁵⁶⁶ Ancak Hanefîler celde ve sürgünün birlikte had olarak uygulanması düŖüncesine karŖı çıkmaktadır. Bu görüŖün gerekçesi celdenin Kur’an emri ile sabit olması; sünnet ile nassa ilave yapılmasının nesih anlamı taşıyacağı ve haber-i vahid ile de Kur’an hükmünün neshedilemeyeceğidir.⁵⁶⁷

Cinsel istismar suçu hırâbe kapsamında değerlendiren bir görüŖ olduğundan söz etmiŖtik. Hanbelilere göre hırâbe suçuna teŖebbüs eden, kimseye zarar vermemiŖ olsa da korku salarken yakalanan kimse taziren sürgün edilmelidir.⁵⁶⁸

İslam hukuk âlimleri arasında sürgünün meŖruiyeti konusunda ittifak olsa da, ne anlama geldiği, süresi gibi konular fukaha arasında tartıŖmalıdır. Bir görüŖe göre suçlu en fazla sefer mesafesinden daha az olacak bir uzaklığa kadar sürgün edilebilir. Mâlikîler bu görüŖtedir.⁵⁶⁹ Diğer bir görüŖ sürgünden murat edilen faydanın sağlanması için suçlunun hapsedilmesinin daha uygun olduğudur.⁵⁷⁰ AŖađıda bu görüŖ ele alınacaktır.

⁵⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, s.52; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, s.43; Ŗîrâzî, *et-Tenbih fi Furu' Fikhi' Ŗ-Ŗafî*, Beyrut 1995, s.24; Mâverdi, *Ahkamu's-Sultaniyye*, 2006, s.344; el-Ferrâ, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, 2000, s.279.

⁵⁶² Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Eseru Tatbiki'l-Hudud Fi'l-Müctema'*, Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, Riyad 1984, s.77.

⁵⁶³ Kal'acî, “*Tağrib*”, *Fıkıh Lugatı*, s.89.

⁵⁶⁴ Talip Türcan, “Sürgün”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXXVIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, s.164.

⁵⁶⁵ Buhârî, *Hudûd*, 30; Müslim, *Hudûd*, 12-14.

⁵⁶⁶ Heytemi, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, C.IX, s.217.

⁵⁶⁷ Türcan, “Sürgün”, s.165.

⁵⁶⁸ İbn Kudame, *Mugnî*, C.VII, s.482.

⁵⁶⁹ İbn RüŖd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, C.II, s.446; Desûkî, C.IV, ss.349-350.

⁵⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, C.IX, s.44.

4.2.2.3. Tazminat

Suçun unsurlarında meydana gelen şüphenin had cezalarını düşürme yönündeki etkisinden daha önce bahsetmiştik. Aynı şekilde, had cezası olarak uygulanan celdenin bir şüphe nedeniyle düşmesi sebebiyle tazminata (ukr) hükmedilmektedir. Daru'l-İslam'da zina suçu işlendiğinde cezadan ya da tazminattan muafiyet söz konusu değildir.⁵⁷¹ Aynı şekilde haddin, ikrah nedeniyle düşmesi halinde tazminata hükmedilir.⁵⁷²

Çocukların cinsel olgunluk düzeyine erişmemesinden dolayı, vücuda organ girmesi şeklinde gerçekleşen olası bir cinsel istismardan fiziki olarak sağlıklı çıkmaları mümkün değildir. Zorlanma sebebiyle, cinsel saldırılar çocuğun kimi zaman yaralanması kimi zaman da ölümü ile sonlanmaktadır. Yaralanma olmasa dahi, psikolojik olarak travmatize olma cinsel saldırı sonrası çocuk ya da yetişkin olması fark etmeksizin kaçınılmaz son olmaktadır. Bazı durumlarda ise fail, eylemi gizleme çabası ile istismarda bulunduğu çocuğu öldürmektedir. Yaralama ve ölüm suçları ile ilişkisinden ötürü konu, tazminat/diyet gerekliliği bağlamında tartışılmıştır.

Bilindiği gibi diyet, ölen-yaralanan kişinin canının bedeli olan mali karşılığı ifade eder ve kitap, sünnet ve icma ile meşru kılınmıştır.⁵⁷³ Şahsi intikam almaların önünün kesilmesi amacına hizmet eden diyet, genel prensibe göre suçun büyüklüğüne, kasten ya da hataen işlenmesine, yaralanmanın boyutuna/öldürmeye bağlı olarak suça denk miktarda, mağdurda oluşturduğu hasara paralel olarak belirlenir.⁵⁷⁴ Vücutta tek olan organların diyeti tam diyet iken, çift olan organlardan birine zarar veren kişi yarım diyet öder. Diğer organlar da bunun gibi belirlenir.⁵⁷⁵ Bir tam diyet 100 deve, 1000 dinar (1 dinar=4 gr altın) kadardır.⁵⁷⁶ Zarar veren taraftan ceza olarak bu bedel alınarak, zarara uğrayan tarafa verilir.⁵⁷⁷

Yaralama-öldürme suçlarında esas olan kısasa hükmedilmesi olsa da öncelikle failde kasta bakılır. Eğer yaralama kasten olmuşsa fail kısas edilir. Yaralamanın hataen

⁵⁷¹ Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.137.

⁵⁷² Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.275.

⁵⁷³ İbn Âbidîn, *Reddû'l Muhtar*, c. 10 s. 230; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s.177.

⁵⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "Diyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.IX, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.

⁵⁷⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.577.

⁵⁷⁶ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s.152.

⁵⁷⁷ İbn Teymiyye, *Mecmuatü'l-Fetava*, C.XIV, ss.113-118.

olduğu durumlarda ise sadece diyete hükmedilir.⁵⁷⁸ Aklın, konuşma yetisinin, cinsel organın, cinsel birleşme kudretinin, oturup kalkma kabiliyetinin tamamen ortadan kalkması halinde buna hataen sebep olan kişinin mağdura tam diyet ödemesi gerekir. Bu işlevler tamamen gitmese de azalmışsa, failin verdiği zarar ölçüsünde diyet ödemesine hükmedilir.⁵⁷⁹

Hız. Peygamber döneminde kavga eden iki kadından biri diğer kadını taşla vuraarak öldürmüştür. Öldürülen kadının hamile olmasından dolayı, katil bu eylemiyle hem kadının hem de ceninin ölümüne sebep olmuştur. Resulullah bu durum karşısında ölen kadına verilecek diyetin yanında ölen çocuk için de gurre verilmesine hükmetmiştir.⁵⁸⁰ Aynı rivayette herhangi bir yaşam emaresi göstermeyen bir çocuk için diyet ödenmesi kararına itiraz eden, öldüren kadının babası Hamel b. Malik b. Nabiğa el Hüzelî'nin itirazının karşılık bulmadığı görülmektedir.⁵⁸¹ Ceninin dahi ölümüne sebep olan kişi tazminat ödemekle yükümlü tutulmuşken, sağ olarak doğmuş, gülen oynayan bir çocuk, kaç yaşında olursa olsun öldürülmesi halinde katil diyet ödemekle yükümlü olur.

Bazı âlimler kadının diyetinin erkeğin yarısı kadar olduğunda icma olduğunu iddia etmişse de⁵⁸² azınlıkta kalan bir kısım âlim cinsiyet olarak ayrıştırmayarak, değerlendirmenin “insan” temelinde yapılması, diyet miktarında bir indirime gidilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Kadın ve erkek diyet miktarlarının farklı olması gerektiği görüşünde olanlara göre sağ olarak doğduktan sonra hataen öldürülen erkek çocuğun diyeti yetişkin erkeğin diyetine; kız çocuğun diyeti de yetişkin kadının diyetine eşittir.⁵⁸³ Bununla birlikte tam diyetin üçte birine kadar karşılığı olan yaralanmalarda kadın ve erkeğin diyeti eşittir. Yaralanma uzvun üçte bir kadarına ya da daha fazlasına tazminat gerektiriyorsa, kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısı kadardır.⁵⁸⁴ Eğer failin hataen yaralaması tam diyetin üçte birinden az bir diyet hak ediyorsa, failin

⁵⁷⁸ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, s.576

⁵⁷⁹ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, s.577.

⁵⁸⁰ Rasûlullah (s.a.v) ölen çocuğa diyet olarak bir köle veya cariye verilmesini, anasının diyetini de öldüren kadının akrabasının ödemesini katil kadına da mirasçıların ve çocuğunun varis olmasını hükmetti. Nesai, Kasame, 39-40-41.

⁵⁸¹ Nesai, Kasame, 39-40-41.

⁵⁸² İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, s.570; Emir Abdülazîz, *el-Fıkhü'l-Cinai*, s.184.

⁵⁸³ *Fetava'l-Lecneti'd-Daime*, C.XXI, s.245.

⁵⁸⁴ Muvatta, Ukul, 6; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhîyye*, s.577.

kendi malından; eğer ki üçte biri kadar ya da daha fazlaysa o zaman akilesinden alınır.⁵⁸⁵ Diyet, üçte birlik orana eriştiğinde ya da üstüne çıktığında erkeğin diyetinin yarısı kadar verilir.⁵⁸⁶ Failin çocukta idrarını tutamama gibi fiziksel bir hasara sebep olması halinde, mağdurun diyetinin üçte biriyle birlikte cinsel ilişki nedeniyle de maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulur.⁵⁸⁷ Konunun detayları ilgili başlıkta ele alınacaktır.

Bir görüşe göre cinsel ilişki neticesinde ölmeyecek yaşta bir çocukla ilişkiye giren kişiye hem zina haddi vurulur hem de bu kişinin tazminat ödemesine hükmedilir. İmam Malik, Ali b. Ebi Talip (öl.40/661), İbn Mesud (öl.32/652-53), Süleyman b. Yessar (öl.107/725), Rebîa (öl.136/753?) ve ‘Atâ b. Ebû Rebâh (öl. 114/732) bu görüştedir.⁵⁸⁸

Hukuk tarihimizdeki uygulamalara baktığımızda tazminat ile sonuçlanan çocuk istismarı davalarının da olduğu görülmektedir. Kadı sicillerinde geçen bir vakada, Hristiyan tebaadan bir kadının yine zimmi bir ailenin oğlu olan Boğos’a tecavüz etmesi üzerine, mağdur çocuğun babası olaydan 40 gün sonra dava ettiği kaydedilmiştir. Sanık kadının suçu inkârı üzerine kendisinden delil istenmiş ancak delil gösteremeyeceğini belirten kadın, yemin etmek istemiştir. Araya giren arabulucular davacı ile davalıyı 300 kuruş nakit para üzerinde anlaştırmış ve dava bu şekilde kapanmıştır.⁵⁸⁹

Zâhirî mezhebine göre, bir erkek kendisine helal olmayan bir kadınla cinsel ilişkide bulunmuş ve kadının bekâreti bu ilişki sebebiyle bozulmuşsa kendisine had uygulanır, başka bir ödeme yapması gerekmez. Ancak bu ilişki nedeniyle (muhtien) kadın ölmüşse o zaman tam diyet gerekir.⁵⁹⁰

Buraya kadar saydıklarımız, çocuğa cinsel tatmin amacıyla zarar verilmesinin sonucu olan tazminatlardır. Cinsel istismar vakalarının bir kısmının çocukların kaçırılması, tecavüz edilmesi ve öldürülmesi şeklinde gerçekleştiği bilinmektedir. İlişki sonucu ölüm, meseleyi zina dışına, cinayet boyutuna taşımasından dolayı bu hükmün

⁵⁸⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.578.

⁵⁸⁶ Muvatta, Ukul, 6; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.577.

⁵⁸⁷ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s. 155.

⁵⁸⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IX s.509.

⁵⁸⁹ Keskiner, *1763 Nolu Samsun Şer'iyye Sicil Defteri*, Samsun 2014, C.II, s.235.

⁵⁹⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s. 87.

dışında tutulmuştur.⁵⁹¹ Bir erkek, ergenliğe erişmemiş bir kız ile evlenerek gerdeğe girdiğinde, birleşme sebebiyle kızın ölümüne sebep olursa erkeğin akilesi kadının diyetini ödemekle yükümlü tutulur.⁵⁹²

Cinsel amaçla olsun olmasın bir çocuğun yetişkin biri tarafından kaçırılması halinde çocuk onun elindeyken yıldırım çarpması, yılan ısırması gibi kaçırmanın etkisinin olmadığı, beklenmedik bir sebeple ölse onun mübaşir ve mütesebbib olmaması nedeniyle tazmin etmesi gerekmez. Ancak tesebbübün katl nedeniyle kaçırılan kişinin akilesinin, çocuk için diyet ödemesi gerekir.⁵⁹³

4.2.2.4. Hapis

İlk dönemlerde suçlunun hapsedilmesinin cezalandırma amacından ziyade, hakında ceza kesinleşinceye kadar alıkonulması fonksiyonu varken bugün pek çok suçun yaptırımı olarak hapis cezası uygulanmaktadır. Merî hukukta da cinsel istismar suçunun nitelikli hali için 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Mağdur çocuğun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde ise fail 10 yıldan az olmamak kaydıyla 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.⁵⁹⁴

Sürgün cezasını, sözlük anlamıyla işletenler olduğu gibi bazı âlimler ayette geçen “nefy (sürgün)” ifadesini⁵⁹⁵ “hapis” olarak yorumlamış veya hâkimin onayı ile hapis cezasına çevrilebileceği şeklinde görüş aktarmıştır.⁵⁹⁶ Nitekim zina suçuna dair Kur’an-ı Kerim’de öngörülen ilk ceza hapsedilme yönündedir.⁵⁹⁷

Hanefî mezhebi âlimleri, fitne gerekçesi ile sürgün yerine hapis uygulanmasını öngörmüştür.⁵⁹⁸ Görüş sahiplerine göre bir bölgede kanun dışı işler yaparak kamu huzurunu, ahlakını bozan kişinin başka bir bölgeye sürgün edilmesi, bölge halkı için menfaat gibi görünüyorsa da sürgün cezasının fesadı önlemeye yetmeyeceği görüşünden hareketle sürgün yerine hapis cezasının tercih edilmesi daha uygun görülmüş-

⁵⁹¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s. 87.

⁵⁹² Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, C.IV, s.517.

⁵⁹³ Aynî, *Şerhü'l-Aynî*, C.II, s. 465.

⁵⁹⁴ TCK md. 103 (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.)

