

**T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

YUNUS EMRE ÇAĞLAYAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN:
Dr. Öğr. Üyesi MEHMET ONURSAL CİN**

KONYA-2022



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yunus Emre ÇAĞLAYAN		
	Numarası	19812301017		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku / Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	Çocukların Cinsel İstismarı			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

YUNUS EMRE ÇAĞLAYAN



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yunus Emre ÇAĞLAYAN		
	Numarası	19812301017		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku / Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN		
Tezin Adı	Çocukların Cinsel İstismarı			

Günümüzde oldukça artış göstermiş olan ve toplumda karşılaşılan en önemli sorunlardan birini oluşturan çocukların cinsel istismarı vakaları, çocuk istismarı tipleri arasında en ağır ve tespit edilmesi en zor olanıdır. Bu çalışmada ‘‘çocukların cinsel istismarı’’ kavramsal ve hukuki açıdan ayrıntılı olarak ele alınmış, yasa düzenlemesinden ve uygulamadan kaynaklı sorunlar ön plana çıkartılmış, öğretilerde ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak çözüme yönelik değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmada öncelikle çocukların cinsel istismarına ilişkin temel kavramlar, uluslararası düzenlemeler; cinsel istismar suçunun tarihi görünümü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılığı ve benzer suçlarla mukayesesi konularına yer verilmiştir. İkinci bölümde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun unsurları, nitelikli halleri ve netice sebebiyle ağırlaşan hallerinden bahsedilmiştir. Son bölümde ise suçun özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü ile suçun yaptırım konularına değinilerek çalışma tamamlanmıştır.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile ilgili tartışılmalı birçok husus bulunmakla birlikte üzerinde durulması gereken en önemli hususlar; suçun her iki tarafının da çocuk olması, evlenme ile reşit hale gelen çocuğa karşı eş tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel eylemler, failin kadın veya eşcinsel bir erkek olması, yasal evlenme yaşının altındaki fiili evliliklerde tarafların ve taraf ebeveynlerinin durumu ile suç failine kastrasyon uygulanması tartışmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, İstismar, Cinsel İstismar, Cinsel Davranış, Cinsel Dokunulmazlık, Sarkıntılık



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Yunus Emre ÇAĞLAYAN		
	Student Number	19812301017		
	Department	Public Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Assistant Professor Mehmet Onursal CİN		
	Title of the Thesis/Dissertation	Sexual Abuse Of Children		

Cases of sexual abuse of children, which have increased considerably today and constitute one of the most important problems encountered in society, are the most severe and difficult to detect among the types of child abuse. In this study, "child sexual abuse" has been discussed in detail in terms of conceptual and legal aspects, problems arising from the regulation and implementation of the law have been brought to the fore, and solutions have been evaluated by taking into account the views put forward in the doctrine.

In the study, primarily the basic concepts of child sexual abuse, international regulations; The historical appearance of the crime of sexual abuse, its equivalent in the Turkish Penal Code No. 765 and its comparison with similar crimes are included. In the second part, the elements of the crime of sexual abuse of children regulated in Article 103 of the Turkish Penal Code No. 5237, its qualified situations and the aggravated situations due to the result are mentioned. In the last part, the study was completed by mentioning the special appearance of the crime, the investigation and prosecution procedure and the sanction of the crime.

Although there are many controversial issues regarding the crime of sexual abuse of children, the most important issues to be considered are; both parties of the crime are children, sexual acts committed by the spouse against the child who has reached the age of majority by marriage, whether the perpetrator is a woman or a homosexual man, the situation of the parties and the parents of the parties in actual marriages under the legal marriage age, and the application of castration to the perpetrator of the crime.

Keywords: Child, Abuse, Sexual Abuse, Sexual Behavior, Sexual Immunity, Harassment

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI	I
ÖZET	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TARİHSEL GÖRÜNÜM, TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI VE DİĞER CİNSEL SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

I. İSTİSMAR VE ÇOCUK İSTİSMARI KAVRAMI.....	4
II. ÇOCUK İSTİSMARI TÜRLERİ	5
A. Fiziksel İstismar	5
B. Duygusal İstismar	6
C. İhmal	6
D. Cinsel İstismar	7
III. CİNSEL İSTİSMARIN BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ	9
A. Cinsel Sömürü.....	9
1. Çocuk Fuhuşu.....	10
2. Çocuk Pornografisi.....	11
B. Ensest (Fücur)	12
C. Pedofili.....	13
IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'DA CİNSEL İSTİSMARININ TANIMI.....	16
V. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARIYLA İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER	17
VI. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN TARİHSEL GÖRÜNÜMÜ	20
A. Genel Olarak.....	20
B. Roma Hukuku Dönemi	20
C. Ortaçağ Dönemi	21
D. Germen Hukuku Dönemi.....	22
E. İslam Hukuku Dönemi.....	22
F. Osmanlı Hukuku Dönemi	25
VII. 765 SAYILI ESKİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN KARŞILIĞI	25
VIII. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇU.....	30
A. Genel Olarak	30
B. 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel İstismar Suçu Bakımından Getirilen Yenilikler.....	32
C. 6763 Sayılı Kanun ile Cinsel İstismar Suçu Bakımından Getirilen Yenilikler	34
IX. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU İLE DİĞER CİNSEL SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI.....	35
A. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma	35

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma	37
C. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma	39
D. Müstehcenlik Suçu Bakımından Karşılaştırılması.....	41
E. Fuhuş Suçu Bakımından Karşılaştırma.....	42
X. KORUNAN HUKUKİ DEĞER (HUKUKİ KONU).....	44

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

I. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN UNSURLARI.....	46
A. TİPİKLİK.....	46
B. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI.....	46
1. FAİL.....	46
2. MAĞDUR	47
a.On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklar	49
b.On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmiş Çocuklar	51
c. Çocuklar Arasında Gerçekleştirilen Cinsel Eylemler	53
d. Suçun Evlenme Yoluyla Ergin Olan ya da Mahkeme Kararıyla Ergin Kılınan Mağdura Karşı İşlenmesi	62
e. Yasal Evlenme Yaşının Altında Gerçekleştirilen Fiili Evliliklerde Durum.....	66
f. Yaş Tespiti.....	69
3. SUÇUN KONUSU.....	73
4. FİİL	74
a. Suçun Basit Halinde Fiil	77
b. Suçun Sarkıntılık Düzeyinde Kalan Halinde Fiil.....	79
c. Suçun Nitelikli Halinde Fiil	87
d. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar	95
da. Cebir.....	95
db. Tehdit.....	96
dc. Hile.....	99
dd. İradeyi Etkileyen Başka Neden	101
5. NETİCE.....	104
C. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU	105
D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	110
1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	110
2. İlgilinin Rızası.....	111
3. Hakkın Kullanılması	113
4. Meşru Savunma.....	114
5. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi	114
E. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER	115
1. Genel Olarak Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler.....	115
2. Zorunluluk Hali	115
3. Yetkili Bir Mercinin Emrini Yerine Getirme	116
4. Haksız Tahrik.....	116

5. Hata Halleri	118
a. Suçun Maddi Unsurlarında Hata	119
b. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata	122
c. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlere Ait Şartların Gerçekleştiği Konusunda Hata.....	123
d. Haksızlık Hatası	123
II. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA CEZANIN ARTIRILMASI GEREKEN NİTELİKLİ HALLER	125
A. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	125
B. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunun Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi	128
C. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi	130
D. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile ve Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi.....	135
E. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	142
F. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle İşlenmesi	144
G. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlam Yeteneği Gelişmiş Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi.....	146
III. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ	149
A. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması Hâli.....	149
B. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi	151
C. Suç Sonucu Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması.....	155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	159
A. Teşebbüs	159
1. Genel Olarak	159
2. Suçun Sarkıntılık Düzeyinde Kalan Haline Teşebbüs	159
3. Suçun Basit Haline Teşebbüs.....	160
4. Suçun Nitelikli Haline Teşebbüs.....	161
5. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşan Haline Teşebbüs	165
B. Gönüllü Vazgeçme	166
C. İştirak	168
1. Müşterek Faillik	169

2. Dolaylı Faillik	170
3. Yardım Etme ve Azmettirme	171
D. İçtima	175
1. Cinsel İstismar Suçu Açısından Gerçek İçtima	176
2. Cinsel İstismar Suçu Açısından Bileşik Suç	177
3. Cinsel İstismar Suçu Açısından Zincirleme Suç	177
4. Cinsel İstismar Suçu Açısından Aynı Neviden Fikri İçtima	186
5. Cinsel İstismar Suçu Açısından Farklı Neviden Fikri İçtima	187
II. KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM	188
A. Kovuşturma ve Soruşturma Usulü	188
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme	198
C. Yaptırım	199
D. Zamanaşımı	208
1. Dava Zamanaşımı	208
2. Ceza Zamanaşımı	210
SONUÇ	212
KAYNAKÇA	224

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bkz.	: Bakınız
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
K.	: Karar
m./md.	: Madde
Mah.	: Mahkemesi
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Günümüz dünyasında ve ülkemizde karşılaşılan en önemli sorunlardan birisi çocukların cinsel yönden istismar edilmesidir. Özellikle son dönemde, çocukların cinsel yönden istismar edilme vakaları artmış olmakla birlikte bu vakaların çoğunluğu gizli kalmakta ve gün yüzüne çıkmamaktadır.

Çocuk istismarı tipleri arasında en ağır ve ortaya çıkartılması en zor olanı çocukların cinsel yönden istismar edilme durumlarıdır.¹ Çoğu çocuk, kendisine yönelen cinsel nitelikli eylemlerin gerçek mahiyetini kavrayamamakta ve bu eylemlerin kötü bir şey olduğunun farkına varmamaktadırlar. Farkında olan çocuklar ise genellikle kendisine cinsel eylem uygulayan kişiye olan bağıkları ve yakınlıkları nedeniyle bu durumu gizli tutma çabasına girmektedir. Aile ve toplum baskısı gibi nedenlerle de bu tür vakaların gizli tutulmaya çalışılması bu tür eylemlerin açığa çıkmasını oldukça zorlaştırmaktadır.

Çocuğun merak duygusu, ilgi ve sevgi ihtiyacı, savunmasız yapısı, kolayca yönlendirilebilmesi, kendisine uygulanan eylemi gizli tutma çabası gibi nedenlerin yanında toplum ve aile tarafından genellikle kötü şahit olarak kabul edilerek anlattıklarına inanılmaması çocuğun cinsel istismar eylemlerine karşı açık olmasına sebebiyet vermektedir.²

Cinsel istismar eylemine maruz kalmış çocuklar, genellikle suçluluk, korku veya utançlık gibi karmaşık duygular yaşamakta ve olayları gizleme eğilimine girmektedirler.³ Bu nedenlerle cinsel istismar olgularının genellikle adli makamlara intikal etmediği görülmektedir.⁴

¹ POLAT, Oğuz, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı- 1 Tanımlar**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s.99

² ÖZBEK, Veli Özer, **Müstehcenlik Suçu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2009, s.120-121; ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, Ekim 2020, s.361

³ ÜSTÜNER TOP, Fadime, **“Çocuk İhmali ve İstismarı”**, Türkiye’de Çocuk Olmak, Editör: Şirin Dilli, Pegem Akademi Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2020, s.342

⁴ ÖZABACI, Nilüfer Şehriban, **“Şiddet Türleri”**, Çağımızın Çözüm Arayan Sorunu Şiddet, Editör: Nilüfer Şehriban Özabacı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Mart 2021, s.109

Cinsel istismar, hızla artan ve sıkça işlenen fakat en az adli makamlara en az bildirilen bir şiddet suçu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵ Çocukların cinsel istismarı, çocuğun hak ve özgürlüklerine karşı gerçekleştirilmiş en ağır ve telef edilmeye en zor olan ihlallerden birisidir. Çocukların yetişkinlere nazaran daha savunmasız ve kırılabilir yapıda olmaları, genellikle kendilerine karşı gerçekleştirilen eylemlerin kötü mahiyetini kavrayamamaları gibi durumlar çocukların daha özel olarak korunmasını zaruri kılmaktadır. Buna rağmen çocukların yeteri düzeyde korunamadıkları ve çeşitli istismar eylemlerine maruz kaldıkları bilinen bir gerçektir.⁶

Cinsel istismar eylemlerinin faili, bilinenin aksine genellikle yabancılar değil, çocuğun tanıdığı, güvendiği, çevresinde bulunan yetişkin kişilerdir.⁷ Bu kişi, eylemlerine çocuğun güvenini kazanmakla başlamakta, ilerleyen süreçte ise eylemlerin kötü mahiyetini anlayan çocuğa karşı tehdit uygulayarak eylemlerine devam etmektedir.⁸ Mağdurun, faile yakınlık ve bağı ne kadar fazlaysa eylemin kötü mahiyetini anlaması o kadar zorlaşmaktadır.⁹

Çocukların cinsel bilgilerinin gelişimleriyle paralel şekilde ilerlemesini sağlamak, onların cinsel özgürlüklerini korumak ve mağdur olmalarının önüne geçmek amacıyla ceza hukukunda sert düzenlemeler yapılmıştır.¹⁰ Çocukların, cinsel suçlara karşı korunmalarının zorluğu, failin eylemini icra ederken zorlanmaması ve eylemin çocuk üzerindeki bırakacağı ağır etkilerle haksızlık düzeyinin yetişkinlere oranla daha fazla olması göz önüne alındığında sert yaptırımların düzenmiş olması gayet normal bir durumdur.¹¹

⁵ TOPÇU, Sedat, **Cinsel İstismar**, Phoenix Yayınları, Ankara, Haziran 2009, s.12

⁶ ŞEKER, Halil Kaya, ŞEKER, Sevgi, “**Çocuklara Yönelik Cinsel Amaçlı Turizm**”, Sivas Interdisipliner Turizm Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, 2018, s. 47

⁷ SANER, Suzan, “**Çocuk Cinsel İstismarı ve Zor Açığa Çıkması Bilgilendirme Dosyası**”, <https://docplayer.biz.tr/24840039-Cocuk-cinsel-istismari-ve-zor-aciga-cikmasi-bilgilendirme-dosyasi-yayina-hazirlayanlar-sahika-yuksel-suzan-saner.html>, Erişim Tarihi: 07.06.2021, s.1

⁸ BAHTİYAR, Murat, “**Çocuklara Yönelik Cinsel Suçlar ve Mağduriyet Yaklaşımları**”, Suç Mağdurları, Editör: Halil İbrahim Bahar, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Temmuz 2006, s.184

⁹ TURHAN, Engin, **Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2021, s. 22

¹⁰ TANER Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2017, s.286.

¹¹ GÜNDÜZ, Remzi, GÜLTAŞ, Veysel, **Cinsel Suçlar**, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2013, s.123.

1982 Anayasasında, çocukların özel olarak korunmasına yönelik alınacak önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı düzenlenmiş (m.10/3); onların, her türlü istismara ve şiddete karşı korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması anayasal güvence altına alınmıştır.(m.41)¹²

Ülkemizde, çocukların cinsel istismarı vakalarının artış göstermesi ve sürekli gündeme gelmesi nedeniyle suçla mücadele kapsamında yeni yöntemlere ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Çözüm olarak, suç karşılığında öngörülen cezai yaptırımların artırılması düşünülse de bu çözüm suçla mücadele bakımından doğrudan bir rol oynamayacaktır. Çünkü neredeyse tüm failler, suç işlemeden önce suçun cezai yaptırımını düşünmemektedir.¹³ Ayrıca sadece faillere cezai yaptırımlar uygulayarak istismar vakalarının önüne geçmek mümkün değildir. Cezalar, suç sonrası uygulanmakla birlikte elbette caydırıcı özelliği bulunmaktadır. Ancak suçu önleyici bir sistemin de oluşturulması gerekmektedir.¹⁴ Bu nedenle çocuğun cinsel istismarı neticesinde öngörülen ceza yaptırımlarının artırılması ve ayrıca suçu önleme amacına hizmet eden tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda ilk olarak ailelerin bilinçlendirilmesi ile başlanmalı; ceza hukuku, psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerin içinde yer aldığı multi-disipliner bir çalışma ile oluşturulan veri, uyarı ve öneriler, devlet politikası haline getirilmelidir. Bu sorunun yalnızca çocukların değil, toplumun ortak bir sorunu olduğu unutulmamalıdır.¹⁵

¹² YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara Eylül 2019, s.144

¹³ BACAŞIZ, Pınar, BAYZİT, Tuğba, “**Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı**” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.410

¹⁴ ŞİRİN, Memduh Cemil, **Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar**, Çocuğun Cinsel İstismarı -Ceza Kanunu Maddesi- Raporu, Rapor No: 17, Çocuk Vakfı Yayınları, Ekim 2016, s.25

¹⁵ HOROZGİL, Denizhan, “**Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 0, Sayı: 93, Yıl: 2011, s.109, 142

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TARİHSEL GÖRÜNÜM, TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI VE DİĞER CİNSEL SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

I. İSTİSMAR VE ÇOCUK İSTİSMARI KAVRAMI

“İstismar” kavram olarak “*birisinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme*” anlamına gelmektedir.¹⁶ İstismar etmek ise “*bir kişinin veya kişilerin iyi niyetini kötüye kullanarak yararlanmak; bir düşünceyi kötüye kullanarak zarar vermeyi hedeflemek; karşısındakini kendi rızası olmadan ve iradesini dikkate almadan sömürmek*”¹⁷ gibi anlamları ifade etmektedir.