⁵⁹⁵ Maide, 5/33.

⁵⁹⁶ Hasan Abdülganî Ebu Gudde, *Hukûkû'l-Mescûn Fi's-Şeriatü'l-İslamiyye: Dirâse Mukârene Bi'l-Kavânini'l-Vaz'iyye ve'l-Enzîmeti's-Suûdiyye*, Daru Camiatü'l-Melik Suud li'n-Neşr, Riyad 2016, s.12.

⁵⁹⁷ Nisa 4/15.

⁵⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, C.IX, s.44.

tür. Buna göre suçlunun, suçun işlendiği bölgenin dışında bir yerde hapsedilmesi sürgün olarak değerlendirilmiştir.⁵⁹⁹ Mâlikîler bu görüştedir.⁶⁰⁰ Hanefîler de hapis cezası ile sürgünden murat edilen sonucun elde edilebileceğini öngörmekle birlikte suçlunun, suç bölgesinin dışına çıkarılmasının gerekli olmadığını belirtmişlerdir.⁶⁰¹

Anal ilişkiyi zina kabul etmeyen görüşe göre anal ilişkide bulunan kişilerin ve yetişkin kadınla ilişkisi nedeniyle küçük erkek çocuğun (kendisinden yaş nedeniyle haddin düştüğünden) tazir ile cezalandırılmaları gerekir. Ebu Hanife'ye göre bu kişiler, bu suçlardan ötürü hapsedilmelidir. Bununla birlikte İmameyn'in kanaati bu kişilere zina haddi vurulması yönündedir.⁶⁰² İmam Muhammed (öl.189), akıl-baliğ bir kişinin çocuğu kandırarak götürdüğü gözlerden uzak yerde çocuğa tecavüz etmesi veya çocuğun bir sebeple orada ölmesi halinde erkeğin hapsedilmesi gerektiğini söylemiştir.⁶⁰³

Hapis cezası için nasslarda belli bir süre tayin edilmemiştir. Bu bakımdan sürgün edilmesi emrini hapsedmek olarak yorumlayan âlimler, sürgün için öngörülen bir yıllık sürenin hapis müddeti olarak uygun olacağı görüşündedir. Mâlikîler bu görüştedir.⁶⁰⁴ Bir diğer görüş ise hapis süresi suçlunun içsel pişmanlık duyacağı zamana, tevbe edinceye kadar süreceği yönündedir.⁶⁰⁵ Suçun niteliğine bağlı olarak verilecek hapis cezası için üst limitin hâkimin takdirine bırakılması gerektiği de konu hakkında oluşan bir diğer görüştür.⁶⁰⁶ Suç işlemenin alışkanlık haline gelmesi, suçun tekrar tekrar işleniyor olması, ağır ceza gerektiren suçlardan olması durumunda ise hapis süresi olarak alt ve üst sınır tayin edilmemiştir.⁶⁰⁷

4.2.2.5. Kastrasyon

Kişinin üreme yetisinin engellenmesi, iğdiş etme, kısırlaştırma anlamındaki müdahale şekli, tıbbi literatürde İngilizce ve Fransız kökenli “kastrasyon” terimi ile ifade

⁵⁹⁹ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.IV, ss.50-51.

⁶⁰⁰ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, s.582.

⁶⁰¹ Serahsî, *el-Mebsût*, C.IX, s.44

⁶⁰² Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.IV, s.433.

⁶⁰³ Amir, *et-Tazir*, s.191; Ankaravi Mehmet Emin Efendi, *Fetava-yı Ankaravi*, C.I, s.159; Şeyh Nizam, *Fetava'l-Hindiyye*, C.II, s.152.

⁶⁰⁴ Udeh, *et-Teşriu'l-Cinai*, C.IV, ss.50-51

⁶⁰⁵ Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.IV, s.433.

⁶⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, C.IX, s.44.

⁶⁰⁷ Mehmet Zeki Uyanık, “İslam Hukukunda Hapis Cezası Çeşitleri ve Süreleri”, *ÇAKÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, 8/2, s.155.

edilmektedir.⁶⁰⁸ Kısırlaştırma, iğdiş etme bu işlemin kölelere uygulanmasından kaynaklı, hizmet eden manasına gelen hadimden türeyerek “hadımlaştırma” kalıbıyla yaygınlaşmıştır. Kanunlaştırma çalışmalarında da yine kastrasyon ibaresinin tercih edildiği görülmektedir. Canlı ya da ölü bir insanın vücut organlarını kesme işlemi “müsle” olarak adlandırılmaktadır.

Kastrasyon zorunlu ve seçime bağlı olarak; kimyasal ve cerrahi iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bu yöntemlerle kişi ya belli süre ile cinsel ilişki kuramayacak; ya cinsel ilişki kurabilecek olmasına rağmen gebe bırakma yetisini kaybetmiş olacak yahut hiçbir şekilde ilişki kuramayacaktır.

Cerrahi yöntem, kişinin yumurtalıklarının alınmasıdır. Husyelerin çıkarılması ile kişi, gebe bırakma yetisi kaybetmekle birlikte cinsel isteğinde bir azalma meydana gelmez, cinsel birliktelik yaşayabilir. Tarihsel uygulamalarda yaygın olarak görülen şekli yalnızca husyelerin çıkarılarak kastrasyon sağlanmasıdır. Günümüzde de prostat kanserinde bir tedavi yöntemi olarak yumurtalıkların cerrahi operasyonla çıkarılması işlemi uygulanmaktadır. Kastrasyonun husyelerin alınmasının yanında tüm erkeklik organlarının da kesilmesi şeklinde uygulanması mümkündür. Husyeleri çıkarılmış kişi, “hâsi”; tüm erkeklik organı kesilmiş kişi “mecbub” adıyla kaynaklarda yer bulmuştur.⁶⁰⁹

Kimyasal kastrasyonda ise birtakım ilaçlar ya da iğneler ile birey cinsel anlamda pasifize edilir. Kimyasal kastrasyon, söz konusu araçlar kullanıldığı sürece etkin olmakta; bırakıldığında birey eski yaşantısına geri dönmektedir. Örneğin bir çeşit anti-depresan olan sertralin isimli ilaçtan,⁶¹⁰ dürtüselliği azaltması, ereksiyon güçlüğü ve cinsel isteksizlik oluşturan bir etki bırakması sebebiyle faydalanılır. Bir takım cinsel sapkınlıklarda bu ilaca başvurulur, olumlu sonuçlar alındığı gözlenmiştir. İlacın asıl etki alanının cinsel dürtü bozukluğu olması nedeniyle, cinsel sapkınlıklarda önleyici fonksiyon üstlenmesine karşın, üremeyi engellememesi ve zor da olsa cinsel olarak

⁶⁰⁸ “Kastrasyon”, Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/kastrasyon>, Erişim: 28.11.2022.

⁶⁰⁹ Aydın Taneri, “Hadım”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C.XV, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1997, s.1.

⁶¹⁰ <http://www.psikiyatri.net/lustral-kullananlara-bilgiler/> Erişim: 22.12.2022.

uyarılmanın imkânsız olmaması nedeniyle cinsel suçlularda kullanımının yaygınlaştırılması konusunda bir fikir birliği oluşmamıştır.⁶¹¹

Günümüz toplumlarında uygulama alanı bulan kastrasyonun cinsel suçların özellikle cinsel istismar suçunun önüne geçilmesi, suçun tekrarının engellenmesi ve caydırıcı olması, kamu vicdanının rahatlatılması bakımından kanunlaştırılması talep edilmektedir. Özellikle medyatikleşen cinsel istismar vakalarından sonra suça kendi türünden ceza verilmesi şeklinde bağlantısından dolayı hadımlaştırma sıkça gündem olmaktadır. Danimarka da 1989 yılından bu yana cinsel suç faillerine isteğe bağlı olarak kimyasal kastrasyon uygulamaktadır.⁶¹² Aynı şekilde kısas gerektiren suçlardan olmasa da İslam ülkelerinde cinsel suçları işleyen kişilere ceza olarak bu uygulamanın yapıldığı bilinmektedir.

Teorik düzlemde kastrasyon uygulamasını cezalandırma aracı olarak kabul edenler olduğu gibi karşı çıkanlar da olmuştur. Bunların bir kısmı kastrasyon uygulamasının kalıcı bir çözüm olmamasından dolayı uygun bulmamaktadır. Kişi hadımlaştırıldıktan sonra beklenen aslında cinsel arzuların, şehvet hissinin giderilmiş olmasıdır. Ancak bunun her zaman mümkün olmadığı görülmektedir. Hareme yalnızca yaşlı hadımların girmesine izin veriliyor olması da bu duruma kanıt niteliğindedir.

Kastrasyon, kişinin tüm hayatı boyunca sürecek ve özellikle cerrahi müdahalede geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğuracak olması nedeniyle de etik tartışmalara konu olmuştur.⁶¹³ Bu uygulama ile verilecek cezanın suç-ceza dengesini ceza lehine bozuyor olduğu, kişinin bedenine rızası olmadan müdahale içerdiği gerekçeyle itiraz edilmektedir.

⁶¹¹ Baran Kızılırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.XXV, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s.1028.

⁶¹² Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s.237-238.

⁶¹³ Baran Kızılırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25/2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s.1028.

Hadımlaştırmanın cahiliye geleneği olduğu bilinmektedir. Tarihteki uygulamalar da ya kölenin rızası sorulmaksızın hadım edilmesi ya da kişilerin cinsel arzularından kurtulmak için rızâi olarak başvurdıkları bir yöntem olarak gerçekleşmiştir. Bu gerekçelerle hadımlaştırmanın hadis-i şeriflerde yasaklandığı görülmektedir.⁶¹⁴

Kastrasyon işlemi, kölelik bağlamında incelendiğinde keyfi ve iğdiş edilen kimsenin rızasının aranmadığı bir uygulamanın söz konusu olduğu dikkat çeker. Ev halkının kadınları ile erkek hizmetçi arasında olması gereken mahremiyet sınırları nasslarda açıkça belirtilmiştir. Birbiri ile zarureten bir ortamda bulunacak kişilerin ilişki biçiminin bu şekilde belirlendiği bir zeminde kölenin hadım edilmesi şeri bir gerekçe barındırmayan, insan haklarını hiçe sayan bir operasyondur. Kaldı ki bireyin eski haline dönmesini imkânsız hale getiren bu uygulama her zaman başarılı olmayabilmekte ve kölenin ölmesi ile sonuçlanabilmektedir.

İğdiş edilme, zorunlu ya da ihtiyari olması fark etmeksizin icma ile haramdır.⁶¹⁵ Hadımlaştırma uygulaması, literatürde genellikle yaratılışı değiştirme bağlamında tartışılmış olup ceza olarak hadım uygulaması çoğunluğa göre ancak kısas gerektiren bir durum söz konusuysa caiz görülmüştür.⁶¹⁶ Bir kimsenin cinsel organının haşefe kadirinin yahut tamamının kesilmesinin tam bir diyet gerektireceği söylenmiştir.⁶¹⁷

Fransa’da adli kayıtlardaki verilerin derlenmesi ile 1997 yılında yapılan bir çalışma sonucunda cinsel suç dolayısıyla hüküm giymiş kişilerin %75’inin, cezanın infazından sonra 3 yıllık süre içerisinde benzer bir suç işlediği ortaya çıkmıştır.⁶¹⁸ Suçlunun cezalandırılmasının, cinsel suçların tekrarlanmasının önüne geçemediği görülmektedir. Buraya kadar verilen tazminat, hapis vb mevcut hukuk sistemlerinde uygulanmakta olan cezaların cinsel suçlar konusunda caydırıcı olmadığı çeşitli araştırmaların konusu olmuş, kamuoyu ıslah edici fonksiyonu olmadığı gerekçesiyle beklentisini kalıcı çözüm olduğunu düşündüğü kastrasyon uygulamasından yana geliştirmiştir.

⁶¹⁴ Ebu Davud, Diyat, 7.

⁶¹⁵ İbn Hazm, *Merâtibü’l-icmâ*, s.157.

⁶¹⁶ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s.148. Haşefe miktarından fazla kesildiğinde erkek cinsel organı için kısas söz konusu olurken, daha azında kısas düşmektedir.

⁶¹⁷ Sahnûn, *Müdevvenetü’l-Kübra*, C.IV, s. 322.

⁶¹⁸ Zeynel T. Kangal, “Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2002, 60, s.31.

Cezalandırmada cerrahi kastrasyona dair etik tartışmaların odağı da ölüm ihtimalidir. Suçu alışkanlık haline getirmiş, cezalandırılmasına rağmen suçu tekrarlamaktan kaçınmayan kişi için kimyasal kastrasyon bir çözüm olarak düşünülebilir. Suçlunun tedavi edilmesi, cinsel fonksiyonları azaltmak için ilaç kullanılması ise yeni suçların oluşmasının önüne geçmede etkin bir yöntem olarak durmaktadır. Bütün bunlarla birlikte kastrasyon, üreme özgürlüğü, ilaç yan etkisi nedenleriyle etik tartışmalara konu edilirken cinsel istismara maruz kalan küçük bir çocuğun aldığı fiziksel ve psikolojik travmanın etkisinin de ömür boyu kalıcı olduğu dikkate alınmalıdır. Bu düşünce Mecelle’de “Defi mefasid celbi menafiden evladır” şeklinde ilke olarak karşımıza çıkar. Toplumun genel maslahatının sağlanması da aslında buna bağlıdır. Mefsetin giderilmesi maslahatın elde edilmesinden önceliklidir.⁶¹⁹

4.2.2.6. Öldürme

Çocuğun nitelikli cinsel istismarı anlamına gelen tecavüz eylemi için ölüm cezası literatürde zina ve hırâbe olmak üzere iki farklı suç türü üzerinden tartışılmıştır.

Penisin çocuğun vajina ya da anüsüne girmesi şeklinde gerçekleşen nitelikli cinsel istismar eylemi bazı âlimlere göre zina suçu teşkil eder. Şafiiler⁶²⁰ ve İmameyn bu görüştedir.⁶²¹ Zina haddinin uygulanması için ise failde, mağdurda ve fiilde bazı özelliklerin olması gerekir. Konunun ayrıntıları ilgili başlıkta ele alınmıştır.

Klasik dönem İslam toplumlarındaki genel kabule göre muhsan kimseler için recm ile öldürme zina suçunun haddi olarak uygulanmıştır.⁶²² Recm, zina etmiş kadın ve erkeğin taşlanarak ya da aynı etkiyi gösterecek başka bir araçla öldürülmesini ifade eder.⁶²³ Hür, Müslüman, akıl-baliğ olması ve sahih bir nikâh içerisinde cinsel birlikte-lik yaşamış olması ihsanın şartlarındandır.⁶²⁴

⁶¹⁹ Ebû Nasr Taceddin İbnü's-Sübki Abdülvehhab b. Ali b. Abdilkafi Sübki, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muuz, C.I, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1991, s.445.

⁶²⁰ Heytemi, *Tuhfetü'l-Muhtâc*, C.IX, s.216.

⁶²¹ Burhaneddin Buhari, *Muhitu'l-Burhani*, C.IV, s.433

⁶²² Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s. 137; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, s.90.

⁶²³ Kal'acî, “Racm”, *Fıkıh Lugatı*, s.153; Rağıp el-İsfahani, “r-c-m”, *Müfredat: Kur'an Istılahları Sözlüğü*, çev. Abdülbaki Güneş, Mehmet Yolcu, Çıra Yayınları, İstanbul 2006, s.480; İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, C.V, s.13; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C.VI, s.13; Mâverîdî, *Ahkamu's-Sultaniyye*, s. 291; Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.79.

⁶²⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, C.VI, s.22; Semerkandi, *Tuhfetü'l-Fukaha*, s.145; Nesefi, *Kenzü'd-Dekâik*, C.II, ss.93-94.

Recm, sünnet delili ile sabit olmuştur.⁶²⁵ Hz. Peygamber'in zina suçlularını recmettiği ve sahabe döneminde de bu ceza uygulanmasının devam ettiği aktarılmaktadır.⁶²⁶ Recmin sünnet ile sabit olması buna mukabil celdenin tüm zâni ve zâniyeler için kitap ile sabit olmasından ve Hz. Peygamber'in zina eden bir kadını önce celde ile cezalandırıp ertesi gün recmettiği rivayetinden dolayı bazı âlimler zina suçlusu muhsan kişiye recm edilmeden önce celde cezası uygulanması gerektiği görüşündedir.⁶²⁷

Bazı âlimler konu hakkında rivayetlerin zayıf olduğu düşüncesinden hareketle recm cezasını kabul etmemektedir.⁶²⁸ Konu, müfessirlerin “nesh” konusundaki görüşleri ile yakından ilişkili olup ayetin nesh edildiğini düşünenlere göre recm cezası geçerli bir cezalandırma türü değildir.⁶²⁹

Kaynaklarda bir kimsenin silah tehditi altında zina etmesi ile kaçmasına müsaade edilmeksizin ona tecavüz edilmesi arasında ayrım yapıldığı gözlenmektedir. Tehdit varlığında eylem “ikrah ile zina” şeklinde, tecavüz ise “iğtisap” ile ifade edilmektedir. İkrah ile zina meselesi zina haddi bağlamında tartışılırken, çocuğu kaçırıp/alıkoyup ırzına geçme şeklinde gerçekleşen cinsel istismar suçunun, hırâbe suçuna benzerliğinden ötürü hırâbe haddi bağlamında değerlendirildiği görülmektedir.⁶³⁰ Mâlikîler⁶³¹, Zâhirîler⁶³² ve bir görüşte Şâfiîler⁶³³ bu kanaattedir.

Çocuğu kaçırma eyleminin cinsel bir niteliği olabileceği gibi yalnızca kaçırma ile sınırlı da kalabilir. Hangi amaçla olursa olsun kaçırma hatfi'l-etfal olarak tanımlanırken kaçırıp zorla cinsel ilişkiye girilmesi şeklinde gerçekleşen eylem “iğtisap” olarak adlandırılır. Bu görüş taraftarlarına göre, kız çocuğunu-kadını kaçırıp zorla zina eden kimse gasıp olur.⁶³⁴ Çocuğun kaçırılması (hatfi'l-etfal) hırâbe suçu bağlamında da tartışılmış ancak suçun konusunu çocuk olarak tayin etme noktasında ihtilaflar meydana gelmiştir. Mâlikîler ve Ahmet Bin Hanbel'e göre çocuğun kaçırılması hırâbe suçu

⁶²⁵ Buhari, Hudud, 28; Müslim, Hudud, 17, 19-20, 22-23; Ebu Davud, Cenaiz, 48, Hudud, 23-24.

⁶²⁶ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Behnesi, *Tatbikü'l-Hudud*, ss. 151-154.

⁶²⁷ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Eseru Tatbiki'l-Hudud fi'l-Müctema'*, Câmîatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, Riyad 1984, s.77.

⁶²⁸ Udeh, *et-Teşriü'l-Cinai*, C.II, s. 640; Serahsî, *el-Mebsut*, C.IX, s. 60

⁶²⁹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Behnesi, *Tatbikü'l-Hudud*, ss 146-147.

⁶³⁰ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 612.

⁶³¹ el-Mısri, *Şerhü'z-Zürkani*, C.VIII, s.108.

⁶³² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s.308.

⁶³³ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 612.

⁶³⁴ Zemahşeri, “g-s-b”, *Esasü'l-Belaga*; Feyyumi, “g-s-b”, *Misbahu'l-Münir*.

teşkil eder.⁶³⁵ Hanefî âlimlerin çoğunluğu, Şâfiîler ve Hanbelîlerin bir görüşü ve Süf-yân es-Sevrî'ye (öl. 161/778) göre ise hırâbe suçunun unsuru çocuk olamaz, yalnızca maldır. Bu nedenle çocuğun kaçırılması hırâbe suçu oluşturmaz.⁶³⁶

Görüş sahiplerinin nitelikli cinsel istismar suçunu hırâbeye benzetmelerinin nedeni bu suçu işleyen kişinin hakkı, adaleti çiğnemiş olması, toplumsal huzuru bozması, toplumda fesat çıkarması, insanların yüreklerine korku salmış olması bakımından açıkça ilan edilen sınırları aşmış olması ve çoğunlukla bu eylemi yaparken şiddet ve zorbalığa başvurmuş olmasıdır.⁶³⁷ Onlara göre hırâbe suçunun özü olan insanları yağmalama eylemi (s-l-b) mallarına el koymak şeklinde gerçekleşebileceği gibi taciz ve tecavüz (hetk'ül ırz ve vat'il ferç) şeklinde de meydana gelebilir.⁶³⁸ Kişinin istismarda bulunduğu kız çocuğu ile cinsel ilişkisi de buna uygun şekilde gerçekleşir. Yani çocuk kendisine dinen helal değildir. Çocuğun ilişkiye rızası yoktur. Buna rağmen istismarcı çocuğun ırzına geçmiştir.⁶³⁹

Hırâbe ayeti olarak bilinen Maide Suresi 33. ayette Allah-u Teâla yeryüzünde fesat çıkaran kimseleri muharip olarak tanımlamıştır.⁶⁴⁰ Ayetin sebep-i nüzulü hakkında tartışmalar⁶⁴¹ bir tarafa ayetin Daru'l-İslam'da fesat çıkarmaya yeltenenlere dair hükmü içerdiği konusunda âlimler hemfikirdir.⁶⁴² Irza geçenlerin, Allah'ın koyduğu sınırları aşanların yeryüzünde fesadın en kötüsünü çıkaranlardan oldukları konusunda ise şüphe yoktur.⁶⁴³

Hırâbe ayeti esasen Resulullah ile arasında sözleşme olan ehl-i kitap bir kavme yönelik inmiştir. Bu kavim aradaki sözleşmeye uymamış ve yol kesip yeryüzünde fesat çıkarmaya başlamışlardır.⁶⁴⁴ Suçu hırâbe suçuna eşdeğer gören âlimler, irza geçmek

⁶³⁵ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, C.II, s. 379; Desuki, *Haşiyetu Desuki* C.II, s.348.

⁶³⁶ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, s.72.

⁶³⁷ Neha Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab fî Dav'i 'i Ş-Şeriati'l-İslâmiyye ve'l-Kanuni'l-Vaz'i, el-Müessesetü'l-Câmiyye*, Beyrut 2003, s.85; Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas*, 1990, s.266; Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 612.

⁶³⁸ Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas*, s.270.

⁶³⁹ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, C.I, s. 612.

⁶⁴⁰ “Allah'a ve peygamberine karşı savaşılanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir. Bu, onların dünyada uğradıkları aşağılayıcı cezadır. Âhirette ise onlar için büyük bir azap vardır.” Maide 5/33.

⁶⁴¹ Kurtubi, *Ahkamu'l-Kur'an*, C.VI, ss.145-147.

⁶⁴² Kurtubi, *Ahkamu'l-Kur'an*, C.VI, ss.145-147; *Eseru tatbiki'l-hudud*, s.73.

⁶⁴³ Avâri, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal*, 614; Cündi, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas*, s.80.

⁶⁴⁴ Begavî, *Tefsirü'l-Begavî*, C.III, s. 47.

amacıyla yol kesenleri yeryüzünde fesat çıkaran muharipler olarak tanımlayarak hırâbe ayetinde belirlenen had cezasının uygulanması görüşüne ulaşmışlardır. Resulullah (s.a.v.) hırâbe suçu işleyenlerin öldürülmeleri, asılmaları ya da el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi veya yaşadıkları beldelerden sürgün edilmelerini emretmiştir. Dünyada yaşayacakları bu rezilliğe ilaveten ahirette de kendilerini büyük bir azabın beklediğini haber vermiştir.⁶⁴⁵ Tecavüzü hırâbe bağlamında ele alan görüşe göre yeryüzünde fesat çıkaran, huzuru bozan, nesillerin bozulmasına sebep olan hırâbe eyleminin cezası öldürülmektir.⁶⁴⁶

Modern araştırmacılardan Avari'ye göre de igtisap suçu işleyen faile hırâbe cezasının tatbik edilmesi gerekir. Düşüncesinin gerekçesini çocuklara yönelik tecavüz suçlarındaki sürekli artışın, ahlaksızlığın ve fahşa sayılacak eylemlerin artmasının önlenmesi için hâkimlerin tüm yetkilerini kullanması gerektiği ile izah eder.⁶⁴⁷

Terör, yol kesme eylemlerinin hırâbe olarak adlandırılması için gereken şartlar arasında şehir dışında olması belirtilir.⁶⁴⁸ Bununla birlikte şehir içinde çıkarılan bozgunculuk faaliyetlerinin hırâbe suçundan sayılması konusunda âlimler arasında ihtilaf vardır. Hanefîlerden Ebu Yusuf, İmam Malik, İmam Şâfiî, Hanbelîler, Zâhirîler⁶⁴⁹, İmamiyye, Evzâî (öl. 157/774), Leys b. Sa'd'ın (öl. 175/791) içlerinde bulunduğu fu-kahanın cumhuru hırâbe ile ilgili ayetin âmm olmasından ötürü tüm muharipleri kapsadığı görüşünden hareketle silahla yol keserek şehir içinde ya da dışında eşkıyalık yapan kimselerin bu zümreden olduğunu söylemektedir.⁶⁵⁰ Bu bakımdan yol kesen kişinin silahlı olması, erkek olması ve sayısı önemli değildir. Çok kişi de olsa kadın da olsa silahsız da olsa eğer karşıdakini sindirebildiyse “yol kesen” olarak adlandırılır.⁶⁵¹ Mâlikîlere göre muharibe yardım eden kişi de muharip ile aynı hükümlere tabidir. İmam Şâfiî bu görüşe katılmamaktadır.⁶⁵²

⁶⁴⁵ Ebu Davud, Hudud, 3.

⁶⁴⁶ Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.91.

⁶⁴⁷ Avârî, *Cerimetu Hatfi'l-Etfal* s.614.

⁶⁴⁸ *Eseru Tatbiki'l-Hudud*, s.77.

⁶⁴⁹ İbn Hazm, Muhalla, C.XI, s.308.

⁶⁵⁰ Kurtubi, *Ahkamu'l-Kur'an*, C.VI, ss.147; Ensârî, *Esna'l-Metalib*, C.VIII, s.388; Şirbini, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.180.

⁶⁵¹ Ensârî, *Esna'l-metalib*, C.VIII, s.388. Şirbini, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.180.

⁶⁵² İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.597.

Şîa fikhına göre de insanları silah zoruyla insanları soyan kişi bu eylemi geç-
gündüz, şehir içinde şehir dışında, karada ya da denizde yani hangi şartta yaparsa yap-
sın kadın ya da erkek olması fark etmeksizin o kişi muhariptir.⁶⁵³ Bununla birlikte şehir
içinde eşkıyalık yapmak için daha fazla güç kullanmak gerekir. Şehir dışında yapılan
eylemler hırâbe ise şehir içinde eşkıyalık yapanlar için de muharip hükmünü uygula-
mak daha uygun olacaktır.⁶⁵⁴ Buna mukabil Ebu Hanife ve İmam Muhammed, Hanbelî
Âlim Hırakî (öl.334/946), Süfyan es-Sevrî (öl.161/778) ve Zeydiyye âlimleri şehir
içinde bu fiilleri gerçekleştirenlerin hırâbe nedeniyle haddi hak edecekleri görüşüne
karşı çıkar.⁶⁵⁵ Şehir içinde işlenen suç hırâbe kabul etmemelerinin sebebini etrafta
mağdur olan kişinin yardım çağrısını duyarak yardıma koşabilecek insanlar olması
olarak gösterirler.⁶⁵⁶

Hırâbe suçu bir defa da olsa ikrar ile ya da iki adil erkek şahidin şahitliği ile sabit
olur.⁶⁵⁷ Eğer muharip, hakkında cezaya hükmedilmeden önce tevbe ederse, çaldığı
malları iade etme ve kısas gerektiren bir suç işlediyse suçunun cezasını çekmesi şar-
tıyla ondan hırâbe haddi düşer.⁶⁵⁸ Muharip eğer birini öldürdüyse ittifakla bunun kar-
şılığında, öldürdüğü kimsenin dinine, cinsiyetine, hürriyetine bakılmaksızın o da öl-
dürülür. Yol kesen kişi eğer çocuğa bir zarar vermeyip yalnızca korkuttuysa hâkim
onu öldürme ya da uzuv kesme cezası verme veya sürgün konusunda muhayyerdir.
Ancak diğer üç mezhep imamı buradaki muhayyerliği kabul etmez. Onlara göre cina-
yetlerde cezalar düzenlenmiştir; eğer öldürdüyse öldürür, mal çaldıysa kesilir, mal çal-
mamış ya da öldürmemişse sürgün edilir.⁶⁵⁹ Fail, kaçırdığı çocuğu öldürdü ise, çocu-
ğun birinci derece yakınlarının dahi suçluyu affederek cezayı düşürme yetkisi yoktur.
Çünkü Allah hakkı olmasından ötürü had cezalarında af geçerli değildir.⁶⁶⁰

Tecavüz suçunun hırâbe olarak adlandırılmayacağını savunan âlimlere göre ise
hırâbenin konusu yalnızca mal olur. İğtisap eyleminde ise cinsel organa yönelik bir
saldırı söz konusudur. Bu nedenle cinsel istismarın hırâbe kapsamında tartışılmasını

⁶⁵³ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XV, s.5.