Çocuk istismarı, “*belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğa o kültürde kabul edilmeyen bir davranışın uygulanmasıdır. Başka bir söyleşyle çocuğun büyüme ve gelişmesini olumsuz yönde etkileyen her türlü davranıştır.*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁸ Çocuk istismarı, çocuğun anne-babası, yakın çevresi, bakıcısı veya herhangi bir yetişkin tarafından, çocuğa karşı uzmanlar veya toplum nezdinde kabul edilmeyen¹⁹, çocuğun gelişimini engelleyen ya da kısıtlayan eylem ve eylemsizliklerin tümünü²⁰ kapsamaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü, 1985 yılında çocuk istismarı tanımlarının çok fazla olması nedeniyle oluşan sıkıntıları gidermek adına çocuk istismarı kavramını tanımlama yoluna gitmiş²¹ ve çocuk istismarını “*çocuğun, sağlığını, fiziki gelişimini, psikososyal gelişimini etkileyen, bir yetişkin, toplumu veya ülkesi tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan*

¹⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://www.tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04.12.2020; YELDAN, Didem, **Uygulamada Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2020 s.211; ÖZBEK, s. 46

¹⁷ KOCA, Mahmut, “**Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl 2012, s.115-116; ÖZBEK, s.46

¹⁸ POLAT, s.26

¹⁹ YILDIRIM DOĞRU, Safiye Sunay, “**Zihin Engelli Çocuklarda Cinsel İstismar**”, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, s.81

²⁰ TANER, Yasemin, GÖKLER, Bahar, “**Çocuk İstismar ve İhmali: Psikiyatrik Yönleri**”, Hacettepe Tıp Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 2, Yıl: 2004, s.82

²¹ POLAT, s.26

davranışlar” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımlama, yetişkinler tarafından istismar olarak kabul edilmeyen veya bilerek yapılmayan davranışlar ile çocuğun istismar veya şiddet olarak algılamadığı davranışları da kapsamaktadır.²² Dünya Sağlık Örgütü, 2002 yılında meydana gelen değişimleri göz önüne alarak çocuk istismarını, ‘*Çocuğun sağlık, büyüme ve gelişmesini olumsuz yönde etkileyecek olan her türlü fiziksel, duygusal, cinsel ihmal veya ihmale neden olacak ticari reklam amaçlı ya da diğer bütün etkileme şekilleri de dâhil olmak üzere her türlü tutum ve davranışlara maruz kalması çocuk istismarı olarak kabul edilmelidir*’ şeklinde yeniden tanımlanmıştır.²³

II. ÇOCUK İSTİSMARI TÜRLERİ

Dünya Sağlık Örgütü, çocuk istismarını: fiziksel istismar, cinsel istismar, duygusal istismar ve ihmal olarak 4 temel gruba ayırmıştır.²⁴ Bazı yazarlarında çocuk istismarını aynı şekliyle gruplara ayırdığı görülmektedir.²⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu (UNICEF) ise çocuk istismarının fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik şekillerde ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.²⁶

A. Fiziksel İstismar

Fiziksel istismar, ‘*hasara neden olan kırıkların, yanıkların, kesilerin ortaya çıkmasına yol açan istismar*’ olarak tanımlanmaktadır. En geniş anlamıyla ‘*çocuğun kaza dışı yaralanması*’ şeklinde tanımlanabilen fiziksel istismar genellikle çocuğu dövme şeklinde meydana gelmektedir. Çocuğun fiziksel istismarında, çocuk kaza dışında

²² ZİYALAR, Neylan, **Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2020, s. 28

²³ BAYRAKTAR, Seda, **İnsanlığın Kanayan Yarası Çocuk İstismarı ve İhmali**, Nobel Tıp Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.39

²⁴ ERKOL, Zerrin, ASLAN, Fatmagül, TİMUR, Serdar, BÜKEN, Bora, HEYBECİ, Nesrin ‘**Cinsel İstismar Mağduru Çocuklar Hakkında Çocuk İzleme Merkezi’ndeki Süreç Sonrasında Uygulanabilecek Koruyucu Ve Destekleyici Tedbirler**’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, 2014, s.32

²⁵ TIRAŞCI, Yaşar, GÖREN Süleyman, ‘**Çocuk İstismarı ve İhmali**’, Dicle Tıp Dergisi, Cilt:34, Sayı: 1, 2007,s.70; GÜRGEN, Senem Renk, ‘**Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Çocuk Ve Cinsel İstismar Kavramları**’, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 3, Ekim 2018, s.165; POLAT, Oğuz, **Şiddet**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2017, s31; POLAT, Oğuz, **Adli Psikolojiye Giriş**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2020, s.58; YAGMUR, Fatih, ‘**Çocuk İstismarı ve İhlali**’, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Sayı: 12, Eylül 2008, s.72

²⁶ TURGUT, Engin, ‘**Çocuk İstismarı ve İhlali**’, Çocuk Hakları, Editör: Zihni Merey, Salmat Basım Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Aralık 2016, s.207

yaralanmakta ve örselenmektedir. Bir tokattan çeşitli objelerin kullanımına kadar olan cezalandırma yöntemini kapsayan bu istismar tipi en çok karşılaşılan ve tespiti en kolay olan istismar tipidir.²⁷

Çocuğun fiziksel istismarı, çocuğun fiziksel sağlığına ve beden bütünlüğüne zarar verecek ve hatta çocuğun ölümüyle sonuçlanabilecek biçimleri barındırmaktadır. Bu istismar tipinin yaygın bir şekilde görülmesinin en temel nedeni, izlerinin görülmesinin ve tıbbi tespitinin daha kolay olmasıdır.²⁸

B. Duygusal İstismar

Tanımı yapılması en zor olan ve en çok rastlanan istismar tipi olan duygusal istismar, “*çocuk ve gençlerin, kendilerini etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak ya da gereksindikleri ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakılarak toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılma durumu*” şeklinde tanımlanmaktadır. Duygusal istismar teşkil eden davranışlar, çocuk üzerinde etki sahibi olan kişi veya kişilere çocuğa karşı uygulanmaktadır. Duygusal istismar, tek başına meydana gelebildiği gibi fiziksel ve cinsel istismar ile birada bulunabilir.²⁹ Bu istismar tipi en sık rastlanan şiddet tipi olmasına rağmen somut bir fiziksel bulgusunun olmaması nedeniyle genellikle göz ardı edilmektedir.³⁰ Duygusal istismarın temelinde psikolojik ve duygusal yönden zarar verme bulunmaktadır.³¹

C. İhmal

İhmal, “*çocuğa bakmakla yükümlü olan kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, çocuğu fiziksel ya da duygusal olarak ihmal etmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. İhmal, fiziksel ve cinsel istismar tiplerine göre daha soyut olması

²⁷ POLAT, s.45

²⁸ İLİK Bülent, İÇAĞASIOĞLU ÇOBAN, Arzu, “**Çocukların Duygusal İstismarı ve Sosyal Hizmet Müdahalesi**”, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021, s.199-200

²⁹ POLAT, s.46

³⁰ REVA, Zeynep, “**Duygusal İstismarın Hukuki Boyutu**”, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021, s.179

³¹ KOLBURAN, Güliz, “**Duygusal İstismar Tanım ve Kavramsal Çerçeve**”, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021, s.32

nedeniyle tanı konulması bu istismar türlerinden daha zordur.³² İhmalde çocuğun kendisine bakma yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından duygusal, gelişimsel, eğitim, sağlık veya fiziksel ihtiyaçlarının zamanında veya hiç karşılanmamaktadır.³³

D. Cinsel İstismar

Çocuğun cinsel istismarını tanımlayan birçok tanım yapılmış olması nedeniyle net bir tanım ortaya koymak mümkün değildir. Çocuğun cinsel istismarı;

POLAT'a göre: '*Psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimilasyon için kullanılması, yani bir çocuğun yetişkin bir kişi tarafından cinsel doyum için kullanılmasıdır.*'³⁴

TIRAŞÇI/GÖREN'e göre: '*Çocuğun en az kendisinden altı yaş büyük bir kişi tarafından cinsel doyum için zorla veya ikna edilerek kullanılması ya da başkasının bu amaçla çocuğu kullanmasına izin verilmesidir.*'³⁵

ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ'a göre: '*Bir çocuğun rızası olmaksızın veya hileyle yani iradesi fesada uğratarak rızası alınarak yahut fiziksel veya psikolojik baskıya maruz bırakılarak cinsel uyarı veya tatmin gibi amaçlar için kullanılmasıdır.*'³⁶

BAYRAKTAR'a göre: '*0-18 yaş grubundaki bir çocuğun kendisinden büyük bir yetişkin tarafından cinsel doyum için zorla veya aldatılarak (ikna edilerek) kullanılması ya da başkasının bu amaçla çocuğu kullanmasına izin verilmesidir.*'³⁷

TOPÇU' ya göre; '*Bir çocukla ondan yaşça daha büyük bir kimse arasında geçen cinsel içerikli temas ve etkileşimler olarak tanımlanabilir.*'³⁸

³² POLAT, s.46

³³ KOLBURAN, s.32

³⁴ POLAT, s.45; POLAT, (Adli Psikolojiye Giriş), s.159

³⁵ TIRAŞÇI, GÖREN, s.71.

³⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.360

³⁷ BAYRAKTAR, s.53

³⁸ TOPÇU, s.22

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, çocuğun cinsel istismarı; ‘‘Çocuğun tam olarak kavrayamadığı, gelişimsel olarak henüz hazır olmadığı, rıza gösterme veya onaylama kapasitesinde olmadığı cinsel aktiviteye zorlanması’’ şeklinde ifade edilmiştir.³⁹

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) çocuğun cinsel istismarını, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetler dışında, ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir başka ifadeyle cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaşın alt sınırında ki çocukla rızası olsa dahi cinsel faaliyette bulunmak olarak ifade etmektedir.⁴⁰

Uluslararası Çocuk İstismarı ve İhmalini Önleme Derneğinin (ISPCAN) yapmış olduğu tanıma göre cinsel istismar ‘‘rıza yaşının altındaki çocuğun yetişkin kişinin cinsel doyumuna yol açacak davranım içinde bulunması veya duruma göz yumulması ve bu davranımın herhangi bir nesne veya şiddet kullanımı, fiziksel veya genital temas içermesi, çocuk tarafından başlatılıp başlatılmaması ve kısa dönemde zararlı sonuçların ortaya çıkıp çıkmaması ile ilgilenmez’’ şeklindedir.⁴¹

Türk Tabipleri Birliği de çocuğun cinsel istismarını; ‘‘Çocuk ve erişkin arasındaki temas ve ilişki, o erişkinin veya başka birinin seksüel stimülasyonu (uyarımı) için kullanılmışsa, çocuğun cinsel istismara uğradığı kabul edilir. Cinsel istismar bir çocuğun bir başka çocuk üstünde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusuysa ya da bariz bir yaş farkı varsa da gerçekleşebilir. Bu tanımlama özellikle erişkinler tarafından çocuklar üzerinde oluşturulabilecek her türlü cinsel istismarı kapsamaktadır.’’ şeklinde ifade etmiştir.⁴²

³⁹ ÜSTÜNDAĞ, Alev, ‘‘Çocuk İhmal ve İstismarı - Cinsel İstismar (Çocuk İzlem Merkezleri)’’, https://omeriyeiho.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/63/01/748979/dosyalar/2019_04/20094846_Yocuk_Yhmal_ve_YstismarY-Cinsel_Ystismar_Uzm._Alev_YstYndaY.pdf?CHK=e722a2ad18479d6f8984a36a551b8113, Erişim Tarihi: 07.06.2021

⁴⁰ YOKUŞ SEVÜK, s.143

⁴¹ CAN, Muhammet, TIRTIL, Lale, DOKGÖZ, Halis, ‘‘Çocuk İstismarı Olgularında Hekim Sorumluluğu’’, Birinci Basamakta Adli Tıp, Editörler: Sermet Koç Muhammet Can, 2. Baskı, https://istabip.org.tr/dosyalar/adli_tip.pdf, Erişim Tarihi:10.07.2021, s.184

⁴² KAZAN, Osman Azad, SALAMZADE, Toğrul, KAYA DÖŞLÜ, Pınar, AKSUNGUR, Tuğba, ‘‘Çocuk Cinsel İstismarı’’, Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu, Editörler: Osman

Cinsel istismar, genital bölgelere elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanmak gibi eylemlerden ırza geçmeye kadar olan tüm davranışları içine alan geniş bir ifadedir.⁴³ Cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK'nın 103. maddesinde “*her türlü cinsel davranış*” ifadesi kullanılmışsa da uygulama, bedensel temas teşkil cinsel eylemlerle sınırlı kalmaktadır. Bu nedenle TCK'da ki düzenleme doğru bir düzenleme değildir.⁴⁴

Cinsel istismar teşkil eden davranışları bedensel temas içeren ve içermeyen davranışlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Bedensel temas içeren cinsel istismar davranışları: vajinal, anal veya oral yoldan cinsel ilişkiler, ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık, ensest ve fuhuştur. Bedensel temas içermeyen cinsel istismar davranışları ise sözel sarkıntılık, teşhircilik, röntgencilik, cinsel ilişkinin çocuklara izletilmesi gibi davranışlardır.⁴⁵

III. CİNSEL İSTİSMARIN BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİSİ

Bu bölümde “cinsel istismar” kavramını ile karıştırılma ihtimali olan “cinsel sömürü” kavramına değinilmiş, cinsel sömürü içerisinde yer alan “çocuk pornografisi” ve “çocuk fuhuşu” kavramları açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kavramların yanında ayrıca “ensest” ve “pedofili” kavramları da inceleme konusu yapılmıştır.

A. Cinsel Sömürü

“Cinsel istismar” ve “cinsel sömürü” kavramlarının genellikle iç içe geçmiş olmaları nedeniyle birbirine benzediği ve her iki kavramında zaman zaman birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Ancak çocukların cinsel istismarı ile cinsel yönden sömürülmesi aynı kavramlar değildir.⁴⁶

Azad Kazan, Yavuz Erdoğan, Toğrul Salamzade, Pınar Kaya Döşlü, Tuğba Aksungur, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2017, s.17

⁴³ ÖZBEK, s.119; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.361; POLAT, s.42; POLAT, (Şiddet), s.31; POLAT, (Adli Psikolojiye Giriş), s.58

⁴⁴ TURHAN, s.26

⁴⁵ ÖZBEK s.119

⁴⁶ AĞCAOĞLU, İpek, **Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021, s.56; MEMİŞ KARTAL, Pınar, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.17

Cinsel istismarda, çocuğun istismarcı tarafından cinsel arzuları tatmin amacıyla kullanılması söz konusuysen, cinsel sömürde çocuğun cinsel istismarına bir kazanç veya çıkar elde etme durumu eklenmektedir.⁴⁷ Yani çocuğa karşı cinsel sömürde bulunan kişinin amacı cinsel yönden tatmin olmaktan ziyade parasal kazanç elde etmektir.⁴⁸

Cinsel istismarda tek bir eylem yani çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi söz konusuysen, cinsel sömürde çocukların obje olarak kullanıldığı, alınıp satıldığı ve bu eyleminin genellikle süreklilik oluşturduğu görülmektedir. Öte yandan çocuk cinsel istismarının cinsel sömürü haline geldiği (örneğin, babanın yıllarca kızına tecavüz etmesi) durumlarda görülmektedir. Cinsel istismar genellikle tek bir fail tarafından gerçekleştirilmekteyken, cinsel sömürü daha çok birden fazla fail tarafından organize bir şekilde gerçekleştirilmektedir.⁴⁹

Çocuğun cinsel sömürüsünün, çocuk pornografisi ve çocuk fuhuşu olarak iki türü bulunmaktadır.⁵⁰

1. Çocuk Fuhuşu

Fuhuşta kişinin, maddi kazanç karşılığında kendi bedenini bir başkasının cinsel arzularını tatmini için kullandırması söz konusudur. Yargıtay bir kararında fuhuşu “*bir kadının çıkar karşılığı veya bir alışkanlık halinde vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu surette cinsel ilişkide bulunma sanatıdır*” şeklinde tanımlamıştır.⁵¹ Kısaca ifade etmek gerekirse fuhuş, “*para karşılığı mesleki olarak vücuduna verme, yani satma*”dır.⁵²

Çocuğun fuhuş amacıyla kullanılması, “*bir bedel karşılığında çocuğun cinsel açıdan kullanılması ve/veya kullandırılması*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu kişiler çocuklara fuhuş yaptırarak para kazanan ya da çocukla para karşılığında cinsel arzularını

⁴⁷ AĞCAOĞLU, s.56; POLAT, (Şiddet), s.177

⁴⁸ POLAT, s.103

⁴⁹ MEMİŞ KARTAL, s.17-18

⁵⁰ POLAT, s.103

⁵¹ ZAFER, Hamide, “**Fuhuş Suçu**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, Yıl:2019, s.3160-3161

⁵² DEMİRBAŞ, Timur, **Kriminoloji**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020, s.277

tatmin eden kişilerdir.⁵³ Cinsel istismarda kişinin kendi cinsel arzularını tatmin etmek için çocuğun kullanılması söz konusuysen, çocuk fuhşunda kişi bir menfaat karşılığında başkalarının cinsel arzularını tatmin etmek için çocuğun tedarik edilmesi söz konusudur.⁵⁴

2. Çocuk Pornografisi

Çocuk pornografisi, “*çocuğun gerçek veya kurgulanmış herhangi bir cinsel aktivite içerisinde gösterilmesi veya vücudunun belli yerlerinin cinsel amaçla gösterilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁵ Bir başka ifade ile “*çocuğun bir cinsel obje olarak kullanıldığı görüntüsel ve/veya sesli metaryel*”dir.⁵⁶

Çocuğun yetişkinlerle veya başka çocuklarla birlikte yer aldığı bu metaryelerde çocuk cinsel aktiviteye zorlanarak cinsel bir obje olarak kullanılmaktadır. Burada çocuk pornografisi üreten kişinin amacı söz konusu görüntüleri pazarlayarak bir ekonomik bir kazanç elde etmektir.⁵⁷

Çocukları görüntülemeyi kapsayan çocuk pornografisinde, bu görüntüler, fotoğraf, film veya video kaset şeklinde olabilmektedir. Burada cinsel doyum cinsel istismardan farklı olarak çocukla cinsel aktivitede bulunmak yerine çocukları görüntüleyen metaryeller izlenerek veya bakılarak sağlanmaktadır.⁵⁸

Çocuk pornografisinde çocuğun uygunsuz cinsel davranışlara zorlanması eylemin istismar yönünü meydana getirirken, ticari kazanç elde etme amacı ise cinsel sömürü yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle çocuk pornografisi aslında cinsel istismar ve cinsel sömürünün birbirine karıştığı çift yönlü bir sorundur.⁵⁹

⁵³ POLAT, s.249

⁵⁴ MEMİŞ KARTAL, s.37-38

⁵⁵ YILDIZ, Selvi, “**Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi**”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/66267>, Erişim Tarihi: 23.05.2022, s.182

⁵⁶ POLAT, s.258

⁵⁷ AĞCAOĞLU, s.57

⁵⁸ POLAT, s.104

⁵⁹ AĞCAOĞLU, s.58

B. Ensest (Fücur)

Ensest kavramının, toplumda “*evlenmeleri, ahlaken, hukuken ve dinen yasaklanmış (nikâh düşmeyen) yakın akraba olan kadın ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları*” anlamında kullanıldığı görülmektedir.⁶⁰ Psikoloji ve diğer bilim dallarında ise ensest, “*birbiriyle evli olmayan ve evlilikleri yasaklanmış aile üyeleri arasındaki cinsel temas*” şeklinde kullanılmaktadır.⁶¹

TMK’nın 129. maddesinde evlenmeleri yasak olan kişiler ifade edilmiştir. Buna göre; “*üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında*” evlenme engeli bulunmaktadır.

Ensestin TCK’da doğrudan doğruya suç olarak düzenlenmemiş olduğu ancak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında sayılan suçlarda ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olduğu ifade edilmiştir.⁶² Ancak ceza hukuku anlamında ensest, evlenmeleri yasak olan yetişkin kişiler arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişkiyi ifade etmektedir.⁶³ Görüleceği üzere, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan farklı olarak ensest, her iki tarafında suçun faili olduğu çok failli bir suçtur. Bir tarafın mağdur olması söz konusu değildir.⁶⁴

Ceza hukukunda, evlenmeleri yasak olan kişiler arasında rıza doğrultusunda gerçekleşen cinsel eylemler suç olarak düzenlenmemiştir.⁶⁵ Bu nedenle yetişkin kişiler arasında rızaya dayalı gerçekleştirilen ensest eylemleri suç oluşturmamakta; ensestin mağdurun rızası hilafında gerçekleştirilmesi halinde ise suç (TCK m.102/3-c)

⁶⁰ POLAT, s.175

⁶¹ GENÇ, Şura, COŞKUN, Seçil, “**Ensest**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:106, Yıl: 2013, s.216

⁶² ŞEN, Ersan, BAŞARIR Tuğçe, “**Ensest Mağdurlardan Birisi: Kadın**””, Yorumluyorum -2, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Nisan 2014, s.117

⁶³ ATAÇ, Asiye Selen, “**Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış**” <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813304>, , Erişim Tarihi: 23.05.2022, s.876

⁶⁴ SANCAR, Türkan Yalçın, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2013, s.92

⁶⁵ AYDIN, Murat, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara, Ocak 2018, s.101-102

oluşmaktadır.⁶⁶ TCK’da ensest ilişkileri suç olarak düzenlenmemiş olmasının nedeni, ensestin toplum tarafından kabul edilmeyişidir. Ensestin suç olarak düzenlenmemesine devam edildikçe ensest vakalarının önüne geçilemeyecektir.⁶⁷ Ensest fiillerin önlenmesi, caydırıcı olması, toplum ve aile düzeninin korunmasına yardımcı olması amacıyla ensestin sınırları belirli bir şekilde suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir.⁶⁸

Aile içinde gerçekleşen cinsel istismar eylemleri genellikle ensest olarak algılanmaktadır.⁶⁹ Ancak ceza hukuku anlamında ensest ilişkinin her iki tarafının da yetişkin birey olması gerekeceğinden, yetişkinin kişinin yakın aile bireyi olan bir çocuğa karşı cinsel davranışlarda bulunması ensest değildir⁷⁰ ve somut olayın niteliğine göre TCK’nın 103/3. veya TCK’nın 104/2. maddesi kapsamında suçun nitelikli halini meydana getiren bir durumdur.⁷¹ Ceza hukuku bağlamında ensestin varlığından söz edebilmek için, tarafların aralarında evlenme yasağı olan kişiler olması, davranışın cinsel ilişki niteliğinde olması ve cinsel ilişkinin karşılıklı rıza ile gerçekleştirilmesi gerektiğinden⁷² ensest ve çocuğun cinsel istismarı birbirinden ayrılmaktadır.