⁶⁵⁴ *Eseru tatbiki'l-hudud*, s.77.

⁶⁵⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.596. Begavî, *Tefsirü'l-Begavî*, C.III, s.49 Kurtubi, *Ahkamu'l-Kur'an*, C.VI, ss.147.

⁶⁵⁶ *Eseru tatbiki'l-hudud*, s.77; Katırcı, *Cerimetü'l-İgtisab*, s.88.

⁶⁵⁷ Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XV, s.7.

⁶⁵⁸ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.598.

⁶⁵⁹ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s.598; Kurtubi, *Ahkamu'l-Kur'an*, C.VI, ss.149.

⁶⁶⁰ Begavî, *Tefsirü'l-Begavî*, C.III, s.49.

uygun görmemişlerdir. Ancak bu düşünceye ırza geçmek için silah kullanarak yol kesen kimsenin, mal almak için yol kesenden daha kötü bir iş yaptığı şeklinde itirazlar vardır. Dolayısıyla bu görüşe göre ırza geçen kimse de muharip olarak adlandırılmalıdır. Kanaatimizce de çocukların cinsel istismarı suçu, şehir içinde veya dışında kaçırılması, korkutulması, ırzına geçilmesi, ölümüne sebep olması bakımlarından hırâbe suçuna gösterdiği benzerlikten ötürü bu bağlamda ele alınmalıdır.

Bir görüşe göre nitelikli cinsel istismar suçunun haddi değil taziri gerektirdiği bilgisine daha önce yer vermiştik.⁶⁶¹ Buna binaen tazir cezası olarak da öldürme cezasının uygulanabileceğini belirtmek gerekmektedir. Tazir olarak verilecek cezaya ölümle sonuçlanmaması kriteriyle üst sınırın çizilmesi gerektiği görüşü⁶⁶² yanında, bir diğer görüş suçluyu öldürmenin tazir kapsamında uygulanabilecek bir ceza olduğu şeklindedir. İmam Malik'in çocuğa cinsel istismar nedeniyle cezalandırdığı kişiye dört yüz celde vurulmasını emrederek ölümüne sebebiyet vermesi hadisesine binaen oluşan bu görüş bazı Malikî hukukçular tarafından benimsenmiştir.⁶⁶³ Buna göre suçun oluşmasının engellenmesi için en etkili yöntemin ölüm cezası olması durumunda tazir kapsamında ölüm cezası verilebilmektedir.⁶⁶⁴

4.3. Cinsel İstismar Suçunun Diğer Sonuçları

Cinsel istismar suçu, verilecek cezaların yanında yapısı itibariyle başka sonuçları da doğurmaktadır. Bir kadın ve erkek arasında gerçekleşen cinsel temas, normal şartlarda verilecek had ya da tazire ilaveten maddi-manevi tazminat ve evlenme yasaklarını gündeme getirmektedir. Konumuz bağlamında da bu hak ve yasaklar tartışılmıştır. Zinanın bir diğer sonucu ise mezhepler arasında farklı görüşler olmakla birlikte taraflar arasında hürmet-i musahare oluşturmastır. Bu durum, zina edilmesi halinde söz konusu birleşmenin tarafların zina ettiği kimsenin yakınları ile evlenmesinin haramlığını ifade etmekte olup bu başlık altında bu tür diğer müeyyideler ele alınacaktır.

⁶⁶¹ Kâsânî, *Bedai'ü's-Sanai'*, C.IX, s.167; Merginani, *Bidayetü'l-mübtedi*, s.342; Emir Abdülazîz, *el-Fikhü'l-Cinai*, s.266; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, s. 584; Serahsî, *Mebhut*, C.IX, Çağrı yay., s.77; Şirbînî, *Mugni'l-Muhtac*, C.IV, s.144; Cezîrî, *el-Fikh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 102; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.IV, s.150; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.40.

⁶⁶² İbnü'l-Hâcib, *Câmiü'l-Ümmehât*, s.525.

⁶⁶³ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-Tahsil*, C.XVI, ss.278-279; Halil el-Cündî, *et-Tavzîh*, C.VIII, s.337.

⁶⁶⁴ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*, s.93.

4.3.1. Velayete Müdahale

Cinsel istismar vakaları daha önce de belirttiğimiz gibi sadece yabancılar tarafından değil bazen ve hatta çoğunlukla öz anne-baba, amca, dede gibi birinci derece yakınlar tarafından da gerçekleşebilmektedir. Üstelik çocuk bir yabancıнын muhtemel cinsel saldırısına bir defa uğrayabilecekken istismarın aile içinde yaşanması hâlinde suç birden fazla yaşanmakta ve daha yıkıcı sonuçlara varabilmektedir.

Bazı ailelerde çocukların aile içi cinsel istismara maruz kaldıkları; bizzat aileleri tarafından istismarcılara pazarlandıkları ya da cinsel istismar konusunda yeterli bilinç düzeyinin oluşmadığı veya sosyo-ekonomik nedenlerle istismardan koruma konusunda çaresiz kaldıkları bilinmektedir. Velinin olmaması hali de velayet görevini yerine getirme konusunda yetersiz kalması yahut bu yetkisini suiistimal edecek bir velinin bulunması da çocuğun en temel ihtiyaçlarını giderecek bir sorumlunun bulunmaması yanında çocuğu istismara açık, korumasız şekilde bırakmaktadır.

Çocuğun bakımı, koruması, eğitimi gibi konuları içeren velayet müessesinde birinci görevli çocuğun ailesidir. Anne ve baba bu konudaki sorumluluğu paylaşmaktadırlar. Anne ve babanın evlilik birlikteliğinin devam ettiği durumlarda ortaklaşa çabaları ile çocuğun bakım işleri yürütülürken velayetin doğurduğu sorumluluklar konusundaki ayrım eşlerin boşanmaları ile belirginlik kazanır.

İslam hukukuna göre karı-koca boşandığı takdirde çocuğun kimin yanında kalacağı, yaşına bağlı olarak değişmektedir. Çocuk, hidane müddeti boyunca annesi ile kalır.⁶⁶⁵ Bu müddet çocuğun öz bakım becerilerinin gelişmediği, anne sevgi ve şefkatine muhtaç olduğu dönemdir. Çocuğun hidanesinden öncelikle anne, annenin evlenmesi/vefatı durumunda anneanne, anneanne yoksa babaanne sorumlu iken,⁶⁶⁶ velayetinden baba, babanın yokluğunda babanın babası olan dede sorumludur.⁶⁶⁷

Kız çocuklar için bülûğ ya da 9 yaş, erkek çocuklar için 7 yaş hidane sınırı olarak kabul edilmiştir. Bireyin çocukluktan çıkarak, kendi hayatını idame ettirebilecek as-

⁶⁶⁵ Ali Bardakoğlu, "Hidane", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1998, s.467; Mustafa Kelebek, *İslam Aile Hukukunda Velayet*, Ravza Yayınları, İstanbul 2015, s. 143.

⁶⁶⁶ *Fetava'l-Lecneti'd-Daime*, C.XXI, s.194.

⁶⁶⁷ *Kâsânî, Bedaiü's-Sanai'*, C.II, s.249.

gari becerileri kazanmasının ardından dış dünyaya açılacağı, ticari ilişkileri öğreneceği, evlilik gerçekleştireceği dönemde kendisine rehberlik edecek, güvenlik ihtiyacının karşılanacağı yer olan babasının yanına yerleştirilir. 7 yaşına gelen erkek çocuğu dilerse annesinin yanında kalmaya devam edebileceği gibi, babasının yanına da gidebilir. Kız çocuğunun ise 7 yaşından sonra babasının yanında kalmasının daha uygun olacağı söylenmiştir.⁶⁶⁸ Hidane sürecinin bitiminde, çocuğun babasının yanına gitmesiyle baba, çocuk üzerindeki tüm velayet haklarına sahip olur.⁶⁶⁹

Çocuğun her türlü ihmal ve istismardan, kötü muameleden, şiddetten bir insan olarak korunmaya hakkı vardır.⁶⁷⁰ Bu konuda birinci yetkili aile iken “velisi olmayanın velisi devlettir”⁶⁷¹ düsturunca çocuğu istismardan korumak bu noktada artık devletin görevidir. Yani velilerin olmaması yahut da velayet görevini yerine getiremeyecek durumda olmaları halinde devlet çocuğu himaye eder ve velayet görevini üstüne alır.⁶⁷² Bu görev, çocuğun aklının, bedeninin ona zarar verebilecek her türlü şeyden uzak tutulması, gelişiminin sağlanmasını gerektirir.⁶⁷³

İslam medeniyeti bu konuda öncü adımlar atarak bugüne ışık tutan kurallar ve kurumlar geliştirmiştir. Bu görevin ifası için tarihimizde çeşitli vakıflar ve resmi kuruluşlar olduğunu görmekteyiz. En yaygın bilinen örneği Himaye-i Etfal Cemiyeti 1917 tarihinde, özellikle savaşlarda babaları şehit düşen çocukların güvenliğini temin amacıyla ortaya çıkmıştır. Çocukların alınıp satılmasını, ahlaksızlığa, fuhşa düşmelerini önlemek kurumun temel gayelerindendir.⁶⁷⁴ Darü’ş-Şafaka, Daru’l-Aceze, Daru’l-Hayri Ali, Daru’l-Eytam gibi pek çok kuruluş aynı amaca hizmet ederek faaliyetlerini sürdürmüştür.⁶⁷⁵

⁶⁶⁸ *Fetava’l-Lecneti’d-Daime*, C.XXI. s. 194-195.

⁶⁶⁹ Kelebek, *Velayet*, s. 143.

⁶⁷⁰ ÇHS 19.AY m17/I. ÇHB 1959 ilke 9, ayrıca çocuğun özel koruma ve yardım önlemlerinin alınması hakkı UESKHS m10/3. Ayrıntılı bilgi için bkz Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, Oniki Levha yayıncılık, İstanbul 2012, s.163.

⁶⁷¹ İbn Mace, *Nikâh*, 15; Tirmizi, *Nikâh*, 14.

⁶⁷² Merginânî, *el-Hidâye*, C.I, s.217.

⁶⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şevket Topal, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 2006, 6/3, 249-273.

⁶⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cüneyd Okay “Osmanlı Devletinde Kimsesiz Çocukları Barındırmak İçin Kurulan Bir Kurum: Himaye-i Etfal Cemiyeti (1917-1923)”, *Osmanlı*, C.V, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, ss. 496-503.

⁶⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Safiye Kesgin, “Osmanlı’nın Son Döneminde Kimsesiz ve Korunmaya Muhtaç Çocukların Eğitimi ve Topluma Kazandırılması: Kastamonu Örneği”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 2016, 19/50, 141-143.

Toplumumuzda pek çok çocuk, kimsesiz kalması sebebiyle istismara karşı savunmasız olması ya da ailesi tarafından mağdur edilmesi sonucu devlet kurumlarında koruma altına alınmıştır. Yakın tarihte kurulan ÇİM (Çocuk İzlem Merkezi) istismar mağduru çocuğun uygun koşullarda ifadesinin alınması ve sonraki sürecin yönetilmesi bakımından ilk başvuru birimi olarak işlem görmektedir. Koruyucu aile, sevgi evleri gibi araçlarla da devlet korunmaya muhtaç çocukları himaye etmektedir.⁶⁷⁶

Türk Medeni Kanunu'na göre de devlet gerekli hallerde velayet hakkına el koyar.⁶⁷⁷ Anne baba tarafından çocuğun ihmal edilmesi de zarara neden olabilecek bir durum olduğundan zararın gerçekleşmesini beklemeksizin velayet kaldırılır.⁶⁷⁸ Ebeveynin çocukların cinsel istismarı suçunun faili olması durumunda velayet hakkından yoksun bırakılır.⁶⁷⁹

4.3.2. Evlenme Yasağı

Bir kadın ve erkeğin nikâhlanmaları sonucu tarafların yakın akrabaları ile aralarında bir takım evlenme yasakları doğmaktadır.⁶⁸⁰ Tarafların, birbirlerinin anne ve babaları ile ebediyyen; bir erkek, karısının kız kardeşi, hala, teyze gibi yakınlarıyla geçici olarak nikâhlanamazken, kadın ise kocasının kardeşi, dayısı, amcası gibi yakınlarıyla geçici olarak nikâhlanamaz. Hurmet-i musahere olarak adlandırılan bu kayın hısımlılığının geçici olması durumunda boşanma yahut eşlerden birinin ölmesi ile nikâhlanma engeli kalkar.⁶⁸¹

Aralarında nikâh akdi bulunmayan kimselerin cinsel ilişkiye girmesi, yani zina etmesi halinde, farklı görüşler olmakla birlikte, taraflar arasında yukarıdaki gibi bir evlenme yasağının (hurmet-i musahere) oluşacağı düşünülmektedir.⁶⁸² Bu durum, haram olan kimselerle birleşme hâlinde, söz konusu birleşmenin, kişiyi zina ettiği kimsenin yakınları ile nikâhtan mahrum bırakması anlamına gelir. Buna göre zina eden

⁶⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz Bilge Doğanlı, Güliz Karaörs, “Çocuk İstismarı ve Sosyal Devlet Kapsamında Çocuk İstismarına Yönelik Alınan Önlemler”, *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2/7, 2017 ss. 88-91.

⁶⁷⁷ Türk Medeni Kanunu (TMK), Resmî Gazete 24607 (08.12.2001), Kanun no. 4721, md. 346-348.