C. Pedofili

Pedofili, “*yetişkin bir kimsenin aynı ya da karşı cinsteki çocukları cinsel olarak çekici bulması ve onlara cinsel bir eğilim ve ilgi duyması*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷³ Günümüzde yetişkin bir kişinin çocuğu cinsel yönden istismar etmesi olarak ifade edilebilen⁷⁴ pedofilideki en temel özellik çocuğun cinsel yönden sömürülmesinin saldırganda saplantı haline gelmiş olmasıdır.⁷⁵

⁶⁶ YELDAN, Didem, **99 Soruda Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ocak 2021, s.462

⁶⁷ MEMİŞ KARTAL, s.46

⁶⁸ ŞEN, BAŞARIR, s.112

⁶⁹ AĞCAOĞLU, s.61

⁷⁰ COŞKUN, Ayşen, COŞKUN, Bülent, ÇOLAK, Başar, TANER, Fahri Gökçen, AYDIN, Murat, ACAR, Necla, AKÇO, Seda, ŞİŞMANLAR, Şahika, “**Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması İle Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri**”

<http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/04032018BASINACIKLAMASIKITAP.pdf>, Erişim Tarihi: 10.07.2021, s.16-17

⁷¹ AĞCAOĞLU, s.62

⁷² AĞCAOĞLU, s.61-62

⁷³ TOPÇU, s.46

⁷⁴ MEMİŞ KARTAL, s.39-40

⁷⁵ POLAT, s.211

Pedofili, cinsel istismar faili için kullanılan bir sıfat olmakla birlikte hukuki olmayan tıbbi bir kavramdır. Kelime anlamı olarak ‘‘çocuk seven kişi’’ anlamına gelen pedofili cinsel sapkınlık olarak nitelendirilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, pedofiliyi erişkin bireylerde kişilik ve davranış bozukluğu kategorisinde içindeki cinsel davranış bozukluğu bölümünde yer alan bir eylem olarak sınıflandırmaktadır.⁷⁶

Pedofilik bireyler genellikle içe kapanık, sosyal hayatı sınırlı, aile içinde ve dışında düzgün ilişki kuramayan kişilerdir.⁷⁷ Bu kişiler, diğer çocuk cinsel istismarcılarından farklı olarak çocuklara yönelik cinsel dürtülerinin ve bu dürtüler doğrultusunda çocuklara yaptıkları eylemlerin yanlış olduğunu düşünmemektedirler.⁷⁸

Pedofilik bireyler kurbanlarını önceden belirlerler. Kurdukları cinsel ilişki genellikle fiziki bir zorlama olmaksızın gerçekleşir ve belirli bir süre devam eder.⁷⁹ Tüm eylemlerini önceden belirlenmiş bir plan dâhilinde gerçekleştirirler ve ani davranışlarla hareket etmezler. Bu eylemler, çocuklara kendini çıplak göstermek, çocukları soymak veya çıplak çocuğu seyretmek, çocuğun nünde mastürbasyon yapmak, cinsel organla çocuğa dokunmak, oral seks veya penetrasyon şeklinde gerçekleşebilir. Ancak diğer çocuk istismarlarından farklı olarak penetrasyon daha az görülmektedir.⁸⁰ Bu kişilerin eylemlerini genellikle gizli yapmaları ve tedaviyi reddetmeleri nedeniyle pedofili olgularının sayısını net bir şekilde belirlemek mümkün olmamaktadır.⁸¹

Çocuk cinsel istismarı ve pedofili, genellikle aynı anlamlarda kullanılan kavramlar olmasına rağmen, aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Her iki davranış içeriğinde çocuklara karşı cinsel anlamda yakınlaşmayı ve ilgiyi içerse de pedofili yetişkin bir kişinin cinsel tatmin için çocukları kullanmaya eğilimli olmasıdır. Cinsel istismar ise pedofilinin yetişkinlikteki davranışsal sonuçlarıdır.⁸²

⁷⁶ MEMİŞ KARTAL, s.39

⁷⁷ ERDOĞAN, Ayten, ‘‘Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi’’ **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt:2, Sayı:2, Yıl:2010**, s.140

⁷⁸ POLAT, s.215

⁷⁹ TOPÇU, s.51

⁸⁰ POLAT, s 217-218

⁸¹ ERDOĞAN, s.136

⁸² TOPÇU, s.44

Çocuklara cinsel istismarda bulunan her birey pedofil değildir.⁸³ Pedofil eğilimler, bazı kişilerde çocukların cinsel istismarına yol açabilirken bazılarında ilgi düzeyinde kalabilir. Çocuk istismarcıları ise genellikle çocukları cinsel yönden çekici bulmayan ancak yetişkinlerle ilişkilerindeki problemler nedeniyle cinsel kısıtlanma içinde olan ve bu kısıtlanmayı çocuklara karşı cinsel eylemlerde bulunmaya çalışarak gidermeye çalışan kişilerdir. Bu nedenle çocuğun cinsel istismarı ile pedofiliyi ayrı değerlendirmek gerekmektedir.⁸⁴

Pedofili, insan yeteneğini etkileyen bir hal olarak değerlendirilmeyen bir davranış bozukluğu olmakla cezai sorumluluk açısından diğer suç faillerinden bir farkı bulunmamaktadır.⁸⁵ Ancak bu görüşün aksine, pedofilinin bir dürtü bozukluğu olduğunu, kleptomani ve piromani gibi suç unsuru taşıyan diğer dürtü kontrol bozukluğuna sahip bazı olgularda gidilen ceza indiriminin pedofilide de söz konusu olması gerektiğini savunanlarda bulunmaktadır.⁸⁶

Cinsel suçlar işlemede kendisine engel olamayan kişilere kimyasal kastrasyona tabi tutulup tutulamayacağı ülkemizde son dönemlerde tartışma konusu olmaktadır.⁸⁷ Pedofili hastalarının psikiyatrik tedaviye ihtiyacı bulunmakla birlikte kimyasal kastrasyon tedavinin olumlu sonuçlanması bakımından destekleyici bir olgudur.⁸⁸ Kişinin cinsel suça yöneliminin arkasında pedofili hastalığının olduğunun belirlenmesi halinde rızası dâhilinde kastrasyon uygulanabilir.⁸⁹ Nitekim Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismardan ve Cinsel Tacizden Korunması Sözleşmesi, kimyasal hadımın pedofilik bireyler hakkında uygulanabilir bir uygulama olarak tavsiye etmektedir.⁹⁰

⁸³ ERDOĞAN, s.136; TURHAN, s.143; TOPÇU, s.47

⁸⁴ TOPÇU, s.47

⁸⁵ MEMİŞ KARTAL, s.42

⁸⁶ EVRENSEL, Alper, ÖZŞAHİN, Aytekin, ‘‘Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü’’, Anadolu Psikiyatri Dergisi, 15(Ek Sayı:1), Yıl:2014, s.46

⁸⁷ HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku El Kitabı**, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s.322

⁸⁸ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, YAŞAR, Yusuf, ‘‘Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?’’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:14, Yıl:4, s.182

⁸⁹ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.187

⁹⁰ HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku Cilt I Özel Hükümler**, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2022, s.994

IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'DA CİNSEL İSTİSMARININ TANIMI

TCK'nın 103.maddesine göre cinsel istismar deyiminden; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

Kanun koyucu, TCK'nın 102. maddesinde, yetişkin kişilerin cinsel dokunulmazlıklarına karşı gerçekleştirilen saldırılar bakımından "cinsel saldırı" kavramını kullanılmasına karşın, aynı eylemin çocuklara karşı gerçekleştirilmesi halini suç olarak düzenleyen TCK'nın 103. maddesinde "cinsel istismar" kavramı kullanılmıştır.⁹¹ Çocuğun yaşı, deneyimsizliği, içinde bulunduğu durumu değerlendirme yeteneğinin henüz gelişmemiş olması, kendisine yönelen eylemin cinsel içerikli olduğunu anlama yeteneğinin gelişmemiş olması⁹² gibi nedenlerin yanında çocukların, yaptıkları işin mahiyetini bilmediklerinden başkaları tarafından kullanılması ve cinsel arzuları tatmin eden kişilerin, çocuk üzerindeki konumundan faydalanarak fiili gerçekleştirmeleri⁹³ kanun koyucunun "cinsel istismar" kavramını tercih etmesinin nedeni olarak ifade edilmiştir.

Mağdur çocuk kendisine yönelen eylemlerin cinsel nitelikli olduğunu fark edemeyebilir. Bu sebeple kanun koyucu, bir bakıma çocuğun iradi olarak pasif kaldığı varsayımı ile bu tür fiilleri istismar niteliğinde kabul edilmiştir.⁹⁴

TCK'nın 103. maddesinde "cinsel istismar" kavramının kullanılmış olması; çocukların cinsel suçlar karşısındaki durumunun ortaya koyulması, kavramın uluslararası

⁹¹ DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2007,s.165; TAŞTAN, Mehmet, **Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021, s.220

⁹² SAVAŞCI, Bilgehan, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.119

⁹³ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2016, s.242; AYRAL, Fatma, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu Ve Bu Suçla Mücadele**, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.3

⁹⁴ ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gereççeli - İctihatlı) Cilt:2, Özel Hükümler (Madde 76-169 - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar)**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008, s.627

terminolojiye uygun olması⁹⁵, uluslararası terimlerin iç hukukumuzda yansıtılması⁹⁶ ve suçun rızaları önem teşkil etmeyen çocuklara karşı işlenmesi⁹⁷ bakımından olumlu görülmüştür. Kanımızca cinsel istismar suçuyla korunan hukuki değerler, çocukların bedensel ve ruhsal gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle müdahaleye açık yapıları ve uluslararası terimlerin iç hukukumuzda yansıtılması bakımından ‘‘cinsel istismar’’ kavramının kullanılması daha uygun olmuştur.

V. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARIYLA İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Devletler, çocukların cinsel yönden istismar edilmelerini önlemek ve istismar mağduru çocukları korumaya yönelik düzenlemeler oluşturmak için bu eylemlerin ceza hukukunu ilgilendiren yönlerini de içinde barındıran uluslararası sözleşmeler akdetmişlerdir. Türkiye’nin de tarafı bulunduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Sözleşmesi’nde (Lanzarote Sözleşmesi) çocuğu cinsel yönden korumaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.⁹⁸ Bu sözleşmelere bakıldığında, Türk Ceza Hukuku’nda ‘‘cinsel istismar’’ kavramının, anlam ve kapsamının uluslararası hukuka nazaran oldukça dar olduğu görülecektir.⁹⁹

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 19 ve 39. maddelerinde çocukların cinsel istismarı, 34. maddesinde ise cinsel yönden sömürülmesine karşı önlemlerin alınması, ilgili devletlere görev olarak yüklenmiştir. Sözleşmeye ek olarak ‘‘Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolü’’, ‘‘Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)’’ ve

⁹⁵ SAVAŞÇI, s.119

⁹⁶ YOKUŞ SEVÜK, Handan, ‘‘5237 Sayılı TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları’’, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 4, Nisan 2005, s.281; AKKAYA, Çetin, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2018, s.166; TUĞRUL, Ahmet Ceylani, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s.249.

⁹⁷ ŞEN, BAŞARIR, s.126

⁹⁸ YOKUŞ SEVÜK, s. 141-142

⁹⁹ TURHAN, s.24

"Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme" ile devletlere benzer şekilde yükümlülükler öngörülmüştür.¹⁰⁰

Çocuk istismarını önlemeye yönelik bir diğer uluslararası sözleşme de 25.10.2007 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye’de 01.04.2012 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesidir.¹⁰¹ Çocukların cinsel gelişimlerinin korunması adına önemli bir sözleşme olma özelliği taşıyan ve taraf devletler için önemli yükümlülükler öngören bu sözleşme, çocukların korunmasına yönelik geniş kapsamlı düzenlemeler ihtiva etmektedir.¹⁰² Sözleşmenin amacının, çocukların cinsel sömürü ve istismarını engellemek, bunlarla mücadele etmek; cinsel sömürü ve istismara maruz kalan çocuk mağdurların haklarını korumak; çocukların cinsel sömürü ve istismarına karşı ulusal ve uluslararası işbirliği geliştirmek olduğu ifade edilmiştir (m.1). Sözleşme de ayrıca taraf devletlerin çocukların cinsel sömürü ve her türlü istismarını engellemek amacıyla gerekli yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir (m.4) .

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi, bugüne kadar yapılan çocukların cinsel istismarına yönelik metinler arasında en kapsamlı ve en ayrıntılı olanıdır.¹⁰³ Sözleşmede sadece çocukların cinsel istismarı (m.18) değil ayrıca çocuk fuhuşu (m.19), çocuk pornografisi (m.20, 21) çocukların cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasıtlı olarak yol açılması (m.22), çocukların cinsel amaçlı faaliyetlere katılmalarını talep edilmesi (m.23) gibi fiilleri de suç haline getirmeyi taraf devletler taahhüt etmişlerdir.¹⁰⁴ Sözleşmenin önemli özelliklerinden birisi de cinsel istismar

¹⁰⁰ ANAYASA MAHKEMESİ E.2015/43 K.2015/101 T.12.11.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 07.08.2020

¹⁰¹ Sözleşme metni için bkz. <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2021

¹⁰² KÜSKÜ, Hamza, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK md. 103/2)**, Adalet Yayınevi,1. Baskı, Ankara, 2020, s. 16

¹⁰³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, **Çocukların Cinsel İstismarı**, Özel Ceza Hukuku Cilt 2: Kişiyeye Karşı Suçlar-1, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar, Fulya Eroğlu Erman, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017,s.496

¹⁰⁴ TANER, s.286

eylemine maruz kalan çocuğu etkin bir şekilde korumak ve özel bir ilgi oluşturmak amacıyla cinsel istismarın ve cinsel sömürünün tanımı ilk kez yapılmıştır.¹⁰⁵

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinde, çocuğun cinsel istismarı kavramı TCK'nın 103. maddesine nazaran çok daha geniş bir kapsamı ifade etmektedir. Sözleşme gereğince suç oluşturması gereken bazı eylemler TCK'da suç olarak görülmemiş; müstehcenlik, fuhşa teşvik, cinsel taciz gibi suçlar da sözleşmede cinsel istismar kapsamına dâhilken TCK'da bu suçlar cinsel istismar suçu kapsamında düzenlenmemiştir. Örneğin, çocuğa pornografik görüntüler izletmek TCK'da müstehcenlik suçunu oluştururken sözleşmede bu eylem çocuğun cinsel istismarını meydana getirmektedir. Bu durum, faile uygulanacak ceza yaptırımının daha hafif kalmasına sebebiyet vermekte ve sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰⁶

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18/3. maddesinde sözleşmenin, küçük yaştaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin düzenleme amacı olmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile cinsel istismar davranışları ile çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışlar net bir şekilde birbirinden ayrılmış¹⁰⁷ ve çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin suç olarak düzenlenme zorunluluğunun olmadığı¹⁰⁸ belirtilmiştir.

¹⁰⁵ ATAÇ, Selcen, “**Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2013, s.134

¹⁰⁶ NUHOĞLU, Ayşe, “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: II, 2010/1, s.289

¹⁰⁷ TANER, s.286, TANER, Fahri Gökçen, “**Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi**” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Mayıs-Haziran 2016, s.243 (Yazara göre, bu düzenlemenin temelinde, her ne kadar rızaları hukuken geçerli olmasa da birbirini zorlamaksızın cinsel davranışlarda bulunan çocukların cezalandırılmasının fayda sağlamayacağı düşüncesi yatmaktadır. Zira burada, yargılama sürecinin çocuk üzerinde yaratacağı etkileri, cezalandırmanın sağlayacağı etkiden daha ağır basmaktadır.)

¹⁰⁸ NUHOĞLU, s.291

VI. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN TARİHSEL GÖRÜNÜMÜ

A. Genel Olarak

Genel olarak bakıldığında, devletlerin farklı ceza hukuku sistemleri belirlemiş olmalarına rağmen cinsel dokunulmazlıklara karşı suçlar daima suç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Antik dönemlerde, orta çağda ve din merkezli hukuk sistemlerinde cinsel özgürlüğüne karşı suçlar detaylıca ele alınmış ve karşılığında sert yaptırımlar öngörülmüştür.¹¹⁰

B. Roma Hukuku Dönemi

Günümüz hukukunun ve özellikle cinsel suçların temelini Roma hukuku oluşturmaktadır.¹¹¹ Günümüz hukukunda ‘‘genel adap ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar’’ başlığı altında yer alan suçların tamamına yakını Roma ceza hukukunda düzenlenmiştir.¹¹² Roma Hukuku döneminde çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar bakımından özel bir düzenleme bulunmadığından çocukların cinsel istismarı, ırza geçme suçu içerisinde değerlendirilmiştir.¹¹³

Roma Hukuku’nda zina, evli olmayan kadınla cinsel ilişki, kocanın eşiyle zina ederken yakaladığı kişiyi bırakması, zina nedeniyle mahkûm bir kadınla evlenme ve enest eylemleri suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Cinsel suçlarda cezalandırma yetkisi aile reisi babaya bırakılmıştır. Irza geçme suçunda, cinsel içgüdü değil de cebrin kullanılması cezalandırılmış ve suç mağdurunun hem kadın hem de erkek olabileceği kabul edilmiştir.¹¹⁴

¹⁰⁹ UÇAN, Bünyamin, **Çocukların Cinsel İstismarı**, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019, s.6

¹¹⁰ KILIÇ, Abbas, ‘‘**Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu**’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:78, 2008, s.173

¹¹¹ CAN, Cahit, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Mart 2012, s.318

¹¹² CAN, s.360

¹¹³ ŞARMAN, Ceren, **Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2012, s.4

¹¹⁴ KILIÇ, s.173-174

Roma hukukunda 8. yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlarda cezalandırma yetkisi aile reisi olan babaya ve Censörlara tanınmıştır. Zamanla ahlaka karşı eylemleri yaptırım altına alan “Lex Julia de Adulteriis” adlı kanun hazırlanmış ve bu kanuna göre cezalandırılma yoluna gidilmiştir. Cumhuriyet döneminde bir kadına rızası dışında cebren cinsel ilişkide bulunmak şeklinde ifade edilen ırza geçme, suç kabul edilmiş¹¹⁵ ve yaptırım olarak mağdurun özgür veya köle olduğuna bakılmaksızın, ölüm cezası öngörülmüştür. Iustinianus zamanında ise evli kadına tecavüz eden kişiye savunma hakkı tanınmaksızın ölüm cezası verilmiştir.¹¹⁶ İmparatorluk döneminde de ırza geçme suç olarak düzenlenmiş ve niteliği itibariyle özgürlüğe karşı yapılan bir saldırı olarak görülmüştür. Mağdurun özgür veya köle olması ayrımı yapılmamış, faile yaptırım olarak ölüm cezası öngörülmüş ve bunun yanında malvarlığının 1/3’ünün müsadere edilmiştir. Roma hukukunun son dönemlerinde ise kendi vesayeti altına bırakılmış olan kimsenin ırzına geçenleri cezalandıran hükümler düzenlenmiştir.¹¹⁷

C. Ortaçağ Dönemi

Ortaçağ hukukunda, bireysel ahlaklaşmayı sağlamak ve genel ahlakı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç kapsamında görülmüş; ceza kanunları dinsel bir eser mahiyetine bürünmüştür. Suç ile günah arasında kesin bir sınır koyulmamış ve her türlü gayri meşru cinsel ilişkinin cezalandırılması hedeflenmiştir.¹¹⁸ Ortaçağ döneminde çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda çocuk ayrımı yapılmamıştır.¹¹⁹

Ortaçağ Avrupası’nda ırza geçme suçu, adam öldürme ve vatana ihanet suçları ile aynı seviyede görülmüş ve yaptırım olarak ölüm cezası uygulanmıştır.¹²⁰

¹¹⁵ DÜLGER, İbrahim, “**Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi**”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 6, Yıl: 2000, s.82-83

¹¹⁶ KONAN, Belkıs, “**Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu**”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Cilt:7, Sayı:29, Yıl:2011, s.151

¹¹⁷ DÜLGER, s.83-84

¹¹⁸ KILIÇ, s.174

¹¹⁹ ŞARMAN, s.5

¹²⁰ KONAN, s.151

D. Germen Hukuku Dönemi

Germen Hukukunda ırza geçme suçunu cezalandırmanın temelini evlilik kurumunu korumak oluşturmuştur. İrza geçmenin suç olarak görülebilmesi için ırza geçme eyleminin namuslu kadınlara karşı işlenmesi gerekmekte, suç mağdurunun fuhuşu meslek edinen bir kişi olması halinde ise fail cezalandırılmamaktaydı.¹²¹

Charles Quint'in 1532 yılında yaptırdığı Carolina'da fücür, sodomi, kaçırma, ırza tecavüz, zina, çok evlilik ve fuhuş suç olarak düzenlenmiştir.¹²² Aynı kanunda evli, dul veya bir kızla cebren cinsel ilişkiye girilmesi halinde yaptırım olarak ölüm cezası öngörülmüştür.¹²³

Cermen Hukuku'nda ırza geçme suçu mağduru çocuklar bakımından yaş ayrımı yapılmıştır. Yedi yaşından küçükler için suç cebirle işlenmiş kabul edilirken yedi-oniki yaş aralığındaki çocuklar bakımından cebir karine olarak görülmüştür.¹²⁴

E. İslam Hukuku Dönemi

İslam hukukunda cinsel suçlar içerisinde ilk akla gelen zinadır. Zina, ‘‘ *Tam ehliyetli bir erkek ve ilişkiye müsait bir kadının, aralarında nikâh, nikâh şüphesi veya mülkiyet bağı olmadan, kendi arzularıyla taraflardan birinin zorlaması olmadan cinsi ilişkiye girmeleri*’’ şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁵

Zina, evli olanların evlilik dışı cinsel ilişkileri ile bekâr veya dul olanların geçerli bir nikâh olmaksızın yaşamış oldukları cinsel ilişkiyi kapsamaktadır. Günümüzden farklı olarak zina suçunun oluşabilmesi için faillerin evli olması şart değildir.¹²⁶ Günümüzde ise zinadan anlaşılacak evli kişilerin eşi dışında başka birisi ile cinsel ilişkiye girmesidir.¹²⁷ Evlilik birliği

¹²¹ DÜLGER, s.85

¹²² ŞARMAN, s.5

¹²³ DÜLGER, s.85

¹²⁴ ŞARMAN, s.5

¹²⁵ DEMİR, Abdullah, *Mufassal Türk Hukuk Tarihi*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s.227

¹²⁶ AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku -2- Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2018, s.233-234

¹²⁷ MEMİŞ KARTAL, s.68

içerisinde mağdur eşin rızası dışında gerçekleşen cinsel eylemler herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır.¹²⁸

İslam Hukukunda ‘ırza geçme’ suçu ayrı bir suç olarak değerlendirilememiş ve had cezası ile cezalandırılan zina suçu içerisinde yer almaktadır,¹²⁹ Günümüz zina kavramından farklı olarak rızaya dayalı olan veya olmayan her türlü gayri meşru ilişki zina suçu ile birlikte değerlendirilmiştir.¹³⁰

Zina suçundan ceza verilebilmesi için zina fiilinin ikrah altında gerçekleştirilmemesi gerekmektedir.¹³¹ Zorla zina edilen kadın, mağdur konumunda olduğundan kadın hakkında had cezası uygulanmamaktadır.¹³² Kadının zina fiiline zorlanması zinayı tecavüz boyutuna ulaştırmaktadır.¹³³ Zina çok failli bir suçken ırza geçme tek failli bir suçtur.¹³⁴

Zina, dolayısıyla ırza geçme suçu, herhangi bir şikâyete tabi olmaksızın resen kovuşturulmaktadır.¹³⁵ Zina suçunun cezasını had cezasıdır. Bu had cezalarını ise celde (sopa cezası), sürgün cezası ve taşlayarak öldürme (recm) oluşturmaktadır.¹³⁶ İslam hukukunda zina suçu bakımından evli suçlu ile bekâr suçlu birbirinden ayrı tutulmuş ve evlinin cezası ağırlaştırılmıştır.¹³⁷ Fail bekârsa, celde (sopa cezası) ve sürgün; evli ise sopa ile birlikte recm cezası (taşlama) verilmektedir.¹³⁸ Ensest ilişkinin yaptırımını ise idam cezasıdır.¹³⁹ Tecavüz suçu, zina suçu içinde değerlendirildiği için zina neticesinde öngörülen cezalar ırza geçme suçu bakımından da uygulanabilecektir.¹⁴⁰

¹²⁸ KÜSKÜ, s.21

¹²⁹ KONAN, s.152

¹³⁰ DÜLGER, s.87

¹³¹ DEMİR, s.227

¹³² YILMAZ, Mahmut, **Kadim Medeniyetlerde ve İslam Hukukunda Cezalar**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.125

¹³³ KONAN, s.152

¹³⁴ AVCI, s.264

¹³⁵ AVCI, s.277

¹³⁶ DÜLGER, s.88

¹³⁷ CAN, s.133

¹³⁸ YILMAZ, s.133; Can, s.133

¹³⁹ AVCI, s.234

¹⁴⁰ KONAN, s.155

Zina suçunun oluşabilmesi için duhul şarttır. Duhul olmaksızın gerçekleştirilen cinsel tatmin eylemlerinden dolayı zinadan ceza verilememektedir. Duhulün gerçekleşmesi içinse erkek cinsel organının azda olsa kadının cinsel organına girmesi yeterlidir. Ayrıca duhul neticesinde boşalmanın gerçekleşmesi gerekmez.¹⁴¹ Dolayısıyla duhul olmaksızın gerçekleştirilen eylemlerde had cezası verilmemektedir.¹⁴²

İslam hukukunda, çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar bakımından ayrı bir suç düzenlenmediği için çocukların cinsel istismarı zina suçu kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁴³ Bu nedenle çocuklar dâhil, cebren ilişki kurulan herkes tecavüz suçunun mağduru olabilmektedir.¹⁴⁴ Rızaya dayalı gerçekleşen eylemlerde fail ve mağdur çocuğun farklı cinsiyetten olmaları halinde eylem had cezasını gerektirecektir. Tarafların aynı cinsiyetten olmaları halinde ise eylemin yaptırımını tazir suçudur.¹⁴⁵

İslam hukukunda çocukların cinsel istismarı topluma karşı bir suç olarak görülmektedir. Bunun sebebi bu suçun aile yaşamına ve topluma zarar vererek nesillerin bozulmasına sebebiyet olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁴⁶ Yetişkin bir erkeğin küçük bir kız çocuğuyla cinsel ilişkide bulunması durumunda, çocuğun eylemin kötülüğünü idrak etme kabiliyeti gelişmemiş olduğundan eylem ırza geçme olarak kabul edilmekte¹⁴⁷ ve faile had cezası verilmektedir.¹⁴⁸

Zina suçundan ceza verilebilmesi için zina eden kişinin akıllı ve ergenliğe ulaşmış olması gerekmektedir.¹⁴⁹ Küçük çocuklar kendi rızalarıyla bile olsa cinsel temasta bulunsalar bile, isnat yetenekleri bulunmadığından ceza verilmez.¹⁵⁰

¹⁴¹ DÜLGER, s.88

¹⁴² AVCI, s.249

¹⁴³ KAYA, Funda, **Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2016, s.38

¹⁴⁴ KONAN, s.154

¹⁴⁵ KÜSKÜ, s.21

¹⁴⁶ MEMİŞ KARTAL s.69; AVCI, s.251

¹⁴⁷ DÜLGER, s.88

¹⁴⁸ MEMİŞ KARTAL, s.69; AVCI, s.251

¹⁴⁹ DEMİR, s.227

¹⁵⁰ AVCI, s.251

Çocuklara karşı cinsel birleşme dışında gerçekleştirilen cinsel temas suç oluşturmakla birlikte zina kapsamında sayılmadığından cezası had cezası değil de ta'zir cezasını gerektirmektedir. Devlet başkanı veya devletin yetkili kıldığı hâkim ta'zir cezasını mağdur çocuğun uğradığı bedensel ve zihinsel zararın boyutunu da göz önüne alarak belirlemektedir.¹⁵¹

F. Osmanlı Hukuku Dönemi

Osmanlı Hukuku'nda ırza geçme suçu Tanzimat dönemi öncesinde İslam Hukuku kuralları gereğince zina kapsamında cezalandırılırken zaman zaman Padişah kanunnameleri ile bu kapsam dışında cezalandırılma yoluna gidildiği de görülmektedir. Tanzimat dönemi sonrasında ise 1858 tarihli Ceza kanunnamesine göre yaptırım olarak kürek veya hapis şeklinde cezalar verilmiştir.¹⁵²

Osmanlı hukukunda Kanuni Kanunnamesinde söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları düzenlenmiştir. Irza geçme suçu ise Türk hukukunda ilk kez 1858 tarihli Ceza kanunnamesinde düzenlenmiştir.¹⁵³

VII. 765 SAYILI ESKİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN KARŞILIĞI

765 Sayılı ETCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, genel adap ve aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁵⁴ 5237 sayılı TCK'da ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁵⁵ Bu değişimin temelinde, kişilerin cinsel yaşamlarını özgür

¹⁵¹ KÖSE, Üzeyir, "İslâm Ceza Hukuku Açısından Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar", Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:16, Aralık 2018, s.325

¹⁵² KONAN, s.149

¹⁵³ YOKUŞ SEVÜK, Handan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, Yıl: 2005, s.245

¹⁵⁴ CENTEL, Nur, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, Mart-Nisan 2012, s.270

¹⁵⁵ PARLAR, Ali, BANKO Meltem, 6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2014, s.2 (Kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'da cinsel suçları "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde düzenleyerek bireylerin vücut ve cinsel dokunulmazlıklarını daha etkin şekilde korumayı amaçlamıştır)

olarak devam ettirebilmeleri ve cinsel yaşamlarına serbestçe karar verebilmeleri şeklinde ki anlayışın hâkim olması görülmüştür.¹⁵⁶

Kanun koyuncunun, yasalarda kullandığı kavramlar suçla korunan hukuki değer hakkında bilgi vermektedir.¹⁵⁷ 765 sayılı ETCK’da cinsel suçlar, genel adap ve aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden; korunan hukuki değer aile ve genel ahlak olduğu kabul edilmişti.¹⁵⁸ Bu durum, gerçek mağdurların görmeden gelinmesine ve asıl mağdurun, aile veya toplum olarak görülmesine neden olmuştur.¹⁵⁹

765 sayılı ETCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; ırza geçme, ırza ve namusa tasaddi, reşit olmayan onbeş yaşını bitirmiş küçüklerle rızaen cinsi münasebet, söz atma-sarkıntılık ve evlenme vaadiyle kızlık bozma suçları şeklinde düzenlenmiştir.¹⁶⁰

5237 sayılı TCK ile birlikte, 765 sayılı ETCK’dan farklı olarak ‘ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık kavramları’ yerine ‘cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz’ gibi yeni kavramlar getirilmiştir.¹⁶¹ Ancak 5237 sayılı TCK’da 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklikle ‘sarkıntılık’ kavramı tekrar kullanılmaya başlanmıştır.¹⁶²

5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçu 765 sayılı TCK’da düzenlenen sarkıntılık, ırza tasaddi ve ırza geçme suçlarının (m.414, 415, 416/1-2,

¹⁵⁶ MEMİŞ KARTAL, s.122

¹⁵⁷ CENTEL, s.271

¹⁵⁸ AKÇİN, İhsan, ‘‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’, Yargıtay Dergisi, Cilt 32, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2006, s.100; AYDIN, Murat, ‘‘Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı’’, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:40, Yıl:2009, s.72; AYDIN, s.23; NİŞANCI, Doğukan, ‘‘6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:120, Ağustos 2015, s.213; DOĞAN, Gökçen, ‘‘Cinsel Saldırı Suçu’’, Suç ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:2, Mart 2015, s.93; KANTARCI, Nurullah, ‘‘Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:33, s.152; KILIÇ, s.183; HOROZGİL, s.113; AKKAYA, s.167; TUĞRUL, s.251

¹⁵⁹ DOĞAN, s.93

¹⁶⁰ ŞİMŞEK, Alaattin, ‘‘Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, s.321.

¹⁶¹ PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu-2. Cilt**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Nisan 2008, s.1602; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.278; YOKUŞ, SEVÜK, s. 103; PARLAR, BANKO, s.2; DONAY, s.160-161; SANCAR, s.195

¹⁶² KURT, Bülent, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, Adalet Yayınevi, 1 Baskı, Ankara, 2020, s.23

421/2c)¹⁶³ ve bir kısım ağırlaştırıcı nedenlerin (m. 417, 418)¹⁶⁴ karşılığını oluşturmaktadır.¹⁶⁵ Çocukların cinsel istismarı suçu, 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı ETCK'dan farklı olarak ayrı bir şekilde, tek bir maddede ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁶⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ırza geçme fiilini "*iki kişi arasındaki bir cima fiili olarak ve aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması*" şeklinde tanımlamıştır.¹⁶⁷ 765 sayılı ETCK döneminde, ırza geçme suçunun oluşabilmesi için failin cinsel organını mağdur vücuduna menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen

¹⁶³ **Madde 414:** Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.

Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.

Madde 415: Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür.

Madde 416: On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür.

Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 421: Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür. (<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>)

¹⁶⁴ **Madde 417:** Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.

Madde 418: Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.

Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolünür.

(<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>)

¹⁶⁵ YELDAN, s.211; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.216; BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Adalet Yaymevi, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2019,s.336, ÖZBEK, KANBUR, s.630

¹⁶⁶ KURT, s.293

¹⁶⁷ YARGITAY CGK. E.2003/5-21 K.2003/19 T.04.03.2003

sokması gerektiğinden fail zorunlu olarak erkek olabilmekte,¹⁶⁸ kadınlarsa anatomik yapıları gereğince suçun faili olamamaktaydı.¹⁶⁹ 5237 sayılı TCK'da cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etme, vücuda organ veya sair bir cisim sokma esas alındığından fail, erkek veya kadın olabilecektir.¹⁷⁰

765 sayılı ETCK'da ırza geçme suçunu sadece normal veya anormal yoldan cinsel ilişki yani cinsel organı sokma eylemi oluşturmaktaydı.¹⁷¹ Cinsel organın mağdurun ağzına sokulması veya cinsel organ dışında bir organ veya sair bir cismin mağdurun vajina veya anüsüne sokulması ırza tasaddi suçunu meydana getirmekteydi.¹⁷² Yargıtay, cinsel organ dışında başka bir organ veya cismin, cinsel organa sokulmasını ırza tasaddi olarak kabul etmekteydi.¹⁷³ 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı/istimrar suçunun nitelikli hali "vücuda organ veya sair cisim sokmak" şeklinde düzenlenerek fiil yalnızca cinsel ilişkiyle sınırlı tutulmamıştır. Mağdurun vajinal, anal veya oral bölgesine, cinsel veya başka bir organ ya da sair bir cismin sokulması durumunda nitelikli cinsel saldırı/istismar suçu meydana gelmektedir.¹⁷⁴ Böylece cinsel saldırı/istismar kavramının kapsamı genişletilmiş, 765 sayılı ETCK döneminde ırza tasaddi suçu kapsamında değerlendirilen vücuda cinsel organ dışında başka bir organın sokulması veya sair bir cismin sokulması halinde de bu suçların oluşabileceği kabul edilmiştir.¹⁷⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ırz ve namusa tasaddi fiilini "*cinsel ilişki derecesine varmayan, mutlaka mağdurla bedeni teması gerektiren ve devamlılık gösteren şehvi hareketler*" şeklinde tanımlamaktadır.¹⁷⁶ 765 sayılı ETCK'da düzenlenen ırza tasaddi

¹⁶⁸ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, , Ankara, Mayıs 2020, s.232-233; CENTEL, s.272; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.501; KÜSKÜ, s.30

¹⁶⁹ ÇALIŞKAN, Suat, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 86- 87; BAYTEMİR, s. 424

¹⁷⁰ CENTEL, s.272

¹⁷¹ KAFES, Veli, "Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014, s.65 (Dipnot)

¹⁷² APAYDIN, Necati, "TCK Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu –İkinci Kitap- Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Birinci Baskı: Eylül 2004, s.148-149

¹⁷³ KAFES, s.65 (Dipnot); YARGITAY CGK. E.2017/110 K.2018/557 T.22.11.2018

¹⁷⁴ CENTEL, ZAFER, s.240

¹⁷⁵ TANER, s.163

¹⁷⁶ YARGITAY CGK. E.2003/5-21 K.2003/19 T.04.03.2003

suçunun karşılığını 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı/istismar suçlarının basit hali meydana getirmektedir.¹⁷⁷ Irza geçme suçundan farklı olarak ırza tasaddi suçunda failin erkek olması zorunlu değildir.¹⁷⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sarkıntılık fiilini, *'belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlar'* şeklinde tanımlamıştır. Sarkıntılık suçunun oluşabilmesi için fail ile mağdurenin vücutlarının temas etmesi şart değildir. Bu bağlamda, ıslık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu meydana getirmektedir.¹⁷⁹

765 sayılı ETCK'da sarkıntılık kapsamında kabul edilen hareketlerin vücut teması şeklinde olanları 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı/istismar suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmişken, vücut teması şeklinde olmayanları (söz, yazı vb.) ise cinsel taciz suçunu meydana getirmektedir.¹⁸⁰ Bu bakımdan, 765 sayılı ETCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da sarkıntılık suçunun oluşabilmesi için bedensel temasın varlığı zorunludur.¹⁸¹

765 sayılı ETCK'da temas içeren sarkıntılık ile ırza tasaddi suçlarının ortak özelliğini bedense temas oluşturmaktaydı. Bedensel temasın ani ve kesik olması halinde sarkıntılık suçu, fiilin devamlılık oluşturması halinde ise ırza tasaddi suçu meydana gelmekteydi.¹⁸²

¹⁷⁷ MEMİŞ KARTAL, s.116

¹⁷⁸ ÇALIŞKAN, s.87.

¹⁷⁹ YARGITAY CGK. E.1990/343 K.1990/361 T.24.12.1990

¹⁸⁰ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2014, s.3628, 3709

¹⁸¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.521

¹⁸² ŞİMŞEK, Alaattin, *'Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık'*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, s.322-323

765 sayılı ETCK'da ırza geçme ve tasaddi suçunda fail ve mağdurun evlenmesi cezasızlık nedeni kabul edilmişti (m.434)¹⁸³. Fail ve mağdurun evlenmesi, kamu davasının düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktaydı.¹⁸⁴ Çok eleştirilen ve uygulamada önemli sakıncalar meydana getiren bu hükme 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir.¹⁸⁵ İstismar mağduru çocuğun toplum tarafından dışlanmaması ve korunması için düzenlenmiş olan, bir çeşit af niteliği taşıyan, çocuğu kendisini cinsel yönden istismar eden fail ile evlenmek durumunda bırakan¹⁸⁶ ve bir nevi faili ödüllendirici bir etkiye sahip olan hükmün¹⁸⁷ 5237 sayılı TCK'da yer almaması yerinde olmuştur. Mevcut düzenleme uyarınca, fail ve mağdurun eylemden sonra evlenmeleri ceza hukuku açısından bir değer ifade etmeyecek,¹⁸⁸ kovuşturmayaya ya da ceza tayin edilmesine bir engel oluşturmayacaktır.¹⁸⁹

VIII. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇU

A. Genel Olarak

Çocukların cinsel dokunulmazlığını korumak ve cinsel gelişimlerini sağlıklı bir şekilde tamamlamalarını sağlamak amacıyla çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar

¹⁸³ **Madde 434:** Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. (Bu fıkra Anayasa Mah. 2001/478 E, 2004/38 K. ve 25/3/2004 tarihli kararı ile TCK 430 maddesinin ikinci fıkrası yönünden iptal edilmiştir.)

Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmış hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416'ncı maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkûm hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.