⁶⁷⁸ Emine Akyüz, “Önemli Kanunlarımızda Çocuğun Korunmasına İlişkin Hükümler ve Boşluklar”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 1979, s.149.

⁶⁷⁹ TCK, md. 53/1-c

⁶⁸⁰ Nisa 4/23.

⁶⁸¹ Ali Şafak, “İslam’da Evlenilmesi Yasaklananlar Yakın Akraba Evlilikleri ve Sakat Doğan Çocuklar”, *Diyanet Dergisi*, 22/4, 1986, s.18.

⁶⁸² Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, C.II, s. 107.

kadın ve erkeğin usul ve fûru ile arasında evlenme yasağı doğar. Bu ilişki, örneğin erkeğin, zina ettiği kadının annesi ile ya da başka adamdan olma kızı ile evlenmesinin önünde ebedî engel teşkil etmektedir.

Söz konusu olan hüküm sebebiyle bu görüşü benimseyenlere göre erkeğin, karısının kız kardeşi yani baldızı ile yahut karısının annesi ile zina etmesi halinde, karısı kendisine haram olacağından aralarındaki nikâh son bulmuş olacaktır. Bu görüşü benimseyenlere göre zina eden tarafların, birbirlerinin usulü ve fûru ile arasında evlenme yasağı doğar.⁶⁸³ Bu bağlamda örneğin erkek, zina ettiği kadının başka adamdan olma kızı ile yahut annesi ile evlenemeyecektir.

Devam eden bir evlilikte, öz ya da üvey babanın kızına tecavüz etmesi şeklinde gerçekleşen vakalarda çocuğun annesinin, faille olan nikâh bağının devam edip etmeyeceği bağlamında bu konu çok daha önemlidir. Hatta üvey kızına cinsel istismarda bulunan bir erkeğin eşiyle evliliği yukarıda belirtilen görüşe göre son bulur.

Görüldüğü gibi İslam âlimleri aile içi cinsel istismar faillerine uygulanacak olan sopa vurma, hapsetme, sürgün etme, bazı durumlarda öldürme gibi cezalar önermelerinin yanında, fail ile mağdurun bazı yakınları arasında oluşacak evlenme teşebbüslerinin önüne geçerek ya da mevcut evlilikleri sonlandırarak farklı bir tür cezalandırma yolunu tercih etmişler, adeta cinsel istismara yeltenen faili mevcut ailenin koruması dışına atmışlardır.

Cinsel ilişkiyi hurmet-i musaherenin oluşması için illet gören görüşe göre bir kişinin bir çocuğa tecavüz edip bekâretini bozması halinde istihsanen hurmet-i musahere oluşur. Bu ilişki yetişkinler arasında, rıza dâhilinde olmasa da cinsel ilişki şartı gerçekleşmiş ve penetrasyon gerçekleşmiştir.⁶⁸⁴ Ebu Yusuf bu görüşte olup, Hanefî mezhep görüşü olarak da bu tercih edilmiştir. Yahya ibn Kays el-Kindî'den, eş-Şa'bî ile Ebû Ca'fer'in sabiyi istismar eden kimsenin, cinsel organını anal yolla çocuğa sokması halinde de o çocuğun annesi ile arasında sürekli bir evlenme engeli oluştuğuna dair görüş bildirdiği rivayet olunmuştur.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Kâsânî, *Bedaiü's-Sanai'*, C.II, s.261.

⁶⁸⁴ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s. 76.

⁶⁸⁵ Buhari, *Nikâh*, 24.

Kanaatimizce oluşacak evlenme yasağı, failin işlediği suçun sonuçlarından etkilmesi bakımından da değerlidir. Ayrıca mağduru muhafaza etme bakımından ön tedbir niteliği taşımaktadır.

4.3.3. Maddi/Manevi Tazminat

Cinsel saldırı nedeniyle özellikle kız çocuğu evlilik çağına geldiğinde, yaşadığı nitelikli cinsel istismar dolayısıyla uygun bir erkekle evlenmede sorun yaşayabilecek, toplumdaki itibarı zedelenmiş olacaktır. Bu travmatik saldırının, kendisine manevi olduğu kadar maddi açıdan da birçok zararı dokunacaktır. Düğünde, yapılacak çeyizde ve geline verilecek olan hediyelerde bile kızın bakire olmasının önem arz ettiği toplumlarda, küçük yaşta iken cinsel istismara uğramış kızın bir hayli kaybı söz konusu olabilecektir. İşte bütün bunlar dikkate alınarak cinsel istismar failine diğer cezalar yanında mahkemece takdir edilecek miktarda maddi/manevi tazminat kabilinden bir ödeme de ceza olarak eklenebilecektir.⁶⁸⁶

Bu görüş, temelini Hz. Ömer döneminde gerçekleşen cebir şiddet uygulamak suretiyle bir kadına yönelik bir cinsel saldırıda verilen hükümden almaktadır. Bahsi geçen olayda bir erkek, bir kadını ilişkiye zorlamış ve bekâretini bozmuştur. Bu fiiline karşılık kendisine had vurulmuş ve kadına diyetinin üçte biri kadar ödeme yapması emredilmiştir.⁶⁸⁷ Bu bakımdan haddi de yeterli görmeyip ilave cezaya hükmedildiği görülmektedir.

İbn Şihab (öl. 124/742) da Abdülmelik b. Mervan'ın (öl. 86/705), bir kadına zorla tecavüz eden kişinin kadına tazminat ödemesi gerektiğine hükmettiğini aktarmıştır. Buna göre suçlunun, mağdur kıza baskı uygulamak suretiyle zina etmesi, yani

⁶⁸⁶ Bağdadi, *Mecmaü'd-Damânât*, C.I, s.202.

⁶⁸⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C.XI, s. 87.

tecavüz etmesi halinde haddin yanında bir de tazminat (sadak) ödemesi gerekmektedir.⁶⁸⁸ İmam Malik,⁶⁸⁹ İmam Şâfiî ve Hanbelîler⁶⁹⁰ bu görüştedir. Bu görüşe göre mağdurun yaşı da bekâret durumu da verilecek cezayı değiştirmez; mağdur bakire olmasa dahi eylemin rızası dışında gerçekleşmesinden ötürü tazminata hükmedilir.⁶⁹¹

Bir diğer görüş, mağdurun bakire olması durumuna göre şekillenmiştir. Buna göre nitelikli cinsel istismar eylemi neticesinde bekâretin kaybedilmesinin karşılığı olarak ukr denilen tazminata hükmedilir. Aynı şekilde fail, kızın bekâretini parmakla dahi gidermiş olsa tazminat ödemesi gerekir. Ebu Hanife ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî bu görüştedir. Haddin şüphe nedeniyle düştüğü bir cinsel ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda mağdurun uğradığı zarar dolayısıyla erkeğin tazminat vermesine hükmedilir.⁶⁹²

Çocuğun çocukla zina edip kızın bekâret zararını gidermesi halinde daha önce de değindiğimiz gibi çocuğa, cezai ehliyeti bulunmadığından dolayı, had uygulanmaz. Ancak erkek çocuğunun, kız çocuğuna kendi malından tazminat (ukr) vermesi gerekir.⁶⁹³ Şunu da belirtmek gerekir ki bu durum erkek çocukla ilişkiye giren kızın bülüğ çağına erişmediği durumlarda geçerlidir. Çünkü erkek çocuk verdiği zarardan sorumludur ve kızın bu ilişkiye izin vermesi sahih değildir. Bu ilişkiyi başlatan taraf kız olsa da durum aynıdır. Yani kız, erkek çocuğunu kendisiyle cinsel ilişki kurması için kışkırtmış dahi olsa bekâret zararı bu ilişki nedeniyle yırtıldığında erkek çocuğunun tazminat vermesi gerekir.⁶⁹⁴

Fail eğer çocukta yaralanmaya sebep olduysa, örneğin kız yetişkin bir erkeğin nitelikli cinsel istismarı sebebiyle idrarını tutamayacak duruma geldiyse, mağdurun

⁶⁸⁸ Cezîrî, *el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, s. 73-96; Avârî, *Cerimetu Hatfî'l-Etfal* s.610, Ebû İshak İbrâhim b. es-Seri b. Sehl Zeccac, *Meâni'l-Kur'an ve İ'râbuhu*, thk. Abdülcelil Abduh Şelebi, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1988, C.V, s.185.

⁶⁸⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 1994, c.4 s.517; İbn Ferhun, *Tebssiratü'l-Hükkam*, s. 174; Ebû Zeyd, *En-Nevadir ve'z-Ziyadat*, C.XIV, s.257.

⁶⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Mugni*, C.V, s.142.

⁶⁹¹ Serahsî, *Mebsut*, C.IX, s.76; Avârî, *Cerimetu Hatfî'l-Etfal* C.I, s.592; Şehîd-i Sâni, *Mesâlikü'l-Efhâm*, C.XIV, s.331.

⁶⁹² Suyûtî, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s.252.

⁶⁹³ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.III, s.366.

⁶⁹⁴ Üsrüşeni, *Ahkamu's-Sıgar*, C.I, s. 193.

diyetinin üçte birini ve cinsel ilişkisi nedeniyle de maddi tazminat ödemekle yükümlüdür. Penis ya da testislere yahut göğse zarar verilmesi halinde de buna mukabil diyet gerekir.⁶⁹⁵

Erkek çocuk, yetişkin bir kadın ile zor kullanmak suretiyle zina ederse yine kadına tazminat vermesi gerekir.⁶⁹⁶ Ancak kadın, ilişkiye rıza göstermişse kadının akılbaliğ olmasından dolayı çocuktan tazminat sorumluluğu düşer. Böyle bir durumda erkek çocuk yırtılan bekâret zarını tazmin etse dahi, kadının baliğa ve ilişkiye razı olmasından dolayı çocuğun velisinin bu meblağı geri isteme hakkı vardır.⁶⁹⁷

Erkek çocuk, kız çocuk ile cinsel ilişkisinden dolayı yükümlü olduğu tazminatı kendi malından verir. Çünkü bu durum cinayet hükmündedir ve erkek çocuk fiilinden sorumludur. Ancak eğer ki kızın mehri misli 500 dirhemden fazla ise bu durumda tazminatı ödemek çocuğun akilesi üzerine borçtur.⁶⁹⁸

Bir kız çocuğuna cinsel saldırıda bulunarak bekâretini gideren kişinin tazminat ile yükümlü tutulması gerektiği görüşüne karşı çıkanlar da olmuştur. Bu görüşe göre mümeyyiz/mürahika bir kız çocuğu ile ilişkide bulunacak bir kimseye had gerekir. Haddin uygulanması ise tazmine manidir.⁶⁹⁹

Hiz. Peygamber zamanında bir kadının zinaya zorlanması vakasında, Resulullah zina eden adama had cezası vermiş, kadına herhangi bir ceza vermemiştir. Ravi bu olayda, Hiz. Peygamber'in kadını zinaya zorlayan erkeğin tazminat vermekle yükümlü olduğuna dair bir ifadesinin olmadığını vurgulamıştır.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ Meydânî, *el-Lübâb*, C.III, s. 155.

⁶⁹⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, C.III, s.366; Hindî, *Fetava Tatarhaniyye*, C.IV, s.22.

⁶⁹⁷ Üsrüşeni, *Ahkamu's-Sığar: İslam Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*, s.142.

⁶⁹⁸ Üsrüşeni, *Ahkamu's-Sığar: İslam Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*, s.142.

⁶⁹⁹ Üsrüşeni, *Ahkamu's-Sığar: İslam Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*, s.144.

⁷⁰⁰ İbn Mace, *Hudud*, 30; Tirmizi, *Hudud*, 22.

5. SONUÇ VE ÖNERİLER

Tezimizde ulaşılan sonuçlar aşağıda sıralanmıştır:

1. Çocukların cinsel istismarı, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Ceza Hukuku'na göre de suç teşkil eden bir fiildir.
2. Çocuk tanımı farklı hukuk sistemlerinde ana hatlarıyla benzerlik göstermekle birlikte çocukluk yaşının bitiş zamanı konusunda ergenlik, 15 yaş, 17 ve 18 yaş olmak üzere farklı görüşler oluşmuştur. Çalışmamızı ele aldığımız konu açısından yaş sınırlaması önem arz etmektedir. 15 yaş çocukluğun bitiş yaşı olarak tespit edip bu yaş altındaki çocuklara yönelik cinsel fiilleri çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Çocuğun rızası muteber olmadığından, bu yaş altındaki çocuklar ne koşulda olursa olsun cinsel istismar suçunda “mağdur” sıfatı taşımaktadır.
3. Henüz ergen olmamış bireyler, eylemden fiziksel olarak yüksek etkilene riski yanında faile karşı koyma iradesi gösterme bakımından zayıf kalacağından, doğumdan ergenliğe kadar olan dönemdeki çocuğa cinsel istismarda bulunan faile suçun ağırlaştırılmış neticeleri uygulanmalıdır. Ergenlik ve 15 yaş arasındaki çocuklara karşı girilen cinsel eylem nedeniyle faile, suç niteliğine uygun yaptırım uygulanmalıdır. 15-18 yaş arası bireylere hile-cebir ve şiddet ile cinsel nitelikli eylemlerde bulunulması halinde eylem, cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmelidir. 15-18 yaş arasındaki bireyler bu eylemi rıza dâhilinde yaptıkları takdirde zina suçunun faili olmaktadır. Ergenlik sonrası, çoğunlukla 15 yaşın üstündeki bireyler, cinsel nitelikli eylemi anlama ve sonuçlarını öngörme bakımından bu yaş altındaki bireylerden ayrılmaktadır. Bu nedenle cinsel eylemlerinden cezai olarak sorumlu tutulmalı ve zina suçunun faillerinden biri olarak kabul edilerek zina fiilinin neticelerine göre yargılanmalıdır.
4. Ergenlik öncesi, yani çoğunlukla 15 yaş altı bir erkek çocuğun cinsel nitelikli eylemi başlatması halinde, bu eylem yine cinsel istismar suçu teşkil etmesine rağmen yaş nedeniyle faile ceza öngörülemese de velisinden alınması şartıyla, mağdura verdiği zarar nedeniyle tazmin yükümlülüğü doğmaktadır.
5. Cinsel istismarın kalça sıkma, dudaktan öpme, sarılma şeklinde şehvet tatmin amacıyla gerçekleştirilen basit hali zina suçu ile ilişkili olsa da organ sokulması şeklindeki eylem tam olarak gerçekleşmediğinden zina haddini gerektirmemektedir. Bu eylemler, rızası muteber olmayan çocuğa yönelik gerçekleştirildiğinde

tazir ile cezalandırılmalıdır. Bu bakımdan tazir cezası olarak öngörülen tazminat, hapis, sürgün gibi cezaların basit cinsel istismar suçunun cezası olarak öngörülmesi isabetli olacaktır.

6. Çocuğun kaçırılma, alıkonma, cinsel istismarın nitelikli halini oluşturan eylemler sonrasında ölmesi ya da öldürülmesi göz önüne alındığında eylem zina suçundan ayrılmaktadır. Çocuğun vücuduna organ yahut cisim sokma şeklinde gerçekleşen; temyiz öncesi dönemde fiziksel gelişimini tamamlamamış çocuklarda ölüme sebebiyet vermesiyle hırâbe suçuna olan yakınlığından ötürü, cinsel istismar suçunun nitelikli hali bu çalışmada hırâbe hükümlerine göre değerlendirilmiştir.
7. Çocuğun cinsel istismar sonucunda ölmesi, cinsel organının zina mahalli olma şartını karşılamadığından bu istenmeyen sonuç, muhsan failin öldürülmesini gerektiren zina haddini düşürmektedir. Âlimlerin genel görüşü suçun unsurlarındaki eksikliğin, haddi düşürüp tazir cezasını gerektirdiğidir. Cezaların ağırlığının yanında yaptırım gücü de suçların engellenmesi yönünde önemli bir etkenidir. Çocuğun istismarının, çocuk için de toplum için de negatif etkileri yüksek bir suç türü olduğu bilinmektedir. Kamu vicdanı da çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinin gerçekleştiği durumlarda en ağır yaptırımı talep etmektedir. Bu bakımdan, nitelikli cinsel istismar suçunda, haddi düşüren bir etmen olması hâlinde uygulanması gereken tazirin en üst sınırından hükmün bağlanması gerekmektedir.
8. Çocuğun cinsel istismar sonucunda ölmemesi, ancak failin suçu gizleme kastı ile çocuğu öldürmesi durumunda hırâbe hükümleri işlemelidir. Buna göre çocuğu alıkoyarak, ırzına geçen, ardından öldüren kimse hırâbe haddi ile cezalandırılmalıdır. Bu bakımdan öldürme fiiline karşılık öldürülmelidir.
9. Cinsel istismar suçunun nitelikli halini yetişkin bir kadın işlediğinde, bunu bir alet aracılığıyla yapmasının çocukta meydana getirdiği zarar bakımından penisten farkı olmadığından hırâbe kapsamında had gerektirmelidir. Aletin çocuğun cinsel organına girmesi durumunda da çocukta yaralanmalar ve ölüm riski penisin girmesi ile benzer şekildedir.
10. Çocuk fahişeliği ve seks turizmi, çocuğun cinsel anlamda sömürülmesi anlamına gelmekte ve istismarın sürekliliğine sebep olarak çocuğun normal hayata geçişini imkânsız kılması nedeniyle komplike bir suç oluşturmaktadır. Çocuğu bu

yola sevk eden, müşteri bulan, çocukla ilişkiye giren herkes suç işlemiş olmaktadır. Çocuğun alıkonması, kaçırılması nedeniyle eylem hırâbe kapsamında değerlendirilerek ölüm cezası verilmelidir.

11. Cinsel istismar vakalarının azalmasında çocuğun farkındalığının artması önem taşımaktadır. Ancak çocuktan ziyade, ailelerin çocuğu koruma yükümlölüklerini ihmal etmemeleri gerekmektedir. Bununla birlikte cinsel istismara uğrayan, bunun sonucunda ölen/öldürölen çocuklara dair haberlerin yapılması ve bunun üzerinden sürekli bir kamuoyu oluşturulması sanıldığıının aksine istismara yönelik bilinç düzeyini artırmamakta, aksine çoğunlukla yol gösterici bir rol üstlenerek vakaların sayısında artışa sebep olmaktadır. Ayrıca izleyici/dinleyici kitle üzerinde bir kanıksama etkisi oluşturmaktadır.
12. Çocuğun hazır bulunuşluğunu ve bireysel gelişimini göz ardı ederek erken yaşlardan itibaren cinsellik gündemine maruz bırakarak çocuğun cinsel farkındalığını kontrolsüzce artırması; cinsiyetsiz çocuk ideolojisiyle, biyolojik cinsiyetini inkâr ederek yetiştirilen çocukları fitrat dışı bir yaşantıya özendirmesi; eğlence sektörüne yetişkin cinsel hareketleri ve karşı cins kıyafetleri ile sunması ve hatta homoseksüel ilişkileri teşvik etmesi bakımından LGBTİQ+ hareketi de çocuğu cinsel açıdan istismar anlamı taşımaktadır.
13. Çocukta cinsel farkındalığın uyanmaması için şu hususlarda bilinçlendirme politikaları yürütölmelidir: Çocuğun küçük olduğu düşüncesiyle yanında cinsel organlar (avret-i galiza) görünecek şekilde giyinip soyunulmaması, çocuğun kıyafetlerini yabancıların yanında çıkarılmaması, bez temizliği yapılmaması; çocuğun yanında başka bebeğin emzirilmemesi, eşler arası mahrem konularda konuşulmaması, mahrem davranışlar gerçekleştirilmemesi; televizyonda, internette, sosyal medyada çocukları cinsel içerikli sahnelerden, diyaloglardan uzak tutulması. Bu ve benzeri davranış biçimleri ya da duyarsızlıklar suç teşkil etmese dahi ihmali olarak çocukların cinsel istismarı hüviyetindedir.

KAYNAKÇA

- Abdülkün'im, Mahmut Abdurrahman, "İrz", *Mu'cemu'l-Mustalahat ve Elfazi'fıkhiyye*, Daru'l-Fudaylat, Kahire 1999.
- _____ Mahmut Abdurrahman, "İstiğlal", *Mu'cemu'l-Mustalahat ve Elfazi'fıkhiyye*, Daru'l-Fudaylat, Kahire 1999.
- Abdül-Mün'im, Abdül Aziz b. Sa'dun, *Ahkamu't-Teharruşü'l-Cinsî: Dirase Mükarene*, İmam Muhammed b. Suud el-İslami Üniversitesi, el-Âlî Li'l-Kadâ Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Riyad Güz Dönemi 1432-1433(2011-2012).
- Abdülazîz, Emir, *el-Fıkhu'l-Cinai Fî'l-İslâm*. Dârü's-Selam, Kahire 1997.
- Abdülhamid, Muhammed Muhyiddin ve Muhammed Abdüllatif Sübki, "s-b-e", *el-Muhtâr min Sihahi'l-Luga*, Matbaatü'l-İstikame, Kahire t.y.
- Abdülkerim b. Ali b. Muhammed Nemle, *el-Mühezzebe fî İlmi Usuli'l-Fıkhi'l-Mukaren: Tahrir li-Mesailihi ve Dirasetiha Dirase Nazariyye Tatbikiyye*, Mektebetü'r-Rüşd; Riyad 1999.
- Ahmed Cevdet Paşa, *Açıklamalı Mecelle: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, yay. haz. Ali Himmet Berki, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.
- Akbaş, Turan ve İsmail Sanberk, *Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim*, Karahan Kitabevi, İstanbul 2010.
- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı, İstanbul 1990.
- _____ "İştirak", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, ss.442-444.
- _____ *Osmanlı Kanunnameleri: III. Ahmed, I. Mahmud ve II. Mahmud Devri Kanunnameleri* Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2016.
- _____ *Osmanlı Kanunnameleri: Kanuni Devri Kanunnameleri*, Fey Vakfı, İstanbul 1992.
- Akşit, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsan Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, İstanbul T.Y.
- Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, Pegem Yayınları, Ankara 2015, 4.Baskı.
- Âmir, Abdülazîz Musa, *et-Ta'zir Fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Dârü'l-Fıkri'l-Arabi, Kahire 1969.
- Artuk, Mehmet Emin, vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler: Ceza Hukukuna Giriş, Ceza Hukuku Kurallarının Uygulama Alanı, Suç Teorisi, Yaptırım Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Aslan, Nasi ve Fatıma Ünsal, "İslâm ve Batı Dünyasında Kamu Yararı Bağlamında İçkinin Yasaklanması: Mukayeseli Bir Araştırma", *Bilimname*, 44/1, 2021 ss.7-48.
- Ataç, Asiye Selcen, "Ceza Hukuku ve Encest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, 19/2, ss. 871-878.
- Ataman, Erkan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.
- Avva, Muhammed Selim, *Fî Usuli'n-Nizami'l-Cinaiyyi'l-İslâmî*, Daru'l-Maarif, Kahire 1983.
- Aycul, Abdülmuaid, "Ta'zir Cezası Olarak Verilen Celdenin Miktarı ile ilgili Tartışmalar", *Artvin Çoruh Üniversitesi İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, 5/1, 2021, ss.17-36.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b.Musa el-Hanefî, *Şerhü'l-Aynî Ala Kenzi'd-Dekaik*, İdaretü'l-Kur'ân ve'l-Ulumi'l-İslâmiyye, Beyrut 2004.

- Ayverdi, İlhan, “Taciz”, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul 2011, s.1185.
- _____, “Tecavüz”, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul 2011, s.1185.
- Bardakoğlu, Ali “Ceza”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.VII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, ss. 470-478.
- _____, “Diyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.IX, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.
- _____, “Ehliyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.X, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994, ss 533-539.
- _____, “Hidane”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1998, ss. 467-471.
- Behnesi, Ahmed Fethi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1991.
- _____, *Tatbikü'l-Hudud Fi't-Teşriati'l-Cinaiyyeti'l-Hadise*, Müessesetü'l-Halici'l-Arabi, Kahire 1988.
- Berki, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Rüşd”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22/ 1, 1966, ss. 239-260.
- Bernard-Bonnin, Anne-Claude, vd., “Disclosure Of Sexual Abuse, And Personal And Familial Factors As Predictors Of Post-Traumatic Stress Disorder Symptoms In School-Aged Girls” *Paediatrics & Child Health*, 13/6, 2008, Ss.479-486. <https://doi.org/10.1093/Pch/13.6.479>
- Beroje, Sahip, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku*, Fecr Yayınları, Ankara 2007.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, “Sağîr”, *Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul 2016.
- Boynukalın, Mehmet, “Suç”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXXVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, ss.453-457.
- Bozkurt, Nebi “Fuhuş”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, ss. 211-214.
- Buhuti, Mansur b. Yunus b. Salahiddin, *Keşşafü'l-Kına An Metni'l-İkna'*, thk. Muhammed Emin Zinnavi, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1997.
- Burhaneddin Buhari, Mahmûd b. Ahmed b. Abdilaziz Buhari Merginani, *Muhitu'l-Burhani*, Daru'l-Kütübi'İlmiyye, Beyrut 2004.
- Büber, Ömer ve Hatice Oksal, “Sakarya’da 3-18 Yaş Cinsel İstismar Vakalarının Değerlendirilmesi”, *Sosyal Sağlık Dergisi*, 2/1, 2022, ss. 44-58.
- Büyük Larousse*, C.XVIII, Gelişim Yayınları, İstanbul 1986, s.11134.
- Celal Erbay, *İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, Göytürk Matbaası, Bakü 1995.
- Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed b. İyaz, *el-Fıkıh Ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, C.V, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y.
- Cüнді, Muhammed eş-Şehhat, *Cerimetu İgtisabi'l-İnas Fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Mukarenen bi'l-Kanani'l-Vad'i*, Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 1990.
- Çağıl, Necdet, “Kutsal Metinler Cinsel Sapmaların Referansı Mı Bahanesi Mi?”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 28, 2007, ss.53-88.

- Çeker, Orhan, “İhtilam”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C. XXI, İstanbul 2000, ss. 569-570.
- _____*İslam Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1990.
- Çetin, Fatih Hilmi, vd., “Zeka Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm: Olgu Sunumu”, *Anatolian Journal Of Psychiatry*, 2015, C.XVI, ss.454-457.
- Çiftçi, Adem, “İslam Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Vazgeçme”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 9/1, 2015, ss. 33-62.
- Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18> Erişim: 05.01.2023.
- Dalgın, Nihat, “İslam’da Mali Tazir Cezaları”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11, 1999, ss.313-334.
- _____*“Cezai Sorumlulukta Kasıt”*, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998, 10, ss. 207-247.
- _____*Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, Etüt Yayınları, Samsun, 2012.
- _____*“Mürahık”*, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C.XXXII, İstanbul 2006, ss 40-41.
- Derdir, Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi, *eş-Şerhü'l-Kebir Ala Muhtasari Halil*, el-Mektebetü'l-Asriyye, Sayda 2006.
- Desuki, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafe *Hâşiyetü'd-Desuki Ala Şerhi'l-Kebir*, Dârü'l-Fikr, y.y. t.y.
- Dimyati, Ebû Bekr Seyyid Bekri b. Seyyid Muhammed Şetta, *Haşiyetu İâneti't-Tâlibin alâ Halli Elfâzi Fethü'l-Muîn bi-Şerhi Kurretü'l-Ayn bi-Mühimmâti'd-Din*, Dârü'l-Fikr, y.y. t.y.
- Doğanlı, Bilge ve Güliz Karaörs, “Çocuk İstismarı ve Sosyal Devlet Kapsamında Çocuk İstismarına Yönelik Alınan Önlemler”, *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2/7, 2017, ss. 88-91.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Cünun” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.VIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, ss.125-129.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Yayınları, İstanbul 1983.
- DSM-5 Tanı Ölçütleri Başvuru Kitabı*, Çev. Ertuğrul Köroğlu, Hekimler Yayın Birliği, Ankara 2014.
- Duman, Nesrin, “Parafililer ve DSM’lerdeki Seyri”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 9/16, 2018, ss. 1285-1306.
- Dülger, İbrahim, *Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998.
- Ebu Bekr b. Ali b. Muhammed Ez-Zebidi el-Hanefî el-Haddad, *Şerhu Muhtasari'l-Kuduri el-Cevheretü'n-Neyyire*, Fazilet Yayınları, İstanbul 1978.
- Ebû Bekr Takıyyüddin b. Muhammed b. Abdülmü'min Hısnî, *Kifayetü'l-Ahyar Fî Halli Gayeti'l-İhtisar*, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut t.y.