(<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>)

¹⁸⁴ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, Eylül 2020, s.447

¹⁸⁵ AKYÜZ, Emine, **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması**, Pegem Akademi, 7. Baskı, Ankara, Kasım 2020, s.521 (Dipnot)

¹⁸⁶ ERDOĞAN, Arif, KOCAPINAR, Halime, ÖZER, Seda, **Cinsel İstismar Suçunda Fail İle Mağdurun Çocuk Olması**,

https://www.academia.edu/25123149/Cinsel_%C4%B0stismar_Su%C3%A7unda_Fail_ile_Ma%C4%9Fdurun_%C3%87ocuk_Olmas%C4%B1, Erişim Tarihi: 06.06.2021, s.2

¹⁸⁷ MEMİŞ KARTAL, s.120

¹⁸⁸ PAKIR, Yusuf, **Cinsel Saldırı Suçu**, 1. Bakı, Adalet Yayınevi, Temmuz 2018, s.1

¹⁸⁹ BAYTEMİR, s.419-420

eylemleri 5237 sayılı TCK'nın 103. çocukların cinsel istismarı suçu olarak düzenlenmiş,¹⁹⁰ 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı kanun ve 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı kanun değişikliği sonrası bugünkü şeklini almıştır.

Kanun koyucu çocukları daha etkin şekilde koruyabilmek, erken cinsel deneyimden uzak tutmak ve çocukların sağlıklı cinsel gelişmelerini sağlamak amacıyla cinsel istismar suçunu cinsel saldırı suçundan bağımsız bir şekilde düzenlemiştir.¹⁹¹ Bu durumun diğer bir sebebini de mağdur rızasının, yetişkinlerde geçerliken çocuklar bakımından önem taşımamasına dayandırmakta mümkündür.¹⁹²

Cinsel istismar eylemine maruz kalan çocukların, yetişkinlere göre daha korunmasız olması, failin cinsel istismar eylemini gerçekleştirirken büyük bir engelle karşılaşmaması ve cinsel istismar fiilinin çocuklar üzerindeki etkilerinin ağırlığı gözetilerek çocukların cinsel istismarı suçunda, cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır ve sert yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁹³ İşlenen suçun mağdur üzerindeki etkisinin yetişkinlere nazaran çok daha ağır ve yıkıcı olacağı bir gerçektir.¹⁹⁴ Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar vakaların oldukça fazla olması, bu vakaların genelde gizli kalması, suç mağdurunun çocuk olması gibi durumlar göz önüne alındığında TCK'da cinsel istismar suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olması önem teşkil etmektedir.

TCK'nın 103. maddesinde "cinsel saldırı" kavramı yerine "cinsel istismar" kavramının kullanılmasının sebebi, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların, cinsel özgürlükleri bakımından yetişkinlere nazaran daha fazla korunmaya ihtiyaç duymalarından kaynaklanmaktadır.¹⁹⁵ Kanun koyucu hükümde "cinsel istismar" kavramına yer vererek, çocukların cinsel özgürlüğünü daha özel ve geniş şekilde korumak istemiş ve kendilerini koruma imkânlarının yetişkinlere göre daha az olduğuna

¹⁹⁰ ÜNLÜ, Ozan Yücel, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Aralık 2017, s.75

¹⁹¹ İŞTEN, İnanç, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", Uluslararası Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:9, Haziran 2017, s.140; ÜZÜLMEZ, İlhan "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl: 2009, s.41

¹⁹² ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt: 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.395

¹⁹³ TAŞTAN, s.220

¹⁹⁴ SAVAŞCI, s.119

¹⁹⁵ ŞEN, s.395

dikkat çekmek istemiştir.¹⁹⁶ Çocukların korunması gereken yüksek menfaatleri ve suç mağdurunun çocuk olması göz önüne alındığında bu suçun cinsel istismar olarak nitelendirilmesi terminolojik olarak isabetli görülmüştür.¹⁹⁷

TCK'nın 103/1. maddesinde basit cinsel istismar suçu, 103/1-c.2' de sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçu, TCK'nın 103/2. maddesinde nitelikli cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. ve 4. fıkralarında cezanın arttırılmasını öngören nitelikli halleri, 5. ve 6. fıkralarında ise suçun netice sebebiyle ağırlaşan halleri hüküm altına alınmıştır.

Cinsel istismarı suçu, failin suç teşkil eden fiiline bağlı olarak üç şekilde bir görünüm oluşturmaktadır. Failin süreklilik oluşturmayan, ani nitelikteki ancak bedensel temas içeren cinsel davranışları sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunu; süreklilik arz eden ve bedensel temas içeren cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu basit halini; organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirdiği eylem ise cinsel istismar suçunun nitelikli halini meydana getirmektedir.¹⁹⁸

B. 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel İstismar Suçu Bakımından Getirilen Yenilikler

6545 sayılı kanununun 59. maddesiyle yapılan değişiklikle, TCK'nın 103. maddesinde cezalar genel olarak artırılmış, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak eklenmiş, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçu failinin çocuk olması halinde suç takibinin yapılması şikâyete bağlı kılınmıştır. TCK'nın 103/3 fıkrasında düzenlenen ve cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haller yeniden düzenlenerek yeni nitelikli haller eklenmiştir. TCK'nın 103/4. fıkrasına, suçun, TCK'nın 103/1-b bendi kapsamındaki çocuklara karşı silah kullanılarak işlenmesi hali cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak eklenmiştir. Cinsel istismar suçu neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması şeklinde ki netice sebebiyle ağırlaşan hali madde metninden çıkartılmıştır.¹⁹⁹

¹⁹⁶ ŞEN, s. 395; AYRAL, s.4

¹⁹⁷ KÜSKÜ, s.16

¹⁹⁸ KÜSKÜ, s.17

¹⁹⁹ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2019, s.353

765 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan sarkıntılık 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde kaldırılmış ancak 6545 sayılı yasanın 59.maddesi ile yapılan değişiklikle TCK'ya tekrar eklenmiştir.²⁰⁰

6545 sayılı kanun değişikliği ile çocukların cinsel istismarı suçunda öngörülen cezaların artırımı yoluna gidilmiş, sadece sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunda öngörülen ceza miktarında değişiklik yapılmamıştır.²⁰¹ 6545 sayılı kanun değişikliğinin gerekçesinde, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşan halin kaldırılması nedeniyle maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırıldığı, bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlandığı ifade edilmiştir.²⁰² Eylemi, sarkıntılık kapsamında kalanlar açısından yeni kanun lehe olduğu açıktır. Eylemi, suçun basit hali kapsamında kalanlar bakımından da lehe durum oluşabilir. Zira değişiklik öncesinde suçun basit halini işleyen ve bu suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına sebebiyet failin alacağı ceza miktarı 6545 sayılı değişiklikle birlikte mağdurun beden veya ruh

²⁰⁰ KURT, s.29.

²⁰¹ ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum-7**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı Ankara, Eylül 2014, s.25-26, ARSLANTÜRK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Mayıs 2019, s. 212; (YOKUŞ SEVÜK, Handan, **'6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi'**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl:2015, s.122-123 (6545 sayılı kanun değişikliği ile birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cezaların artırılmış olması, cezanın önleme işlevinin etkin hale gelmesine ve toplumun adalete olan güveninin artmasında etkili olabilir. Ancak 5237 sayılı TCK'da 765 yılı ETCK'ya nazaran cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cezalar artırılmış ise de bu suçların işlenmesinde bir azalma meydana gelmemiş hatta daha artmıştır. Dolayısıyla cezaların artırılmış olmasının caydırıcı etkisi tartışmalıdır. Özellikle son yıllarda cinsel suçlardaki artış, toplumun bu suçlar karşısında gösterdiği tepki ve oluşan infial, kanun koyucuyu cezanın caydırıcılığı niteliğinden yararlanılmak amacıyla cinsel suçlarda cezaların artırılmasına yöneltmiş olsa da sadece suç karşılığında öngörülen cezai yaptırımların ağırlaştırılmasıyla bu suçlarla mücadele sağlanamayacağı bir gerçektir.); KOCA, ÜZÜLMEZ, s.320 (6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde cinsel istismar suçu bakımından öngörülen cezaların alt ve üst sınırı arasındaki genişlik, hâkime somut olayın özelliğine göre cezanın belirlenmesi noktasında imkân tanıyordu. Fakat yargı kültürümüzde hâkimlerin genellikle alt sınırdan ceza tayin etmesi şeklinde ki uygulamaları fiilin ağırlığına göre ceza verilmesini engellemekteydi. Kanun koyucu hem uygulamadaki bu sorunu gidermek hem de son yıllarda çocuklara karşı işlenen, onların ölümüyle sonuçlanan, kamuoyunun tepki ve infial uyandıran olayların tekrarlanmasının önüne geçebilmek adına bu düzenlemeyi yapmıştır. Ancak her suçta olduğu gibi cinsel suçların cezasını artırmak bu suçların işlenmesinin önüne geçilmesinde tek başına yeterli değildir. Bu suçların faillerini ve suçu işleme nedenleri araştırılmalıdır. Bu araştırmalar yapılmaksızın yapılan yasal düzenlemeler beklenen amaca ulaşmayı sağlamayacak ve uzun ömürlü olmayacaktır.)

²⁰² 6545 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesi için bkz.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>, Erişim Tarihi: 23.10.2020

sağlığının bozulması şeklinde ki netice sebebiyle ağırlaşan halin madde metninden çıkartılmış olması nedeniyle fail açısından daha lehe olabilir. Bu nedenle değişiklik gerekçesinde yer alan “lehe sonuç doğurmaması” ifadesi hukuken ve mantıken hatalıdır.²⁰³

C. 6763 Sayılı Kanun İle Cinsel İstismar Suçu Bakımından Getirilen Yenilikler

6545 sayılı Kanun’un 59. maddesi ile birlikte 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişiklik sonrası Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 Tarih ve 2015/26 E. 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E. 2016/46 K. Sayılı iptal kararlarının ardından 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile TCK’nın 103. maddesinde değişikliğe gidilmiştir.²⁰⁴

Anayasa Mahkemesi ilk olarak 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E. 2015/100 K. sayılı iptal kararı²⁰⁵ ile TCK’nın 103/2. fıkrasını Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ikinci olarak 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E. 2016/46 K.²⁰⁶ sayılı iptal kararı TCK’nın 103/1-a bendinde yer alan “tamamlamamış” sözcüğü yönünden TCK’nın 103/1. fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerini Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bularak iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, her iki iptal kararında da mağdurun yaşına göre kademeli bir şekilde ceza sisteminin öngörülmesinin, failin yaşının ceza indirimine konu edilmesinin ve fiilden sonra mağdur ile failin evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasının gerekliliğine yönelik düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak iptal kararı sonrası 6763 sayılı kanun değişikliği ile mağdurun oniki yaşından küçük olması halinde verilecek olan cezanın alt sınırı artırılmıştır. Görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesinde yer alan hususlardan sadece fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlenmesine farklı ceza öngörülmesi gerektiğine ilişkin bölümünü kısmen karşılamıştır.²⁰⁷

²⁰³ TANER, s. 281- 282

²⁰⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.354-355

²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi E.2015/26 K.2015/100 T.12.11.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi 07.08.2020

²⁰⁶ Anayasa Mahkemesi E.2015/108 K.2016/46 T.26.5.2016, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi 07.08.2020

²⁰⁷ İŞTEN, s.156-158.

IX. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU İLE DİĞER CİNSEL SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Karşılaştırma

Cinsel saldırı suçu TCK'nın 102. maddesinde²⁰⁸ düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu kanunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Her iki suçunun düzenleniş biçimleri göz önüne alındığında birbiri ile paralel düzenlenmiş suçlar olduğu görülmektedir.²⁰⁹ Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu, mağdurun yaşı bakımından birbirinden ayrılmaktadır.²¹⁰ Cinsel istismar suçunun mağduru, onsekiz yaşından küçüklerken cinsel saldırı suçunun mağduru onsekiz yaşını doldurmuş kişilerdir.²¹¹

²⁰⁸ 5237 sayılı TCK "Madde 102"- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 md.)

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) 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,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

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

²⁰⁹ KÜSKÜ, s.25

²¹⁰ ARTUK, Mehmet Emin, ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Sarkıntılık Fiili" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, Yıl:2016, s.3243; ARTUÇ, Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Temmuz 2019, s.584; TANER, s.84-85; TAŞTAN, s.329

²¹¹ KORKUSUZ, Gülşah, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK md.102)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı:1, Yıl:2013, s.825; TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2013, s.58; SÖZÜER, Adem, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/adalet_ao/cezahoh.pdf, Erişim Tarihi: 02/07/2020, s.247; TANER, s.85

Cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan hali ve basit halinde suç takibi şikâyete bağlıdır. Suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halinde suçun takibi şikâyete bağlıyken eş dışındaki kişilere karşı işlenmesi halinde suç takibatı resen yapılmaktadır.²¹² Cinsel istismar suçunun takibi ise resen yapılmaktadır. Ancak suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış halinin failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.²¹³

TCK'da yetişkinlere karşı işlenen eylemler açısından "cinsel saldırı", çocuklara karşı işlenen eylemler açısından ise "cinsel istismar" kavramı kullanılmıştır.²¹⁴ Çocuklar cinsel özgürlükleri bakımından yetişkinlere nazaran daha kırılgan ve kullanılabilir yapıdadırlar. Kanun koyucu, çocukların, yetişkinlere nazaran daha fazla korunmaya ihtiyaç duymaları nedeniyle madde metninde "cinsel istismar" kavramına yer vererek çocuğun cinsel özgürlüğünü özel ve geniş şekilde korunmayı amaçlamıştır.²¹⁵ Çocuklara karşı işlenen cinsel suçların yetişkinlere karşı işlenen cinsel suçlara oranla haksızlık içeriğinin daha fazla olması nedeniyle cinsel istismar suçunda cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır cezai yaptırımlar öngörülmüştür.²¹⁶

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için cinsel davranışların mağdur rızası dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²¹⁷ Cinsel istismar suçunda ise mağdur rızasının suça etkisi mağdurun suç düzenlemesinde bulunduğu kategoriye göre değişmektedir. TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında sayılan onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğun kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara karşı rızası bulunsa bile -kanun koyucu bu çocukların rızalarını geçerli kabul etmediğinden- cinsel istismar suçu oluşacaktır. TCK'nın 103/1-b bendinde ifade edilen onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların eyleme karşı rızasının varlığı halinde, cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar bakımından suç oluşmayacaktır.

²¹² AKKAYA, s.120-121

²¹³ SÖZÜER, s.277

²¹⁴ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki), s.281; TOROSLU, s.64; HOROZGİL, s.112

²¹⁵ ŞEN, s.395

²¹⁶ KÜSKÜ, s.19.

²¹⁷ TANER, s.174

Cinsel ilişkinin varlığı halinde ise TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu meydana gelecektir.²¹⁸

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK'nın 102. maddesinde cinsel davranışlarla "vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi" aranırken cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK'nın 103. maddesinde sadece cinsel istismardan bahsedilmiş ve "vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi" aranmamıştır. Bu durum uygulama ve öğretide tereddütlere yol açmış; cinsel taciz niteliğindeki eylemlerin çocuğa karşı işlenmesi halinde cinsel istismar suçunun oluşacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. 6545 sayılı kanun değişikliği ile TCK 105/1-son cümlesine "*filin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*" cümlesi eklenerek durum açıklığa kavuşturulmuş ve çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın TCK'nın 102. maddesinde olduğu gibi mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen hareketler olduğu anlaşılmıştır.²¹⁹

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Karşılaştırma

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK'nın 104. maddesinde²²⁰ düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, onbeş-onsekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş olan çocuktur. Mağdurun onbeş-onsekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin gelişmemiş olması halinde bu çocukla gerçekleştirilen cinsel ilişki –rıza ile olsa bile- cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.²²¹

²¹⁸ PARLAR, BANKO, s.103; TOROSLU, s.65

²¹⁹ TAŞTAN, s.250-251

²²⁰ **5237 sayılı TCK "Madde 104"**- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.⁽¹⁾

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

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

²²¹ TOROSLU, s.67

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hareket unsurunu “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla gerçekleştirilen cinsel ilişki*” oluşturmaktadır. Cinsel ilişkinin bu unsurlar araç olarak kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ise çocuğun cinsel istismarı suçu meydana gelmektedir.²²²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel istismar suçu, fiilin niteliği bakımından birbirinden ayrılmaktadır.²²³ Cinsel istismar suçu için cinsel amaçlı herhangi bir davranış suç sayıldığı halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda sadece cinsel ilişki suç sayılmaktadır.²²⁴ Cinsel ilişki, “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya erkek ya da kadına anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.²²⁵ Bu nedenle oral seks cinsel ilişki sayılamayacağı gibi vajinal veya anal bölgelere cinsel organ dışında bir organ ya da cisim sokulması halinde suç oluşmayacaktır.²²⁶ Cinsel istismar suçunun nitelikli halinde ise cinsel ilişkinin yanında ayrıca vücuda organ veya sair cisim sokulması cezalandırıldığından suç kapsamı daha geniş haldedir.²²⁷

Cinsel ilişki için mutlaka erkek cinsel organının kullanılması gerekeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda taraflardan en az birisinin erkek olması gerekmektedir.²²⁸ Bu durumda suç, cinsel ilişkiyi gerçekleştirebilecek kişiler arasında söz konusu olabilecektir. İki kadın arasında gerçekleşen fiil cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyecekken, iki erkek arasında gerçekleşen ilişki cinsel ilişki olarak nitelendirilebilecektir.²²⁹ Bu nedenle bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir.²³⁰ Cinsel istismar suçu

²²² GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.1078; AKKAYA, 368; SAVAŞCI, s.117

²²³ ARTUK, ALŞAHİN, s.3243

²²⁴ SAVAŞCI, s.117

²²⁵ YARGITAY 14. CD. E.2015/972 K.2018/1125 T.19.02.2018

²²⁶ YOKUŞ SEVÜK, s.176

²²⁷ SAVAŞCI, s.117

²²⁸ AKKAYA, s.368; GERÇEKER, s.1078

²²⁹ MEMİŞ KARTAL, (Reşit Olmayanla Cinsel İlişki), s.2087

²³⁰ ARTUÇ, s.616; TAŞTAN, s.413

ise kadın veya erkek tarafından aynı cinsten bir çocuğa karşı işlenebilecektir.²³¹ Yani fail erkekse, mağdur erkek veya kadın; fail kadınsa, mağdur erkek veya kadın olabilecektir.²³²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete tabidir. Cinsel istismar suçu ise -suçun sarkıntılık düzende kalan halinin failinin çocuk olması dışında- resen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.²³³

C. Cinsel Taciz Suçu Bakımından Karşılaştırma

Cinsel taciz suçu TCK'nın 105. maddesinde²³⁴ düzenlenmiştir. Cinsel taciz suçunun maddi unsurunu bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmek oluşturmaktadır. TCK'nın 105. maddesinin gerekçesinde “*Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir.*” açıklamalarına yer verilmiştir. Doktrinde ise cinsel taciz, “*birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir*” şeklinde tanımlanmıştır.²³⁵

²³¹ PARLAR, BANKO, s.97; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1648

²³² ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, MERAĞLI, Serkan, BAŞBÜYÜK, İsa, **Açıklamalı-Şematik Pratik Çalışma Kitabı- Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, Ekim 2020; s.115AKKAYA, s.172; TUĞRUL, s.254

²³³ SAVAŞCI, s.117

²³⁴ **5237 sayılı TCK “Madde 105”-** (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.⁽¹⁾

(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

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

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

²³⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3791-3792

Cinsel taciz suçu, vücuda cinsel amaçlı bir temasın bulunmaması nedeniyle cinsel saldırı/istismar suçundan ayrılmaktadır.²³⁶ Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için cinsel amaçlı eylemin vücuda temas olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Eylemin vücuda temas şeklinde gerçekleştirilmesi durumunda cinsel saldırı/istismar suçu meydana gelmektedir.²³⁷

Cinsel taciz suçunun mağduru, yetişkin veya çocuk ayrımı yapılmaksızın herkes olabileceken cinsel istismar suçunun mağduru, sadece çocuk olabilmektedir.²³⁸ Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için eylemin mağdur rızası dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²³⁹

Cinsel taciz suçunun düzenlendiği TCK'nın 105. maddesinin birinci fıkrasında ki temel halinin soruşturma ve kovuşturması mağdurun şikâyetine bağlıdır. Mağdurun çocuk olması halinde de durum aynıdır.²⁴⁰ Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış halinde ise soruşturma ve kovuşturması ise resen yapılmaktadır.²⁴¹ Cinsel istismar suçunda ise -suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin failinin çocuk olması dışında- soruşturma ve kovuşturma resen yapılmaktadır.