- Ebu Gudde, Hasan Abdülganî, *Hukûkü'l-Mescûn Fi's-Şeriatî'l-İslamiyye: Dirâse Mukârene bi'l-Kavânini'l-Vaz'îyye ve'l-Enzîmeti's-Suûdiyye*, Daru Camiatü'l-Melik Suud li'n-Neşr, Riyad 2016.
- Ebu Habib, Sa'dî, *Kamusu'l-Fıkhi Lugaten ve Istilahen*, Daru'l-Fikr, Dimaşk 1993.
- Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, İbrahim Tüfekçi (Çev.), Kitabevi, İstanbul 1994.
- el-Attar, Alaeddin b., *Fetava'l-İmam En-Nevevi*, (thk.) Muhammed Haccar, Dârü's-Selam, Medine 1985.
- el-Avârî, Abdülfettah Behic Abdüddâyim Ali, *Cerimetu Hatfî'l-Etfal ve'l-Asarü'l-Müterettibe Aleyha Beyne'l-Fıkhi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, el-Merkezü'l-Kavmi Li-İsderatî'l-Kanuniyye, Kahire 2010.
- el-Bağdadi, Muhammed Ganim, *Mecmaü'd-Damânât Fi Mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebi Hanife En-Nu'man*, thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cum'a Muhammed, Darü's-Selam, Kahire 1999.
- el-Begavî, Muhyissünne Ebû Muhammed el-Hüseyin b. Mes'ud, *Tefsirü'l-Begavî*, thk. Muhammed Abdullah En-Nemr, Osman Cum'a Damîriyye, Süleyman Müslim el-Harş, Daru Taybe, Riyad 1993.
- el-Berki, Muhammed Amim el-İhsan el-Müceddidi, *et-Ta'rifatu'l-Fıkhiyye: Mu'cem Yeş-rahü'l-Elfâze'l-Mustalah Aleyha Beyne'l-Fukeha ve'l-Usuliyyine ve Gayrihim Min Ulemai'd-Din*, Dârü'l-Kutubi'l-İlmiyye, Lübnan 2009.
- el-Ferra, Ebû Ya'la Muhammed b. Hüseyin, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, Daru'l Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- el-Ferra, İbnü'l-Ferra Muhammed b. Hüseyin Ebû Ya'la, *el-Câmiü's-Sagîr Fî'l-Fıkh Ala Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Muhammed b. Hanbel*, (thk. ve Talik) Nasır b. Suud b. Abdullah Es-Selame, Dârü Atlas, Riyad 2000.
- el-İsfahani, Rağıp, *Müfredat: Kur'an Istılahları Sözlüğü*, çev. Abdülbaki Güneş, Mehmet Yolcu, Çıra Yayınları, İstanbul 2006.
- el-İmrânî, Ebu'l-Hüseyin Yahyâ b. Ebi'l-Hayr b. Sâlim el-Yemenî, *el-Beyân fi mezhebi'l-İmâmî's-Şâfiî*, thk. Kâsım Muhammed en-Nürî, Dârü'l-Minhâc, Cidde 2000.
- el-İsfahani, Ebû'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal Ragıp, *Ez-Zeria İla Mekarımı's-Şeria*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1980.
- el-Kurtubi, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Cami li-Ahkamu'l-Kur'an*, thk. Daru'l-Hadis, Kahire 1994.
- el-Mısri, Muhammed Abdülbaki b. Yusuf b. Ahmed b. Muhammed ez-Zürkani *Şerhü'z-Zürkani ala Muhtasar Seyyid-i Halil*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2002.
- el-Üsrüşeni, Muhammed İbnu Mahmud, *Ahkamu's-Sığar: İslam Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*, (Çev) İbrahim Canan, Cihan Yayınları, İstanbul t.y.
- Ensârî, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerîyya b. Muhammed b. Ahmed Zekerîyyâ, *Esna'l-Metalib Şerhu Ravzi't-Talib*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2001.
- Eroğlu, Onur, "Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi", *Eskişehir Osmangazi Üniv İİBF Dergisi*, 8/3, 2013, ss.157-179.
- Er-Rikâbi, Teysir Ahmîd Abl, *el-Hududü's-Şer'îyye: Dirase Mukarene Beyne't-Teşrii'l-Cina-ıyyi'l-İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2016.
- Erturhan, Sabri "Fıkhi Açısından Nitelikli Cinsel Saldırı (Irza Geçme)", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 16/2, 2002, ss.21-71.

- _____ *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2008.
- Esen, Hüseyin, “Zina”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XLIV, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, ss.440-444.
- Evrensel, Alper ve Aytekin Özşahin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2014/15 (Ek Sayı.1), ss.43-47.
- Fetava'l-Lecneti'd-Daime li'l-Buhusi'l-İlmiyye ve'l-İfta*, yay.haz.: Ahmed b. Abdürrezzâk ed-Düveyş, er-Riasetü'l-Amme li'l-Buhusi'l-İlmiyyeti ve'l-İfta, Riyad 2006.
- Feyyumi, Ebû'l-Abbas Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Hamevi, *el-Misbahü'l-Münir fî Garibi'sh-Sherhi'l-Kebir Li'r-Rafii*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak 1906.
- Gazzi, Muhammed Sıdkı b. Ahmed Bornu Ebû'l-Haris, *el-Veciz fî İzahı Kavâ'idü'l-Fıkhi'l-Küllîyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2002.
- Geyran, Pakize Çervatoğlu, vd., “Teşhircilik'te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam*; 1994, 7/3, Ss. 25-29.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi: Hususi Kısım-Cürümler*, İstanbul t.y.
- Greene, Ellen and Joseph Paxton, *Reading Sappho: Contemporary Approaches*. University Of California Press, Berkeley 1996.
- Güvenç, Bozkurt, *İnsan ve Kültür*, Boyut Yayınları, İstanbul 2015.
- Halil b. Ahmed, Ebû Abdurrahman Halil b. Ahmed b. Amr Ferahidi, “et-Tıflu”, *Tertibu Kitâbi'l-Ayn*, thk. Mehdi Mahzumi, İbrâhim Samerrai, tsh. Esad Tayyib, İntişarat-ı Usve, Kum 1994.
- Hattab, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman Ruayni, *Mevahibü'l-Celil li-Sherhi Muhtasarı Halil*, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003.
- Hindî, Ferîdüddin Âlim b. Alâ Enderpetî Dihlevî, *Fetava Tatarhaniyye Fi Fıkhi'l-Haneffî*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2005.
- Hüseyin Bulut, “Pedofilik Bozukluk ve Ensest: Olgu Sunumu”, *Dusunen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, 2016, C.XXIX, ss.281-285.
- İ'dad İbrâhim Mustafa, vd., “Sabiyy”, *el-Mu'cemü'l-Vasit*, Mecmaü'l-Lugati'l-Arabiyye, Kahire 1960.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz Ed-Dımaşki, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhi Tenviri'l-Ebsar*, (thk.) Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvaz, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbi, *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye Fi Telhîsi Mezhebi'l-Mâlikiyye ve't-Tenbîh Alâ Mezhebi'sh-Şâfiyye ve'l-Hanefiyye ve'l-Hanbeliyye*, (thk.) Macid el-Hamevi, Daru İbn Hazm, Beyrut 2013.
- İbn Ebû Zeyd, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman, *En-Nevidir ve'z-Ziyadat Ala Ma Fî'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehat*, (thk.) Muhammed Hacci, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1999.
- İbn Gazi, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Gazî Osmânî Miknâsî, *Muhtasarı Halil. Şifai'l-Galil Fi Halli Mukfeli Halil*, (thk.) Ahmed b. Abdülkerim Necib, Merkezi Necibeveyh Li'l-Mahtutat ve Hıdmeti't-Türas [Najeebawaih Manuscripts Centre], Dublin 2012.
- İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî, *Lisanü'l-Arab*, Daru'l-Hadis, Kahire 2003.

- İbn Mühenna, Ahmed b. Guneym b. Salim En-Nefravi, *el-Fevakihü'd-Devani Şerhi Ala Risaleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevani*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut t.y.
- İbn Ferhun, Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed, *Tebşiratü'l-Hükkam Fî Usulî'l-Akziye ve Menahici'l-Ahkâm*, Daru Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1397.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd Zâhirî, *el-Muhalla*, Daru'l-Fikr, Beyrut yy.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî *el-Mugni*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî *el-Mugni*, Mektebetu Kahire, Kahire, 1968.
- İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, (thk.) Muhammed Mutî' el-Hâfız, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Daru İhyâu't-Turâsî'l-Arabî, Beyrut 1992.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbas Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *Mecmuatü'l-Fetava*, (yay. haz.) Abdurrahman Bin Muhammed Bin Kasım, yy, ty.
- İbn Teymiyye, Ebü'l-Berekat Mecdüddin Abdüsselam b. Abdullah, *el-Münteka fî'l-Ahkami's-Şeriyeye Min Kelami Hayri'l-Beriyeye*, (thk.) Tarık b. Avazullah b. Muhammed, Daru İbnu'l-Cevzi, Demmam 2002.
- İbnu's-Şihne, Ebü'l-Velid Lisanüddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed Sekafi Halebi, *Lisanü'l-Hükkam*, y.y. t.y.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid, *Şerhu Fethü'l-Kadir*, y.y. t.y.
- İbnü'l-Murtazâ, Mehdî-Lidînilâh Ahmed b. Yahyâ b. Murtazâ, *Kitabü'l-Bahrü'z-Zehhar el-Câmi' li-Mezahibi Ulemai'l-Emsar*, (tsh.) Abdullah b. Abdülkerim el-Cerafi, C.V, Dârü'l-Hikmeti'l-Yemaniyye San'a, 1988.
- Kadı Sicillerinde Samsun 1763 Nolu Samsun Şeriyeye Sicil Defteri*, Haz. Osman Keskiner, Samsun Büyükşehir Belediyesi Kültür ve Sosyal İşler Dairesi Başkanlığı, Samsun 2014.
- Kal'aci, Muhammed Revvas, Hamid Sadık Kunebyi, *Mu'cemu Lügati'l-Fukaha*, Beyrut: Daru'n-Nefais, 1988.
- Kangal, Zeynel T., "Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 60, 2002, ss.29-48.
- Karafi, Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim, *Zahire*, thk. Muhammed Bu Hubze, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994.
- Kartal, Pınar Memiş, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, Der Yayınevi, İstanbul 2014.
- Kasanî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî, *Bedaiü's-Sanai' Fî Tertibi's-Şerai'*, Daru'l-Hadis, Kahire 2005.
- Katırcı, Neha, *Cerimetü'l-İgtisab fî Dav'i's-Şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, *el-Müessesetü'l-Câmiyye*, Beyrut 2003.
- Kelebek, Mustafa, *İslam Aile Hukukunda Velayet*, Ravza Yayınları, İstanbul 2015.
- Kermi, Hasan Saîd, *el-Hadi ila Lugati'l-Arab: Kamusu Arabi-Arabi*, Dârü'l-Beyân, Beyrut 1992.

- Kesgin, Safiye, “Osmanlı’nın Son Döneminde Kimsesiz ve Korunmaya Muhtaç Çocukların Eğitimi ve Topluma Kazandırılması: Kastamonu Örneği”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 19/50, 2016, 141-143.
- Kılınç, Ahmet, *Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Kıyılıoğlu, Levent ve Ali Dönmez, “Hiv/Aids Riskini Artıran Cinsel Davranışlar”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 9/2, 2017, ss.147-162.
- Kızılırmak, Baran “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 25/2, 2019, ss.1025-1071.
- Konan, Belkıs, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, 2011, s.149-172.
- Kök, Ahmet Nezi, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *EÜHFD*, 10/3-4, ss.3-13.
- Mahmut Abdurrahman Abdülmün’im, “Gasb”, *Mu’cemu’l-Mustalahat ve Elfazi’fıkhiyye*, C. III, Daru’l-Fudaylat, Kahire 1999,
- Marshall, W.L., vd., *Handbook Of Sexual Assault: Issues, Theories And Treatment Of The Offender*, Plenum Press, New York 1990.
- Matteoli, Richard L., *The Munchausen Complex: Socialization of Violence and Abuse*, Ne-mean Press, Oregon 2010.
- Mâverdî, Ebü’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *Havi’l-Kebir*, Daru İhyai Turasıl Arabi, Beyrut 2009.
- _____, *Ahkamu’s-Sultaniyye ve’l-Vilayati’d-Diniyye*, thk. Ahmed Mübarek Bağdadi, Daru İbn Kuteybe, Kuveyt 1989.
- Merginani, Ebu’l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebi Bekir, *el-Hidâye Şerhu Bidayeti’l-Mübtedi*, Ahmet Cav (thk.), Daru’l-Hadis, Kahire 2008.
- _____, *Bidayetü’l-Mübtedi*, (thk.) Said Bektaş, Müessesetü’l-Furkan Li’t-Türasi’l-İslâmî, Londra 2016.
- Meydani, Abdülğanî b. Talib b. Hammade Ed-Dımaşki el-Hanefî, *el-Lübâb Fi Şerhi’l-Kitâb*, Darul Hadis, Kahire t.y.
- Mondimore, Francis Mark, *Eşcinselliğin Doğal Tarihi*, çev. Berna Kılınçer, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1999.
- Mugniyye, Muhammed Cevad, *Fıkhu’l-İmam Ca’fer Es-Sadık*, Dârü’l-Cevad, Beyrut 1984.
- Muhammed Revvas Kal’acı, Hamid Sadık, *Mu’cemu Lügati’l-Fukaha*, Daru’n-Nefais, Beyrut 1988.
- Necefi, Muhammed Hasan b. Muhammed Bakır, *Cevâhirü’l-Kelam Fî Şerhi Şera’i’l-İslâm*, (thk.) Mahmûd el-Kûçânî, C. XLI, Dârü İhyai’t-Türasi’l-Arabi, Beyrut t.y.
- Nesefi, Ebü’l-Berekat Hafızüddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd *Kenzü’d-Dekâik*, Haşîye Muhammed Ahsen Es-Siddiki, Mektebetü’l-Büşra, Karaçi 2010.
- Nicolosi, Joseph, *Erkek Homoseksüeller İçin Onarım Terapisi Yeni Bir Klinik Yaklaşım*, çev: Ebru Morgül, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2008.
- Okay, Cüneyd, “Osmanlı Devletinde Kimsesiz Çocukları Barındırmak İçin Kurulan Bir Kurum: Himaye Etfal Cemiyeti (1917-1923)”, *Osmanlı*, C. V, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.