TCK'nın 103. maddesinde cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması hususu belirtilmemiş olması nedeniyle 6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde çocuğa karşı bedensel temas içermeyen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu mu yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı hususu tartışmalı haldeydi. 6545 sayılı kanun değişikliği ile cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenmesi hali düzenlenerek bu durum açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca değişiklik gerekçesinde

²³⁶ ALBAYRAK, **Mustafa, Notlu- Atıflı- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019, s.262; GERÇEKER, s.1092; TAŞTAN, s.329; ARTUÇ, s.584; AKKAYA, s.421; AYDIN, s.96

²³⁷ ARTUÇ, s.625; YOKUŞ SEVÜK, s.184; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3792-3793; KÜSKÜ, s.26

²³⁸ AYDIN, s.96; KÜSKÜ, s.26

²³⁹ YARGITAY CGK. E.2013/352 K.2014/446 T.30.10.2014

²⁴⁰ BAYTEMİR, s.566

²⁴¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.391

cinsel istismar suçunun uygulanabilmesi için fiziksel temasın zorunlu olduğu ifade edilmiştir.²⁴²

TCK'nın 94/3. fıkrasında işkence fiilinin cinsel taciz şeklinde gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda fail işkence suçunun nitelikli halinden cezalandırılacak ve ayrıca cinsel taciz suçundan ceza verilmeyecektir.²⁴³ İşkence fiilinin cinsel istismar şeklinde gerçekleştirilmesi halinde ise fail, gerçek içtima hükümleri uyarınca hem işkence suçundan hem de çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu olacaktır.²⁴⁴

D. Müstehcenlik Suçu Bakımından Karşılaştırılması

Cinsel istismar suçu ile müstehcenlik suçu kanunda farklı bölümlerde düzenlenmiştir. TCK'nın 226. maddesinde yer alan müstehcenlik, genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlenmişken²⁴⁵ çocuğun cinsel istismarı suçu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçu ile korunan hukuki değer toplum menfaatidir.²⁴⁶ Cinsel istismar suçu ile korunan hukuki değerse çocukların cinsel dokunulmazlığıdır.

TCK'nın 226/1. fıkrasında "*Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten*" kişinin eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle müstehcen ürünlerin çocuklara verilmesi, okunması, okutulması ve dinletilmesi müstehcenlik suçunu oluşturacaktır.

Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması halinde TCK'nın 226/3. maddesinde düzenlenen suç oluşmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için çocuğun pornografik ürünlerin üretiminde kullanılması gerekmektedir. Cinsel istismar suçu ise çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış olup bu

²⁴² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.458-459; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.510

²⁴³ TAŞTAN, s.497

²⁴⁴ SÖZÜER, s.276

²⁴⁵ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "**Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler**", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:121, Yıl: 2013, s.7

²⁴⁶ ÖZBEK, s.127

davranış vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilebilir.²⁴⁷ Mağdur çocuğa yönelik cinsel istismar teşkil eden davranışın kayda alınıp pornografik bir ürün haline getirilmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak hem cinsel istismar suçundan hem de TCK'nın 226/3. maddesinde düzenlenen suçtan ceza verilmelidir.

Müstehcen ürünlerin üretiminde çocuğun rızasının varlığı önem taşımamaktadır. Bu nedenle, çocuğun rızası, onu konu alan müstehcen ürünlerin üretiminin suç olmasını engellemez. Cinsel istismar suçunda ise TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında sayılan çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara karşı –çocuğun rızası olsa bile- cinsel istismar suçu oluşmaktadır. TCK'nın 103/1-b bendinde ifade edilen çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁴⁸

E. Fuhuş Suç Bakımından Karşılaştırma

TCK'nın 227. maddesinde yetişkinlerin ve çocukların fuhuşa teşvik edilmesi, sürüklenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Fuhuş suçu TCK'da "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmişken çocuğun cinsel istismarı suçu "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.²⁴⁹ Fuhuş eyleminin çocuk için ağırlığı göz önüne alınarak, suç mağdurunun çocuk olması halinde fuhuşa konu cinsel ilişki veya cinsel davranışlar gerçekleşmese bile hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir (m.227/1).²⁵⁰

Fuhuş suçu ile cinsel istismar suçu arasındaki fark, fuhuş suçunda kişinin başkası için çocuğu tedarik etmesi gerekirken cinsel istismar suçunda kişi kendi cinsel arzularını tatmin etmek için çocuğu kullanmaktadır. Bir diğer fark ise fuhuş suçunda kişi başka bir kişinin cinsel arzularını tatmin etmesi için çocuğu tedarik etmesi karşılığında belli bir

²⁴⁷ AYDIN, s.97; ÖZBEK, s.118,140

²⁴⁸ ÖZBEK, s.126

²⁴⁹ MERKİ ÇOKSEZEN, Duygu, **Fuhuş Suçu (TCK 277)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.154; MEMİŞ KARTAL, s.33

²⁵⁰ ATALAY, **Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, s.31

menfaat elde ederken cinsel istismar suçunda kişi kendi cinsel arzularını tatmin etmektedir.²⁵¹

Fuhuş suçunda, yetişkin kişiyi fuhuşa teşvik eden kişi cezalandırılmaktadır. Cinsel ilişkiye giren kişi bu suçun faili değildir. Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuğu fuhuşa teşvik eden kişi, bu çocukla cinsel ilişkiye girmesi halinde gerçek içtima gereğince hem fuhuş hem de cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır. Fuhuş mağdurunun çocuk olması halinde, çocukla cinsel ilişkiye giren kişi somut olayın niteliğine göre cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu olacaktır.²⁵² Bu durumda çocuğu fuhuşa teşvik eden kişinin cezai sorumluluğu ise duruma göre değişmektedir.

Fuhuş suçunun mağduru onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuksa, çocuğu fuhuşa teşvik eden kişinin eylemi hem fuhuş hem de çocuğun nitelikli cinsel istismar suçuna asli iştirak olduğundan fail, fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır cezayı gerektiren nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.²⁵³

Fuhuş suçunun mağduru onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuksa ve eyleme karşı rızasının bulunması halinde çocuğu fuhuşa teşvik eden kişinin eylemi hem fuhuş hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna asli iştirak olduğundan fail, fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır cezayı gerektiren fuhuş suçundan cezalandırılacaktır.²⁵⁴

Çocuğu fuhuşa teşvik eden kişinin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olma durumu da ihtimal dâhilindedir.²⁵⁵ Yargıtay bir kararında fuhuş yapmak amacıyla otele getirilen onbeş yaşı içerisindeki mağdur ve sanığa otel odası tahsis ederek fuhuş yapmaları için yer temin eden sanığın eyleminin, hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna yardım

²⁵¹ MEMİŞ KARTAL, s.38

²⁵² MAHMUTOĞLU, s.15

²⁵³ KURT, s.235; YARGITAY 14. CD. E.2015/8899 K.2017/870 T.22.02.2017; YARGITAY 14. CD. E.2013/8069 K.2014/8079 T.16.06.2014; YARGITAY 14 CD. E.2011/11954 K.2013/7236 T.06.06.2013

²⁵⁴ KURT, s.236; YARGITAY 14. CD. E.2016/4930 K.2016/6794 T.04.10.2016

²⁵⁵ MAHMUTOĞLU, s.16

eden olarak iştirak, hem de fuhuş suçunu oluşturacağını ve fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır cezayı gerektiren çocuğun nitelikli cinsel istismarına iştirak suçundan cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.²⁵⁶

X. KORUNAN HUKUKİ DEĞER (HUKUKİ KONU)

Bir suçun, kanunda düzenlendiği yer, suç ile korunmak istenen hukuki değeri ifade etmektedir.²⁵⁷ Cinsel istismar suçu ise kanun sistematığında ‘‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’ başlığı altında düzenlenmesi²⁵⁸ ve cinsel saldırı suçunun (m.102) madde gerekçesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlarla korunan ortak hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğunun belirtilmiş olması nedeniyle²⁵⁹ korunan hukuki değer öncelikle çocukların cinsel dokunulmazlığıdır.

Çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer çocukların cinsel dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğüdür.²⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, suçla korunan hukuki değer çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunması olduğunu belirtmiştir.²⁶¹ Doktrinde ise cinsel istismar suçu ile korunan hukuki değer ne olduğu hususunda ortak bir uzlaşma bulunmamaktadır. Ancak asıl tartışmalar suçla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık mı yoksa cinsel özgürlük mü olduğu noktasındadır.

Cinsel özgürlük kavramı, ‘‘hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe (herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın) yapabilme özgürlüğü’’ şeklinde tanımlanmıştır. Cinsel özgürlüğün negatif ve pozitif yönleri bulunmaktadır. Cinsel özgürlüğün negatif yönünü kişinin hukuka aykırı cinsel

²⁵⁶ YARGITAY 14. CD. E.2015/8452 K.2016/1126 T.11.02.2016

²⁵⁷ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.245; NİŞANCI, s.213

²⁵⁸ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.502; ÜZÜLMEZ, s.26

²⁵⁹ ERDOĞAN, Yavuz, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’’ Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu, Editörler: Osman Azad Kazan, Yavuz Erdoğan, Toğrul Salamzade, Pınar Kaya Döşlü, Tuğba Aksungur, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2017, s.40

²⁶⁰ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.307

²⁶¹ ANAYASA MAHKEMESİ E.2015/43 K.2015/101 T.12.11.2015

müdahalelerden korunması (cinsel dokunulmazlık), pozitif yönünü ise kişinin cinsel kimliğini, özgür olarak ifade etme hakkı oluşturmaktadır.²⁶²

Suçla korunan hukuki değer cinsel özgürlük olduğunu savunan görüş, cinsel dokunulmazlığın hukuki bir konu değil de bir sonuç olduğunu ifade etmektedir.²⁶³ Suçla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğunu savunan görüşe göre ise çocuğun üzerinde tasarruf edemediği bir hakka ilişkin özgürlükçü yaklaşımın benimsenmesi suç düzenlemesinin ruhuyla bağdaşmayacaktır.²⁶⁴

Kanımızca, suçun kanunda düzenlendiği yer, madde gerekçesinde korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğunu ifade edilmesi nedeniyle korunan hukuki değer öncelikli cinsel dokunulmazlıktır. Öte yandan çocukların, kendisine yönelen cinsel eylemlere karşı rızalarının önem teşkil etmemesi ve bu hakka ilişkin tasarruf imkânlarının bulunmaması nedeniyle cinsel özgürlüklerinden bahsedilemeyecektir.

²⁶² TANER s.32-33; SANCAR, s.100

²⁶³ TANER 289

²⁶⁴ MEMİŞ KARTAL s.143-144

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

I. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN UNSURLARI

A. TİPİKLİK

Tipiklik bir fiilin cezalandırılması için gereken özelliklerin bütünüdür. Tipikliği, bir fiili suç sayan ve neticesinde yaptırım öngören bir kanun maddesi belirlemektedir. TCK’da tipiklik kavramı yerine “suçun kanuni tanımı” ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre bir fiilin suç oluşturabilmesi için eylemin kanunda tarif edilmiş unsurlara uygun olması gerekmektedir.²⁶⁵

B. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1. FAİL

Çocukların cinsel istismarı suçunda fail açısından madde metninde ‘çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi’ şeklinde belirleme yapılmıştır. Bu bakımdan, fail, kadın veya erkek herkes olabilecektir.²⁶⁶ Failin yaşı ile mağdurun yaşı arasında ki fark²⁶⁷ ya da failin evli veya bekâr olması önem oluşturmaz.²⁶⁸

Fail ve mağdurun hangi cinsiyetten olduklarının bir önemi bulunmamakla birlikte fail karşı cins olabileceği gibi aynı cinste olabilmektedir.²⁶⁹ Bu durum, cinsel saldırı suçunun

²⁶⁵ TÖNGÜR, Ali Rıza, ÇETİNTÜRK, Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2020, s.120

²⁶⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, BAŞBÜYÜK, s.115; TANERİ, Gökhan, KAMIŞLI, Gani, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018, s.341; GÜNDÜZ, Remzi, **6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s.69,73; YENİDÜNYA, Ahmet Caner, ‘‘5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:33, Yıl:3, Eylül 2005, s.3303-3305; ERCAN, İsmail, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, Ağustos 2013, s. 90; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1648; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3711-3716; AKYÜZ, s.519; PARLAR, BANKO, s.97; YELDAN, s.215; SAVAŞÇI, s.120; ARTUÇ, s.594;

²⁶⁷ AKKAYA, s.168; TURHAN; s.61

²⁶⁸ TAŞTAN, s.223

²⁶⁹ MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2013, S.1714, 1717; TAŞKIN, Şaban Cankat, ‘‘Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu’’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, 67-68. Sayı, Mart-Nisan 2010, s.86,90; AYDIN, s.26;

madde gerekçesinde “Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Suçun düzenlendiği madde metni ve gerekçesinde herhangi bir düzenleme veya açıklama olmadığından suç faili, TCK’nın 6. maddesi kapsamında çocuk kabul edilen bir kişi de olabilecektir.²⁷⁰ Nitekim kanun koyucu, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile madde metnine eklenen “sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır” şeklindeki düzenleme ile bu durumu açıkça ortaya koymuştur.²⁷¹ Failin çocuk olduğu durumlarda TCK’nın 31. maddesinde düzenlenen yaş küçüklüğü hükümleri göz önüne alınarak çocuğun cezalandırması yoluna gidilecektir.²⁷²

TCK’nın 103/3. fıkrasında failin üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısmı, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile, sağlık hizmeti veren, koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması ya da suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halleri cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

2. MAĞDUR

Cinsel istismar suçunun mağduru sadece kız veya erkek ‘’çocuk’’ olabilmektedir.²⁷³ Bu bakımdan, çocuğun cinsiyetinin cinsel istismar suçu bakımından bir önemi bulunmamaktadır.²⁷⁴ Öte yandan mağdurun oniki yaşını doldurmamış olması cezayı artıran

BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.503; PARLAR, BANKO, s.97; YOKUŞ SEVÜK, s.145; YELDAN, s.215; ARTUÇ, s.594; HOROZGİL, s.114; KÜSKÜ, s.30; YENİDÜNYA, s.3303-3305; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.218; KURT, s.294; AYDIN, s.26; AKYÜZ, s.519; SAVAŞCI, s.120; GÜNDÜZ, s.69,73; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.503; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1648; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3711, 3716; AKKAYA, s.172; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, BAŞBÜYÜK, s.115; CENTEL, s.272; ERDOĞAN, Yavuz, s.44;

²⁷⁰ ÖZBEK, KANBUR, s.627

²⁷¹ TURHAN, s.102; GÜNDÜZ, s.72,74

²⁷² KÜSKÜ, s.29

²⁷³ SÖZÜER, s.271; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.353; TANERİ, KAMIŞLI, s.341; ÖZBEK, KANBUR, s.627; NİŞANCI, s.215; ÜZÜLMEZ, s.29 AYDIN, s.29

²⁷⁴ TOROSLU, s.62; AYDIN, s.29

neden olarak kabul edilmiştir.²⁷⁵ Mağdurun, onsekiz yaşını doldurmuş kişi olması halinde ise cinsel saldırı suçu meydana gelecektir. Zira cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı suçu arasında ki en temel ayrımı mağdurun yaşı oluşturmaktadır.²⁷⁶

TCK'nın 6-b bendinde çocuk, ‘‘henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi’’ olarak tanımlanmıştır.²⁷⁷ Madde gerekçesinde çocuk tanımına yer verilirken Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin göz önüne alındığı ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre²⁷⁸ ise daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk kabul edilmiştir (m.1). Madde gerekçesinde, her ne kadar çocuk tanımına yer verilirken sözleşmenin göz önüne alındığı belirtilmişse de sözleşmeden farklı olarak daha erken yaşta reşit olma durumuna dair bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak TCK'da yapılan çocuk tanımı, sözleşmede yapılan çocuk tanımına nazaran daha ileri düzeydedir. Sözleşmenin 41. maddesinde de sözleşmenin, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan iç hukuk kurallarını etkilemeyeceği göz önüne alındığında onsekiz yaşını doldurmadan evlenme veya mahkeme kararı yoluyla ergin olan kişiler TCK bakımından çocuk kabul edilmelidir.²⁷⁹ ÇKK'nın 3/1-a bendinde de çocuk ‘‘*Bu kanunun uygulamasında çocuk; erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişi*’’ olarak tanımlanmıştır. Ancak kanımızca, ÇKK'da yapılmış olan çocuk tanımının TCK bakımından esas alınabileceğine ilişkin hüküm veya atıf bulunmaması²⁸⁰ ve yapılmış olan tanımda ‘‘*bu kanunun uygulamasında*’’ şeklinde ibareye yer verilerek²⁸¹ kapsamın sadece ÇKK ile sınırlandırılmış olması nedeniyle bu tanım, TCK bakımından geçerli olamayacaktır.

²⁷⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.454

²⁷⁶ AYDIN, s.95

²⁷⁷ MAHMUTOĞLU, s.17-18 (Yazara göre, TCK ve ÇKK' da çocuk tanımı her ne kadar ‘‘on sekiz yaşını doldurmamış’’ kişi olarak yapılmışsa da özel hukuk alanında bazı durumlarda çocuğa daha erken erginlik tanınabilmesi, bu durumun ceza hukuku bakımından dikkate alınıp alınmayacağı hususu bakımından tereddüde yol açmaktadır. Bu nedenle çocuğun özel hukuk bakımından ergin kılınsa dahi on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olduğu Ceza Kanunu'nda açıkça düzenlenmelidir.)

²⁷⁸ Sözleşme metni için bkz.

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf , Erişim Tarihi: 12.03.2021

²⁷⁹ KANTARCI, s.161-162

²⁸⁰ DÜLGER, İbrahim ‘‘**Çocukların Cinsel İstismarı**’’, Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl: 2, S. 6, Mayıs 2010, s.41.

²⁸¹ KANTARCI, s.162

Cinsel istismar suçu, sadece yaşayan insana karşı işlenebilmektedir. Mağdurun ölü olması halinde, TCK'nın 130/2. fıkrasında düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçu oluşacaktır. Fiilin hayvana karşı gerçekleştirilmesi hali ise 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu gereğince idari para cezası yaptırımını gerektiren kabahat fiilini oluşturmaktadır.²⁸² Hayvanın sahipli bir hayvan olması halinde TCK'nın 151. maddesi gereğince mala zarar verme suçu; failin, hayvanla alenen cinsel ilişkiye girmesi durumunda ise TCK'nın 225. maddesi gereğince hayâsızca hareketler suçu meydana gelecektir.²⁸³

TCK'nın 103. maddesinde mağdur çocuklar, yaşları ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yetenekleri göz önüne alınarak, "on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar" ve "on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklar" olarak iki kategoride değerlendirilmiştir.

a. On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklar

TCK'nın 103/1-a bendinde, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar aynı kapsamda değerlendirilmiş ve bu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.²⁸⁴

Kanun koyucu, on beş yaşının altındaki çocukların henüz psikolojik ve fiziki olgunluğa henüz erişmediklerinden kendilerine yönelen cinsel fiillerin anlam ve ağırlığını kavrayamayacaklarını kabul etmiş ve bu fiillere karşı rızalarını geçersiz sayarak mutlak bir

²⁸² ALBAYRAK, s.251; YELDAN, s.218; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.65; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1605; PAKIR, s.235

²⁸³ KURT, s.37

²⁸⁴ ÜNVER, Yener, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014, s.43 (Yazara göre, TCK'nın 103/1-a maddesinde "mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin gelişmemiş olması" dikkate alınıp ayrı bir cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yerine 765 sayılı ETCK 'da olduğu gibi mağdurun kendisini savunamayacak durumda bulunması halinin düzenlenmesi gerekirdi)

koruma sağlamıştır.²⁸⁵ Nitekim bu durum madde gerekçesinde ‘‘on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır’’ şeklinde ifade edilmiştir.

On beş yaşını doldurmamış çocukların, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişmediği baştan kabul edildiğinden²⁸⁶ bu yeteneklerinin var olup olmadığı noktasında ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek yoktur.²⁸⁷ Bu nedenle, on beş yaşını tamamlamayan çocukların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri mutlak ve aksi ispat edilemeyen bir karine teşkil etmektedir.²⁸⁸

On beş yaşını tamamlamış çocukların, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği noktasında araştırılma yapılmasına gerek duyulmamaktadır.²⁸⁹ Ancak konuda bir iddia olursa veya böyle bir inceleme yapılması gerekli görülürse adli tıp uzmanından mutlaka rapor aldırılması gerekmektedir.²⁹⁰ Bu konunun tıbbi bir konu olması nedeniyle mağdurun durumu, uzman bilirkişilerce ve son olarak Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu tarafından belirlenmesi gerekmektedir.²⁹¹

Bu kategorideki çocuklara karşı, eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden araç olarak kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekme de eylemin cebir veya tehditle işlenmesi hali TCK'nın 103/4. fıkrasında daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

²⁸⁵ ANAYASA MAHKEMESİ E.2015/108 K.2016/46 T.26.05.2016

²⁸⁶ SÖZÜER, Adem, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/adalet_ao/cezahoh.pdf, Erişim Tarihi: 02/07/2020, s.273

²⁸⁷ YOKUŞ SEVÜK, s.147

²⁸⁸ BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.506; TANERİ, KAMIŞLI, s.340

²⁸⁹ YARGITAY 5. CD. E.2007/181 K.2007/417 T.30.01.2007

²⁹⁰ AKKAYA, s.178; TUĞRUL, s.261; KÜSKÜ, s.36; TAŞTAN, s.232

²⁹¹ PARLAR, BANKO, s. 99

b. On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmiş Çocuklar

TCK'nın 103/1-b bendinde, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Bu çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemlerin, cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden araç kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden araç kullanılmaksızın gerçekleşen ve cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar ise suç oluşturmayacaktır.²⁹²

Bu çocukların fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneklerinin diğer çocuklara nazaran daha fazla gelişmiş olması nedeniyle rızalarına bir ölçüde itibar edilmiş²⁹³ ve cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlara karşı rızaları geçerli sayılmıştır.²⁹⁴ Öte yandan bu çocukların, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden araç kullanılmaksızın yaşamış oldukları cinsel ilişki ise suç teşkil edecek ve eylem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getirecektir.²⁹⁵ Örneğin, bu kapsamda sayılan çocukla rızası doğrultusunda öpüşen kişinin eylemi suç teşkil etmezken aynı mağdurla rızası

²⁹² KOCA, Mahmut, BOZKURT, Özge, AKAR, İbrahim, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2020, s.663; ŞEN, Ersan, DEMİRBÜKER, Filiz, “15 Yaşını Tamamlamış Çocuklara Basit Cinsel İstismar ve Sarkıntılık”, Yorumluyorum-19, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018, s.84; ŞEN, BAŞARIR, s.126; TANER, s.293; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.125; PARLAR, BANKO, s.103; ÖZBEK, KANBUR, s.628; NİŞANCI, s.220; İŞTEN, s.144; YOKUŞ SEVÜK, s.156; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.507; ÜZÜLMEZ, s.34; AYRAL, s.63; AYDIN, s.30; AYDIN, (Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması), s.73; GÜVEN, s.406; NUHOĞLU, s.289; ERDOĞAN, Yavuz, s.52; ARSLANTÜRK, s.355; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1653; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.361; ARTUÇ, s.595; PARLAR, BANKO, s.103

²⁹³ DONAY, s.166

²⁹⁴ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.221

²⁹⁵ ŞEN, BAŞARIR, s.126; YENERER ÇAKMUT, Özlem, “ Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genele Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, 2016, s.45; ŞEN, DEMİRBÜKER, s.84; GÜVEN, Gülşah, “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikası”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:3, s.407; AYDIN, s.22; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.125; PARLAR, BANKO, s.103; ÖZBEK, KANBUR, s.628; NİŞANCI, s.220; İŞTEN, s.144; YOKUŞ SEVÜK, s.156; TANER, s.293; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.507; PAKIR, s.35; KOCA, BOZKURT, AKAR, s.663; ÜZÜLMEZ, s.34; AYRAL s.63; AYDIN, s.30; AYDIN, (Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması), s.73; ŞEN, BAŞARIR, s.331; NUHOĞLU, s.289; ERDOĞAN, Yavuz, s.52; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1652; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.361; ARTUÇ, s.595; PARLAR, BANKO, s.103; ÖZBEK, KANBUR, s.628; ARSLANTÜRK, s.234

doğrultusunda cinsel ilişkiye giren failin eylemi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.²⁹⁶

Bu kapsamda sayılan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin, cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden araç kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekirken aynı eylemin yetişkinlere karşı gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için rızasızlığın yeterli görülmesi çelişki oluşturmaktadır. Bu durumun nedeni olarak kanun koyucunun reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel istismar suçu arasında bir ölçüt koyma çabasından kaynaklandığı ifade edilmiştir.²⁹⁷ Farklı bir görüşe göre de cinsel saldırı suçunda ifade edilen "rızası hilafına" ifadesinin cinsel istismar suçunda yer almayışının unutulmuş olması şeklinde yorumlanmaktadır.²⁹⁸ Madde gerekçesinde ise bu durum "Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir." şeklinde açıklanmıştır. Burada çelişkili bir durum bulunmaktadır. Zira bir taraftan, mağdur çocukların, yetişkinlere nazaran direncinin daha zayıf olduğu ifade edilmekte diğer taraftan yetişkinlerin rızasızlığının yeterli olduğu eylemlere karşı çocukların rızasızlığına değer tanınmamaktadır. Kanımızca, TCK'nın 103/1-b bendi kapsamındaki çocukların rızaları hilafına gerçekleşen cinsel davranışların suç kapsamında değerlendirilmesi sağlanmalıdır. Aksi halde suçun oluşması için mağdur çocuğun eyleme karşı direnmesi veya iradesinin etki altına alınması beklenecektir ki bu durum suçla korunmak istenen hukuki menfaatle bağdaşmayacaktır.

Doktrinde "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği" ile ifade edilmesi gereken asıl ifadenin "fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği" olması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.²⁹⁹ Çünkü çocuk, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayabilir. Ancak kendisine karşı yapılan fiilin cinsel nitelikte olduğunu veya cinsel

²⁹⁶ KÜSKÜ, s. 38

²⁹⁷ TANER, s.301

²⁹⁸ MEMİŞ KARTAL, s.169

²⁹⁹ TANER, s.292; NİŞANCI, s.217; ŞEN, s.402; YOKUŞ SEVÜK, s.147; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.454

amaçlı yapıldığını algılayabilir veya yetenek eksikliğinden dolayı algılayamaz.³⁰⁰ Bu nedenle, mağdurun fiilin hukuki anlamını bilmesine gerek bulunmamakla birlikte cinsel davranışların vücudu üzerinde ne anlam ve önem arz ettiğini bilmesi yeterlidir. Aksi halde suçun oluşması için mağdurdan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesi gerektiği aranacaktır.³⁰¹ Yargıtay'ın da bazı kararlarında "fiilin anlam ve kötülüğünü idrak etme yeteneği" şeklinde ifade kullandığı görülmektedir.³⁰²

Cinsel istismarın, on beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hali TCK'nın 103/4. fıkrası gereğince cezanın artırılması gereken nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

c. Çocuklar Arasında Gerçekleştirilen Cinsel Eylemler

6545 sayılı Kanun değişikliği ile sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin, çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasını, mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılmıştır. Kanun koyucu, bu düzenlemeyle çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorununu en azından görmüş olduğunu belli etmiştir. Ancak çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorunu, sadece sarkıntılık hipotezine değil, tüm cinsel davranışlara ilişkindir.³⁰³ Zira çocuklar arasında gerçekleşen basit ve nitelikli düzeydeki cinsel eylemler açısından problem hala devam etmektedir.³⁰⁴ Öte yandan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların, sarkıntılık düzeyinde kalması halinde dahi mevcut düzenleme uyarınca ceza verilmemesi mümkün değildir. Ayrıca getirilmiş olan düzenlemenin bir diğer eksikliği de suç failinin nasıl tespit edileceği hususunda açıklık bulunmamasıdır.

Uygulamamız da çocukların kendi aralarında rızaları ile gerçekleştirdikleri cinsel ilişkilerde fail erkek çocuk, mağdursa kız çocuğu kabul edilmektedir. Uygulanacak kanun

³⁰⁰ YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2019, s.124

³⁰¹ ÖZBEK, KANBUR, s.628; TANER, s.291; ÖZBEK DOĞAN BACAĞIZ; s.357

³⁰² YARGITAY 5. CD. E.2009/12807 K.2010/317 T.25.01.2010

³⁰³ TANER, (Anayasa Mahkemesi), s.236

³⁰⁴ TANER, s.310

hükmü de mağdur kız çocuğunun yaşı esas alınarak belirlenmektedir. Kız çocuğu on beş yaşını tamlamamışsa çocukların cinsel istismarı suçu, on beş yaşını tamamlamışsa ve eylem cinsel ilişki şeklindeyse reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaktadır.³⁰⁵ Uygulamada her ne kadar cinsel organı sokan çocuk fail kabul edilirken organ sokulan çocuk mağdur kabul edilse de bu kabulün bilimsel bir temeli bulunmamaktadır. Sadece cinsel organ sokulmasıyla suçun oluşmasının kabulü mümkün değildir. Burada cinsel istismar suçunun oluşabilmesi cinsel organın bir istismar olgusu ile sokulması gerekmektedir.³⁰⁶ Yargıtay, on beş yaşını bitirmemiş mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden bulunmaksızın cinsel ilişkiye giren çocuğu fail olarak kabul etmiş ve nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacağına karar vermiştir.³⁰⁷

Cinsel istismar eyleminin her iki tarafının da on beş yaşını doldurmamış olması halinde, bu çocuklar arasında önemli bir yaş farkının bulunması³⁰⁸ ya da cinsel davranışın iradeyi etkileyecek nedenlerle (cebir, tehdit vb.) gerçekleştirilmesi durumunda³⁰⁹ cinsel istismar suçunun oluşacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.

On beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlama ve yeteneği gelişmiş çocuğun, on beş yaşından küçük ya da on beş yaşını doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlama ve yeteneği gelişmiş çocuğa karşı rızası ile cinsel eylemlerde bulunması halinde on beş yaşından küçük çocuğun rızası geçersiz olduğundan fiilin cinsel istismar suçunu oluşturduğunu ve on beş yaşını doldurmuş çocuğun fail olduğunu kabul etmek gerekecektir.³¹⁰ Zira mevcut kanuni düzenleme ile değerlendirme yapılması halinde sonuç

³⁰⁵ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.637

³⁰⁶ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.661

³⁰⁷ YARGITAY 14. CD. E.2016/11387 K.2017/6507 T.18.12.2017; YARGITAY 14. CD E.2012/7112 K.2014/5614 T.24.04.2014

³⁰⁸ MEMİŞ KARTAL, S.156-157

³⁰⁹ KELEP PEKMEZ, Tuba, ‘**Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu**’, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, Aralık 2020, s.190

³¹⁰ NİŞANCI, s.224; ÜNLÜ, s.88; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 452 (Burada, on beş yaşını doldurmuş çocuk fail kabul edilecek olması amaca uygun olmayacaktır. Akran olan çocuklar arasında ki cinsel davranışların cezalandırılması Türkiye’nin de tarafı olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesine de aykırılık teşkil etmektedir); TANER, s.316 (On beş yaşından gün almış bir çocuğun, aynı yılın daha sonraki bir ayında doğduğu için on beş yaşının altında olan bir çocuğu öpmesi veya cinsel amaçlı olarak dokunması halinde çocukların cinsiyetlerinden bağımsız olarak on beş yaşından gün almış olan çocuk cinsel istismar suçunun faili olmaktadır. Burada

bu yönde olmaktadır. Burada her iki çocuk arasında yaş olarak yıl ve hatta ay farkı olması halinde dahi netice değişmeyecek, çocukların farklı kategorilerde olmaları yeterli görülecektir. Ancak savunduğumuz görüş doğrultusunda, onbeş yaşını tamamlamış çocuğun, onbeş yaşından küçük olan çocuğu cinsel yönden sömürdüğüünün tespit edilmesi durumunda cinsel istismar suçundan cezalandırılmalıdır. Taraflar arasında cinsel sömürü olgusunun tespit edilememesi durumunda ise fiil tipik olmayacağı için suç oluşmayacaktır.³¹¹

On beş yaşını doldurmamış veya on beş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş akran çocukların rızaları dâhilinde gerçekleştirmiş oldukları cinsel davranışların suç teşkil edip etmediği, suç oluşacaksa hangi tarafın fail olarak kabul edileceği tartışmalı durumdadır.

- **Suçun Oluşacağını Savunan Görüşler**

Suçun oluşacağını savunan yazarlara göre, cinsel istismar suçunda fail açısından herhangi bir kısıtlama bulunmadığından suçun faili, çocuk olabilecektir.³¹² Bu görüşlerin ayrıldığı kısım suç failinin hangi çocuk olacağıdır.³¹³

Bir görüşe göre, on beş yaşını doldurmamış çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişki söz konusu ise ikna eden taraf fail olarak kabul edilmelidir.³¹⁴ Ancak bu durum, her somut olayda ikna eden tarafın tespitinde zorluk oluşturacağı ve adil olmayan neticelere neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.³¹⁵

Bir görüşe göre, oniki-onbeş yaş aralığında ki çocukların rızaları ile vücuda organ veya sair cisim sokma ya da diğer cinsel davranış hareketlerini gerçekleştirdikleri hallerde eylemin ne anlama geldiğini bilebilen ve hareketi ilk olarak teklif eden taraf fail olarak sayılması gerekir. Her iki tarafta hareketin ne anlama geldiğini anlayabilecek durumda

yaşı büyük olan çocuğa ceza verilmesi, çocukların erken bir cinsel deneyimden uzak tutulması şeklindeki amaca aykırıdır.)

³¹¹ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.665

³¹² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.356

³¹³ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.650

³¹⁴ GÜVEN, s.406

³¹⁵ MEMİŞ KARTAL, s.158

değilse teklifin ilk önce kimden geldiği önemli değildir. Aynı şekilde ilk teklifin kimden geldiği tespit edilemiyorsa şüphe lehe değerlendirilerek her iki tarafta fail sayılmamalıdır.³¹⁶

Bir görüşe göre, onbeş yaşını tamamlamamış iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel davranışlar bakımından yaşça küçük olan çocuk mağdur olarak kabul edilmektedir.³¹⁷ Ancak bu görüş suçun aynı yaşta çocuklar tarafından işlenmesi halinde ne olacağının belli olmaması³¹⁸ ve yaşı küçük olan çocuğun, yaşı daha büyük olan çocuğa nazaran zihinsel olarak daha gelişmiş olabileceği ve diğer çocuğu kullanılabileceği³¹⁹ nedenleriyle eleştirilmiştir.

Bir görüşe göre, her iki çocukta kendi eylemi bakımından suçun faili, diğerinin eylemi bakımından da suçun mağduru olmaktadır.³²⁰ Bu görüş, cinsel istismar edilen çocuğun aynı zamanda karşısındaki çocuğu cinsel istismar ettiği gibi mantıksız sonuç oluşturacak olması,³²¹ böyle bir uygulamanın; vücuda organ sokan çocuğun, suçun nitelikli halinden, vücuduna organ sokulan çocuğun ise suçun basit halinden cezalandırılacak olması nedeniyle haksız sonuçlara yol açacağı³²² gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Nitekim her iki çocuğunda cezalandırılmasına sebebiyet verecek bu uygulama ceza hukukunun genel ilkelerine ve çocuğun korunması esasına aykırılık teşkil edecektir.³²³

- **Suçun Oluşmayacağını Savunan Görüşler**

Bir görüşe göre, onbeş yaşından küçük iki çocuk arasında rızaya dayalı cinsel ilişkide bir istismar olgusunun tespit edilemediği durumlarda fail ve mağdur tespit edilemeyecek ve bu nedenle suç tipe uygun olmayacaktır.³²⁴

Bir görüşe göre, onbeş yaşından küçük iki çocuğun rızaya dayalı cinsel eylemlerde suçun oluşacağını kabulü, bir kişinin aynı suçun ya faili ya mağduru olabileceğine yönelik

³¹⁶ ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s.463

³¹⁷ BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.504

³¹⁸ KÜSKÜ, s.57

³¹⁹ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.662

³²⁰ TANER, s.309; KELEP PEKMEZ, s.192; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.504-505

³²¹ TANER, s.309;

³²² KOCA, ÜZÜLMEZ, s.354

³²³ AYDIN, s.26

³²⁴ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.662

ceza hukukunun temel bir ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu durumun ceza hukuku kapsamında çözüme kavuşturulmaya çalışılması cezanın önleme amacının ön plana çıkartılması ve bu amaç uğruna çocuğun feda edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenlerle çocukların topluma kazandırılması ve işledikleri bu hatanın tüm geleceğini etkilemesinin önüne geçilmesi gerekmektedir.³²⁵

Bir görüşe göre, suçla amaçlanan çocukların birbirine karşı değil, kendilerinden zihinsel ve fiziksel olarak gelişmiş olan yetişkinlere karşı cinsel yönden sömürülmelerini engellemektir. Zihinsel ve fiziksel olarak aynı veya yakın durumda bulunan akran çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkide sömürülme olgusundan bahsedilemeyeceği için suçun oluşması mümkün değildir. Ayrıca onbeş yaşını tamamlamamış iki çocuk arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişki de bir istismar olgusunun tespit edilemediği hallerde fail ve mağdur kim olduğu belirlenemeyecek olması nedeniyle suç tipe uygun olmayacaktır.³²⁶

Bir görüşe göre, hükümlerle amaçlanan çocuğu erken cinsel deneyimlerden korumaktır. Bu amacın gerçekten yerine gelebilmesi ise çocuğun kendisinden daha tecrübeli kişilerden korunmasıyla mümkündür. On beş yaşın altındaki çocukların, birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmayacaklarını, birbirlerini öpmeyeceklerini veya cinsel anlamda dokunmayacaklarını ileri sürmek, hayatın olağan akışına da uygun değildir. Belirtmek gerekir ki bu çocukların birbirlerinden faydalanma amacı güttüklerini söylemek mümkün değildir.³²⁷

- **Sorunun Çözümüne Yönelik Görüşler**

Cinsel istismar eyleminin her iki tarafının da on beş yaşını doldurmamış olması halinde sorunun çözümüne yönelik görüşler genellikle çocuklar arasında yaş farkı gözetilen hükümün kanuna eklenmesi gerektiği yönündedir.³²⁸ Aksi yönde bir görüşe göre, fail ve

³²⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.355

³²⁶ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.660-661

³²⁷ TANER, s.310

³²⁸ TANER, s.313, (Yazara göre, çocuklar arasındaki yaş farkını gözetilen İt.CK'nın 609-quarter/3. maddesi "*Cinsel şiddet suçunda sayılan hipotezler dışında 13 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel davranışta bulunan kişi, aralarındaki yaş farkının üçten fazla olmaması halinde cezalandırılmaz.*" şeklinde bir hükmün kanuna eklenmesi gerekmektedir.); MEMİŞ KARTAL, s.158 (Yazara göre, Anayasa Mahkemesi'nin 2005/103 E. 2005/89 K. Sayılı iptal kararı ile kalkan TCK'nın 104/2. fıkrasındaki "*Fail mağdurdan beş yaştan büyük ise şikayet koşulu olmaksızın, cezası iki kat artırılır.*" hükmün Anayasa'ya uygun şekilde tekrar ele alınarak TCK'nın 103. maddesinde düzenlendiği takdirde

mağdur arasında yaş farkını esas alan ceza sorumluluğunun kabul edilmesi ise yerinde olmayacaktır. Zira bazı yaşları yakın ve hatta aynı olan çocuklar hakkında cinsel istismar durumu meydana gelebilmektedir. Örneğin, aynı yaşta olan çocuklardan birisi diğerine göre zihinsel olarak daha gelişmiş olabilir ve diğer çocuğun cinsel saflığını sömürme niyetli kullanabilir.³²⁹

Bir görüşe göre, çocuklar arasında bir yaş farkı belirlemek yerine her olayı kendi içerisinde değerlendirerek sosyal inceleme raporları düzenlenmeli ve çocuklar arasındaki akranlıkların incelenmesi yapılmalıdır.³³⁰

Bir görüşe göre, çocukların cinsel gelişimleri ve ergenlikleri göz önüne alınarak madde metninde yapılacak değişikliklerle on beş yaş sınırının on dörde indirilmeli ve böylece bu yaş grubunda ki çocuklara da sınırlı da olsa cinsel özgürlükleri tanınmalıdır. Çünkü on dört yaşındaki iki çocuğun gerçekleştirdiği cinsel davranışlarda çocukların birbirini istismar etme, cinselliklerini kötüye kullanma gibi bir amaçları bulunmamaktadır.³³¹

- **Değerlendirme ve Kanaatimiz**

Çocukların cinsel istismarını suç olarak düzenleyen hükümlerle asıl hedeflenen çocukları, kendilerinden zihinsel ve fiziksel olarak daha gelişmiş olan yetişkinlere karşı korumaktır.³³² Çalışmamızın cinsel istismar başlığı altında yapılmış olan ‘‘çocuğun cinsel istismarı’’ ile ilgili tanımlamalar incelendiğinde bir ‘‘cinsel istismar’’ olgusundan bahsedebilmek için eylemin yetişkin bir kişi tarafından çocuğa gerçekleştirilmesi veyahut çocuğun zorlama veya baskı ile eyleme mecbur bırakılması gerektiği görülecektir. Bu bakımdan çocuğun, başka bir çocuk tarafından cinsel istismara maruz kaldığından bahsedebilmek için çocuklar arasında bariz bir yaş farkı olması veya cinsel istismar

onbeş yaş altın çocuklar bakımından önemli bir eksikliği kapatmış olacaktır.); SOYASLAN, s.242-243 (Yazara göre, onbeş yaşından küçük çocukların rızaları ile gerçekleştirdikleri cinsel ilişkide, her iki tarafında zorunlu olarak fail ve mağdur sıfatıyla cezalandırılmasının önüne geçmek için küçükler arasındaki yaş farkının 2-3 yaş olması halinde ceza verilmemesi en doğru çözüm olacaktır.); COŞKUN, COŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s.13-14 (Yazarlara göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun failinin çocuk olması durumunda, mağdur ile fail arasında yaş farkı benimsenmeli ve bu yaş farkının üç olması gerekmektedir.)