- Ögüt, Salim, "Sihâk", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXVII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009, S.169.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1992.
- _____, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta, İstanbul 1987.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*, 5. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Pekdemir, Şevket, "Hırsızlık ve Cinayet Suçlarında Parmak İzinin İspat Değeri", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2016/2, 30/15, ss.449-473.
- Pekdemir, Şevket, *İslam Ceza Hukukuna Göre Adli Tıp ve Maddi Delil*, Nobel Bilimsel Eserler, Ankara 2018.
- Peters, Rudolf, "Ceza Hukukunun İslamileştirilmesi: Karşılaştırmalı Bir Tahlil", çev. Abdullah Kahraman, *Marife*, 1/1, 2001, ss.207-224.
- Polat, Murat, *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Ceza Arasındaki Denge*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 2015, ss. 69-70.
- Polat, Oğuz, "Şiddet", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/1, 2017, ss.15-34.
- Polat, Oğuz ve Nesime Yayıcı, "Ölümle Sonuçlanan İstismar Olgularına Yaklaşım" *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 2 Önleme ve Rehabilitasyon*, ed. Oğuz Polat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Prof. Dr. Sirel Karataş Psikoloji Sözlüğü, "Voyeuristic Disorder - Gözetlemecilik Bozukluğu/Voyörizm Bozukluğu", <https://www.psikolojisozlugu.com/voyeuristic-disorder-gozetlemecilik-bozuklugu>, Erişim: 07.04.2023.
- Remli, Şemseddin Muhammed Bin Ebi'l Abbas b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî, *Nihayetü'l-Muhtac İla Şerhi'l-Minhac*, Şeriketü Mektebetü ve Matbaatü Mustafa el-Babil el-Halebi, Mısır 1967.
- Rifâî, Abdurrahman Ahmed, *el-Basmatü'l-Virâsiyye ve Ahkâmuhâ Fi'l-Fıkhi'l-İslami ve'l-Kânûni'l-Vaz'î: Dirâse Fıkhiyye Mukârene*, Menşuratü'l-Halebi el-Hukukiyye, Beyrut 2012.
- Rifâî, Cemile Abdülkadir Şaban, *el-Ahkamu'l-Fıkhiyye ve't-Terbeviyyeti's-Şamile el-Müteallika Bi'l-Etfal*, Daru'l-Furkan, Amman 2006.
- Sahnun, Abdüsselam b. Saîd Tenuhi, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, thk. Âmir el-Cezzar, Abdullah el-Menşavi, Daru'l-Hadis, Kahire 2005.
- Salah Rızık Abdülgaflar Yunus, *Ceraimü's-Şüzûzi'l-Cinsi: Dirase Mukarene fi Dav'i's-Şerâii's-Semaviyye ve'l-Kavanini'l-Vaz'iyye*, Darü'l-Fikr ve'l-Kanun, Mansure 2010.
- Salim, Abdülcelil, *et-Teharruşü'l-Cinsi: Esbabuhu ve İlacuhu*, Vizaretü'l-Evkaf, Kahire 2010.
- Salman, Abdullah, *İslam Yargılama Hukukunda İspat Tekniği Olarak Kriminalistik*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Samsun 2021.
- Saputra, Tri Akhmad, Soponyono, Aji Eko "Criminology Study on Pedophilia Prevention in Inonesia", *Jurnal Hukum Novelty*, 9/2, ss.117-127.
- Sarı, Mevlüt, *el-Mevarid: Arapça-Türkçe Lügat*, Bahar Yayınları, İstanbul 1982.
- Sarıçiçek, Sait ve Hasan Ağrıtmış, "Sürtünme Yolu İle Cinsel İstismar Sonrası Gebelik: Bir Ensest Olgusu", *Adli Tıp Dergisi*, 30/2, 2016.
- Savaşçı, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

- Savrun, B. Mert, “Bir Ahlak Sorunu Olarak Cinsel Taciz”, *IV. Din Şurası Tebliğ ve Müzakereleri*, 12-16 Ekim 2019 Ankara, ss. 568-572.
- Semerikandi, Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed, *Tuhfetü'l-Fukaha, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye*, Beyrut 1984.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *Mebsut*, Gümüşev Yay., İstanbul 2008.
- _____ *Mebsut*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 10. Bs., Ankara 2014.
- Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celaeddin Abdurrahman b. Ebî Bekr, *el-Eşbah ve'n-Nezair Fi Kavaidi ve Furu'i Fıkhi's-Şafi'iyye*, Müessesetü'l Kütübü'l-Sekafiyye, Beyrut 1994.
- Sübkî, Ebû Nasr Taceddin İbnü's-Sübkî Abdülvehhab b. Ali b. Abdilkafi *el-Eşbah ve'n-Nezair*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muuz, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1991.
- Şafak, Ali, “İslam'da Evlenilmesi Yasaklananlar Yakın Akraba Evlilikleri ve Sakat Doğan Çocuklar”, *Diyanet Dergisi*, 22/4, 1986, ss. 16-29.
- Şehîd-i Sâni, Zeynüddîn b. Alî b. Ahmed Cübâi Âmilî *Mesâlikü'l-Efhâm İlâ Tenkihi Şerâ'i'l-İslâm*, Müessesetü'l-Maârifî'l-İslâmiyye, Kum 1425.
- Şirbînî, Şemseddin Hatib Muhammed b. Ahmed Kahiri Şâfiî, *Mugni'l-Muhtac İla Ma'rifeti Meanî Elfazî'l-Minhac*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y.
- Tanerî, Aydın, “Hadım”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. XV, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1997, ss.1-3.
- Taylor, Gary W. ve Jane M. Ussher, “Making Sense Of S&M: A Discourse Analytic Account” *Sexualities*, 2001, 4/3, ss.293-314.
- Telkenaroğlu, M. Rahmi, “Ensest ve İslam Hukukundaki İzdüşümü”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 31, 2011, ss. 115-144.
- Tiryakioğlu, Bilgin, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara 1991.
- Topal, Şevket, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 2006, 6/3, 249-273.
- Türcan, Talip “Sürgün”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Andiklopedisi*, C.XXXVIII, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, ss.164-166.
- Türcan, Talip ve Ünal Yerlikaya, “Ceza Hukuku”, *İslam Hukuku El Kitabı*, Ed. Talip Türcan, Grafiker Yayınları, Ankara 2012.
- Türk Medeni Kanunu (TMK), Resmi Gazete 24607 (8.12.2001), Kanun no. 4721, md.11/1.
- Udeh, Abdulkadir, *et-Teşriu'l-Cinaıyyü'l-İslami Mukarenen Li Kanuni'l-Vazî*, Daru't-Turas Kahire t.y.
- Udeh, Abdulkadir, *Ümmetin Bilgisizliği ve Alimlerin Acizliği Arasında İslam*, Özgün Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Uyanık, Mehmet Zeki, “İslam Hukukunda Hapis Cezası Çeşitleri ve Süreleri”, *ÇAKÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, 8/2, ss. 139-164.
- Üsrüşeni, Ebü'l-Feth Mecdüddin Muhammed b. Hüseyin b. Ahmed *Ahkamu's-Sıgar*, thk. Mustafa (Osman) Samide, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

- Yalçın, Türkan Sancar, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk*, Nisan 2008/4–52, ss.12-16.
- Yemeni, Ebû Muhammed Şerefeddin İsmail İbnü'l-Mukri, *Ravzü't-Tâlib ve Nihâyetu Mat-labi'r-Râgıb*, (thk.) Halef Müfdi el-Mutlak, Darü'z-Ziya, Kuveyt 2013.
- Yıldırım, Adem, “İslam Hukûkunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Teca-vüz) Suçunun Cezası ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Ey-lül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2018, 47, ss. 225-261.
- Yurtbay, Tülin, “İstismar Olgusu Olan Çocuklarda Oyun Tedavisi”, *Tüm Boyutlarıyla Cinsel İstismar 2 Önleme ve Rehabilitasyon*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- Yusuf, Abdüssamed Muhammed, *Cerîmetü'z-Zinâ ve Ukûbetuhâ Fi Fıkhi't-Teşrî'l-Cinâiyyi'l-İslami ve Kânûni'l-Ukûbât: Dirase Mukarene*, Mektebetü'l-Vefai'l-Kanu-niyye, İskenderiye 2017.
- Yusuf, Yusuf Hasan, *Cerimetu İstiglâli'l-Etfal ve Himayetihim Fi'l-Kanuni'd-Devli ve 'ş-Şe-riati'l-İslamiyye*, el-Merkezü'l-Kavmi Li'l-İsdatari'l-Kanuniyye, Kahire 2013.
- Yy. *Eseru tatbiki'l-hudud fi'l-müctema'*, Câmiatü'l-İmam Muhammed b. Suud el-İslâmiyye, Riyad 1984.
- Zeccac, Ebû İshak İbrâhim b. es-Seri b. Sehl, *Meâni'l-Kur'an ve İ'râbuhu*, thk. Abdülcelil Ab-duh Şelebi, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1988.
- Zeylai, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen, *Tebyinü'l-Hakaik Fî Şerhi Kenzi'd-Dekaik*, el-Mat-baatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak 1314.
- 5 Nolu Mühimme Defteri 973/1565-1566, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 1994.

Elektronik kaynaklar:

- Council of Europe (COE), https://www.coe.int/t/dg3/children/News/Turkey-ratification_en.asp Erişim: 28.11.2022.
- “Çocuk”, *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 10.08.2022.
- “Fetishism” APA Dictionary of Psychology, <https://Dictionary.Apa.Org/Fetishism> Erişim: 14.12.2020.
- “Lesbianism” APA Dictionary of Psychology, <https://Dictionary.Apa.Org/Lesbianism> Erişim: 13.12.2020.
- “Lezbiyen”, *Nişanyan Sözlük*, <https://www.nisanyansozluk.com/?K=Lezbiyen> Erişim: 17.12.2019.
- “Ensest” *Nişanyan Sözlük*, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=ensest&lnk=> Erişim: 19.12.2021
- “Kastrasyon”, *Nişanyan Sözlük*, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/kastrasyon>, Erişim: 28.11.2022.
- “Lezbiyenlik” *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, <https://Sozluk.Gov.Tr/> Erişim: 01.09.2019.
- “Necrophilia” <https://Dictionary.Apa.Org/Necrophilia> Erişim: 13.12.2020.
- “Nekrofil” <https://Sozluk.Gov.Tr/> Erişim: 17.09.2019.
- “Rape” APA Dictionary of Psychology, <https://Dictionary.Apa.Org/Rape> Erişim: 19.12.2020.

TCK, Türk Ceza Kanunu, Resmî Gazete 25611 (12.10.2004), Kanun no. 5237, Erişim:
3.09.2018, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&Mevzuat-Tur=1&MevzuatTertip=5>



ÖZ GEÇMİŞ

Büşra Nur DURAN 2004 yılında Samsun Anadolu İmam-Hatip Lisesi'nden, 2010 yılında Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği Bölümü'nden mezun oldu. 2010 yılında OMÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri ABD'nda İslam Hukuku alanında Yüksek Lisans çalışmalarına başladı ve Yüksek Lisans programını 2013 yılında “İslam Kültüründe Kadın-Erkek Diyalogu” başlıklı teziyle tamamlayarak mezun oldu. Aynı yıl OMÜ SBE Temel İslam Bilimleri ABD'nda doktora eğitimine başlayan Duran, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İslam Ceza Hukukundaki Yeri” başlıklı teziyle doktorasını tamamlamıştır. 2008 yılı bahar döneminde Erasmus öğrencisi olarak University of Glasgow'da; 2010 yılında Arapça dil kursu için Suriye/Şam'da bulunmuştur. 2011-2020 yılları arasında Araştırma Görevlisi olarak görev yapan Duran, halen OMÜ Yayın Koordinatörlüğü'nde OMÜ Yayınları Akademik İçerik Sorumlusu olarak görev yapmakta ve Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi Editörlüğü görevini 2020/2 sayısından itibaren yürütmektedir. Evli ve bir çocuk annesi olan Duran'ın akademik çalışmaları aşağıda sıralanmıştır.

İletişim Bilgileri:

ORCID ID : 0000-0001-6995-0803

Yayınlar:

1. DURAN, Büşra Nur, “Sesin ve Sözü'nün Mahremiyeti”, *Din Gelenek ve Ahlak Bağlamında Mahremiyet Algıları Sempozyumu* (27-29 Mart 2015), 2016, cilt: II, s. 145-156.
2. DURAN, Büşra Nur, “Çocuğun İstismarının Kişilik ve Karakter Gelişimine Etkisi”, *Uluslararası Kişilik ve Karakter İnşasında Dinin Yeri Sempozyumu*, 10-12 Haziran 2016, Ordu, 2016, cilt: II, s. 323-338.
3. DURAN, Büşra Nur, “Cinsel Şiddet Haberlerinin Şiddetin Yeniden Üretimi ve Haber Etiği Bağlamında Analizi”, *Şiddet ve Sosyal Travmalar Uluslararası Kongresi*, Yayın Editörü: Adem Solak, Ankara: Hegem Yayınları, 2018.

4. BULUT, Sümeye Aydın, DURAN, Büşra Nur, “Gençlik, Müzik ve Din: ‘Akşam Grubu’ Örneğine Sosyolojik ve Fıkhi Bir Yaklaşım”, *Uluslararası Gençlik Araştırmaları Sempozyumu*, Sakarya 14-16 Ekim 2022).
5. DURAN, Büşra Nur, GÖMBEYAZ, Zeynep, “İSTANBUL SÖZLEŞMESİ: Kadına Yönelik Şiddeti Önleme Hususunda Bir Çözüm Arayışı mı Yoksa Sorunun Kendisi mi?” *Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Din ve Değerler Eğitimi*, Nobel Yayıncılık, Ankara 2021.
6. DURAN, Büşra Nur, “İslam Ceza Hukukuna Göre Adli Tıp ve Maddi Delil, yazar Şevket Pekdemir (Kitap Değerlendirmesi) Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi- 47 (Aralık- 2019): 593-597.