³²⁹ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.662

³³⁰ ŞİRİN, s.19

³³¹ SAVAŞCI, s.62

³³² KOCA, BOZKURT, AKAR, s.660

eyleminde bulunan çocuğun mağdur çocuk üzerinde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusu olması gerekmektedir. Nitekim Uluslararası literatürde iki çocuk arasındaki cinsel davranış, yaş veya gelişim farkı bakımından bir çocuğun diğerine göre sorumluluk, güven ve güç bakımından üstün olması hâlinde cinsel istismar olarak nitelendirilmektedir.³³³ Buradan çıkarılacak sonuç çocuklar arasında önemli bir yaş farkının bulunması halinde ya da çocuklardan birinin diğer çocuğa cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden gibi zorlama vasıtaları kullanarak cinsel eylemlerde bulunması halinde cinsel istismar suçunun meydana gelecektir.

Aralarında fazlaca yaş farkı bulunmayan akran yaştaki çocuklar arasında zorlama olmaksızın ve her iki tarafında isteği doğrultusunda gerçekleşen cinsel eylemler çocuğun cinsel yönden istismarı kastını barındırmadığından cinsel istismar olarak kabul edilemeyecektir. Zira her iki çocukta aynı konumda olduğundan birbirlerinden faydalanma amaçları bulunmamaktadır.³³⁴ Bu nedenle, her iki tarafında çocuk olduğu cinsel eylemlerde taraflar arasındaki yaş ve gelişim farkı, belirgin bir otoritenin veya iradeyi etkileyen nedenlerin mevcudiyeti, her ne kadar geçersiz olsa da rıza durumunun yokluğu gibi nedenler araştırılarak sonuca varılmalıdır. Öte yandan yaşları yakın olan çocuklar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlarda suçun faili ve mağduru birbirine karışmaktadır.³³⁵ Ceza hukukunda ise failin ve mağdurun birbirine karışması gibi bir durum olmamalıdır.

Çocuklara arasında rıza ile gerçekleşen cinsel eylemlerde, suçun oluşacağını savunan görüşler ‘ikna’, ‘teklif’, ‘yaşı büyük olan’ gibi kriterler çevresinde şekillenmektedir. İfade etmek gerekir ki özellikle ikna veya teklif kriterlerin temel alınması adaletsiz sonuçlar meydana getirebilecektir. Nitekim çocuklar arasında gerçekleşen eylemlerde başkaca delil bulunmayan durumlarda bu sonuç taraf iradelerine bakılarak çözüme kavuşturulmaya çalışılacak ve belki de mağdur olan çocuğun cezalandırılmasına sebebiyet verebilecektir. Burada, yaşı büyük olan çocuğu cezalandırmak ise çocukların aynı yaşta olduğu durumlarda problem oluşturacak ya da yaşı küçük çocuğun zihinsel ve fiziksel olarak diğer çocuktan daha üstün olduğu ve diğer çocuğu cinsel yönden sömürdüğü durumlarda sonuçsuz

³³³ ŞİRİN, s.19

³³⁴ TANER, (Anayasa Mahkemesi), s.241

³³⁵ AYDIN, s.26

kalacaktır. Her iki çocuğu cezalandırma yoluna gitmek ise bir takım problemlere yol açabilecektir. Öncelikle, eylemin cinsel ilişki olması durumunda, TCK'nın 103/2. fıkrasında vücuda organ veya sair cisim "sokan" kişinin cezalandırılması nedeniyle ilişkinin aktif tarafı suçun nitelikli halinden cezalandırılacakken diğer taraf suçun basit şeklinden cezalandırılacaktır. Bu durum haksızlık olarak aynı eylemi gerçekleştiren çocuklar arasında eşitsiz bir netice meydana getirecektir. İkinci olarak burada her iki çocuğunda karşılıklı gerçekleşen ayrı davranışlardan hem fail hem mağdur kabul edilmesi ceza hukuku açısından kabul edilemeyecektir.

Sorunun çözümüne yönelik olarak çocuklar arasında yaş farkı gözetilen hükmün kanuna eklenmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Kanımızca da TCK'nın cinsel istismar suçunda böyle bir yaş farkı aranması yerinde olmuştur. Nitekim bu düşünce bazı adaletsiz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. İlk olarak yaşları yakın ve hatta aynı olan çocuklar arasında da zihinsel ve fiziksel olarak gelişim farkı olabilir ve bu durum diğer çocuk üzerinde kullanılarak bir cinsel istismar şeklinde cereyan edebilir. İkinci bir durumda mevcut TCK'da yaş farkını esas alan bir düzenleme olmaması nedeniyle uygulamacıya her somut olayda bir istismar olgusunun mevcut olup olmadığı yönünde araştırma fırsatı tanımış olmasıdır.³³⁶ Öte yandan kesin bir yaş farkının belirlenmesi her olay açısından doğru bir uygulama olmayacaktır. Zira çocuklar arasındaki gelişim farkı tıbbi bir konudur ve her iki çocuğunda akranlık incelemesi somut olaylar arasında farklılaşmaktadır. Bu bakımdan tüm durumları kapsayacak şekilde yaş farkı belirlemek yerine her olay açısından ayrı değerlendirme yapılması daha sağlıklı netice verecektir. Tarafların her ikisinin de çocuk olması durumunda gerçekleşen eylemin cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilmesi için tek bir kriter belirlemek doğru değildir. Zira tek bir kıstas belirleyerek bu sorunu çözüme kavuşturmaya çalışmak her somut olayda doğru sonuç veremeyecektir.

Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinin (Lanzarote Sözleşmesi) 18/3. maddesinde sözleşmenin, küçük yaşta çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetlerin düzenleme amacı olmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu yaklaşımın temelinde yargılama sürecinin çocukların doğru ve düzgün gelişimi üzerinde yaratacağı olumsuz

³³⁶ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.662

etkilerin, cezanın sağlayacağı faydadan ağır basması ve her ne kadar hukuken geçerli rızası olmayan çocukların birbirini zorlamaksızın yaşamış oldukları cinsel davranışlarda cezalandırılmalarının fayda getirmeyeceği düşüncesi yatmaktadır.³³⁷ Sözleşmesinin kapsam dışında tutmuş olduğu küçük yaşta çocukların rızaya dayalı cinsel faaliyetleri TCK'nın 103. maddesinde düzenlenmeyerek sözleşme ile çelişkili bir durum oluşturulmuştur. Bu noktada çözüm olarak TCK'nın 103. maddesine ‘fail ile mağdur arasındaki yaş ve gelişim farkı ile diğer koşullara bakıldığında bir istismar olgusunun belirlenemediği takdirde faille ceza verilmez’ şeklinde açıklayıcı bir hüküm eklenmesi gerektiğini savunan görüşe³³⁸ katılmaktayız. Kanuna bu şekilde bir şahsi cezasızlık sebebi eklemek hem sözleşmeye uyum sağlanması hem de bu husustaki belirsizliğin ortaya kaldırılması bakımından yerinde bir adım olacaktır.

Çocuklar arasındaki cinsel davranışlarda taraflar arasında ki yaş ve gelişim farkı ile diğer koşulların hep birlikte değerlendirilmesi neticesinde cinsel yönden istismar olgusunun tespit edilmesi halinde elbette bu davranışı diğer tarafa uygulayan çocuk fail kabul edilebilecektir. Bu çocuğun cezalandırılması yoluna gidilirken TCK'nın 31. maddesi gereğince yaş hükümlerinden faydalandırılması mümkündür. Ancak cinsel istismar faili çocuğu yüksek miktarda yaptırımlarla cezalandırarak geleceğinin önüne geçmek yerine durumuna uygun şekilde güvenlik tedbirine hükmederek çocuğun iyileştirilmesi, refahının artırılması ve suçun tekrarlanmasının önüne geçilmesi sağlanmalıdır. Çünkü burada çocuğu yüksek miktarda cezalarla cezalandırmak çocuğun gelimini etkileyebileceği gibi cezanın genel önleme amacına da hizmet etmeyecektir. ÇKK' da yapılacak değişiklik ile bu suçta özgü, yeni bir güvenlik tedbiri modelinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu güvenlik tedbirinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve sınırlarının iyi çizilmesi gereklidir.³³⁹ Bu noktada fail çocuğun onbeş yaşını doldurmamış olması durumunda cezaya değil de –ifade ettiğimiz şekilde oluşturulan- güvenlik tedbirine hükmedilmesi, çocuğun onbeş-onsekiz yaş aralığında olması durumunda ise seçenek yaptırımlara çevrilmeyen düşük miktarlarda ceza ile cezalandırılması kanımızca da yerinde olacaktır.³⁴⁰

³³⁷ TANER, (Anayasa Mahkemesi), s.243; TANER, s.286

³³⁸ KOCA, BOZKURT, AKAR, s.666

³³⁹ COŞKUN, COŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s.13-14

³⁴⁰ AYDIN, s.27-28

d. Suçun Evlenme Yoluyla Ergin Olan ya da Mahkeme Kararıyla Ergin Kılınan Mağdura Karşı İşlenmesi

Türk Medeni Kanun uyarınca kişi onbeş yaşını doldurmuşsa kendi isteği, velisinin rızası ve mahkeme kararıyla ergin kılınabilmektedir. (TMK m.12) Burada çocuk, kendisine ait işlerle ilgili olarak hukuki işlemlerde bulunmak amacıyla mahkeme kararıyla ergin kılınmaktadır.³⁴¹ TMK'nın 12. maddesi gereğince mahkeme kararıyla ergin hale gelmiş çocuğa karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır.³⁴² Zira TMK'nın 12. maddesi gereğince çocuk ekonomik faaliyette bulunmak amacı ile ergin kılınmış olması çocuğun henüz cinsel olgunluğa erişmiş olduğunun bir göstergesi olamayacağından, ergin kılınma durumu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda dikkate alınmamalıdır.³⁴³

Türk Medeni Kanun'u uyarınca erginlik onsekiz yaşı ile başlamakta veya kişi evlenme yoluyla erginlik kazanabilmektedir. (m.11) Kişi, yasal temsilci izniyle onyedi yaşında; olağanüstü hallerde ise hâkim kararı ile onaltı yaşında evlenebilmektedir. (m.124) Türk Medeni Kanun'u hükümleri incelendiğinde evlenme yaşının asgari düzeyde onyedi olarak belirlendiği ancak olağanüstü durumlarda veya pek önemli sebebin varlığı halinde evlenme yaşının onaltı yaşına inebildiği görülmektedir.³⁴⁴

Evlenme yolu ile ergin hale gelmiş çocuğa karşı, eş dışında üçüncü kişiler tarafından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel eylemlerde mağdurun yaşı esas alınacak³⁴⁵ ve eylem cinsel istismar suçunu meydana getirecektir.³⁴⁶ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.³⁴⁷

³⁴¹ ERDOĞAN, İhsan, KESKİN, Ayşe Dilşat, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim 2019, s.239

³⁴² MEMİŞ KARTAL, s.146; KÜSKÜ, s.169; TANER, s.293; CENTEL, ZAFER, s.233- 234 (Dipnot); AYDIN, s. 33; ŞİMŞEK, s.340-341; GÜRGEN, s. 170; TAŞTAN, s.228

³⁴³ ÇITAKLAYIM, Hasan, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarı’’, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Mülkiyeliler Birliği Armağanlar Dizisi: 10, Ankara, Temmuz 2012, s.205- 206

³⁴⁴ COŞKUN, COŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s. 34

³⁴⁵ ALBAYRAK, s.249; ÖZEN, s.462; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1605; TAŞKIN, s.94; AKÇİN, s.104; TAŞTAN, s.228

³⁴⁶ SAVAŞÇI, s.70, 80; TANER, s.172; AYDIN, s.33; GÜRGEN, s.171; MEMİŞ KARTAL, s.148; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.312; ŞİMŞEK, s.343; KANTARCI, s.168-169; KÜSKÜ, s.169

³⁴⁷ YARGITAY 14. CD. E.2014/582 K.2014/14622 T.22.12.2014

Türk Medeni Kanun hükümleri uyarınca evlenme yoluyla ergin hale gelen kişiye karşı eş tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçunu mu yoksa cinsel saldırı suçunu meydana getirdiği hususu tartışmalıdır. TCK'nın 102/2. maddesinde cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi durumu özelinde düzenlenmişken TCK'nın 103. maddesinde ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır. Konunun değerlendirilmesi, faile uygulanacak ceza miktarı ve suç takibatı bakımından önem oluşturacaktır. Zira mağdurun eş sıfatı öne çıkarılarak eylem cinsel saldırı kapsamında değerlendirilirse, vücuda organ veya cisim sokma dışındaki eylemler bakımından suç oluşmayacak; eylemin vücuda organ veya cisim sokma şeklinde gerçekleşmesi halinde ise TCK 102/2. fıkrası gereğince mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır. Mağdurun yaşı göz önüne alınarak eylemin cinsel istismar suçunu oluşturduğunun kabulünde ise vücuda organ veya cisim sokma dışındaki eylem TCK'nın 103/1. fıkrasını, vücuda organ veya cisim sokma eylemi ise TCK'nın 103/2. Fıkrasını ihlal etmiş olacak ve her durumda suç takibatı resen yapılacaktır.

Yargıtay uygulaması, eylemin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.³⁴⁸ Doktrinde ise ortak bir uzlaşma bulunmamakta; mağdurun yaşı esas alınarak cinsel istismar suçunun oluştuğunu savunanlar³⁴⁹ olduğu gibi eş sıfatını ön planda tutarak eylemin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunanlarda³⁵⁰ bulunmaktadır.

Çözüm önerisi olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, TCK'nın 103. maddesinde yapılacak bir düzenleme ile suçun eşler arasında işlenmesi halinin madde metnine eklenmesi ya da ÇKK veya TCK'nın çocuk tanımının yapıldığı madde metnine

³⁴⁸ YARGITAY 14. CD. E.2014/3380 K.2016/2793 T.22.03.2016

³⁴⁹ HOROZGİL, s.115-116; PAKIR, s.98, 235; SOYASLAN, s.245; ARTUÇ, s.595; ÖZEN, s.426; MEMİŞ KARTAL, s.148; AYDIN, s.34; NİŞANCI, s.222; ÇITAKLAYIM, s.213; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.456; MALKOÇ, s.1708, 1714; TAŞTAN, s.229; YOKUŞ SEVÜK, s.148; AKÇİN, s.104; ÖZBEK, KANBUR, s.629; YENERER ÇAKMUT, s.10; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.358, 359; AKKAYA, s.171; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.312; KANTARCI, s.168-169; KÜSKÜ, s.169

³⁵⁰ SAVAŞÇI, s.69; ÖZEN, s.462; KAFES, s.63; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1605; TAŞKIN s.94; AYRAL, s.56; İŞTEN, s.150; ALBAYRAK, s.249; TANER, s.293; ŞİMŞEK, s.341-342 (Yazara göre, bu durumda TCK'nın 103. maddesine gidilmesi, TMK bakımından tanınan evliliğin TCK bakımından tanınmamasına neden olacak ve bu durum hukuk düzeni bakımından kabul edilemeyecektir. Ayrıca bu durum evlilik birliği içinde rıza dışı yapılan en ufak cinsel davranışın dahi cinsel istismar suçu kapsamında kabul edilerek resen takip edilmesine neden olacak, bu durumda aile birliğinin ve huzurunun bozulmasına sebebiyet verecektir.)

ilave olarak, evlenme veya mahkeme kararı ile gerçekleşen erginliğin çocukluk sıfatını sona erdirmeyeceği hususunun belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁵¹

Bir görüşe göre, çocuk yaşta evlenmeyi düzenleyen hükümlerin TMK'dan çıkartılması ve evlenme yaşının mutlak şekilde 18 olarak değiştirilmesi; mevcut düzenleme ile devam edilmesi halinde ise eş tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar fiillerinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵²

Bir görüşe göre, eşlerle ilgili özel bir düzenleme yapılarak eylemin TCK'nın 102. maddesi kapsamında görülmesinin sağlanması gerekmektedir.³⁵³

Bir görüşe göre, basit cinsel istismar suçunun eşe karşı işlenmesi halinin şikâyete tabi kılınması, nitelikli halinin ise resen kovuşturulmasının sağlanması daha yerinde olacaktır. Bu şekilde basit cinsel istismar kapsamındaki eylemler bakımından aile düzenine resen müdahalede bulunulamayacak ancak daha ağır nitelikteki eylemler bakımından ise çocuğun korunması sağlanacak ve neticeten aile düzeninin korunması ile çocuğun üstün yararı arasında denge sağlanmış olacaktır.³⁵⁴

- **Değerlendirme ve Kanaatimiz**

TCK'nın 6/1-b bendinde yapılan çocuk tanımından yola çıkılarak, daha önce ergin olma durumu dikkate alınmaksızın on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmeli ve evlenme yoluyla ergin kılınan çocuk cinsel istismar suçunun mağduru olabilmelidir. Bu değerlendirme daha adaletli bir sonuç meydana getirecektir. Zira TCK'nın 103. maddesinde suç mağdurunun açıkça çocuk olduğu düzenlenmiş ve daha önce ergin olma ile ilgili ayrıksı bir düzenleme yapılmamıştır. Kişinin, her ne kadar TMK gereğince evlenme yoluyla reşit kılındığı kabul edilse de bu husus onun henüz cinsel olgunluğa eriştiğine referans olamayacağı gibi kendisine yönelen cinsel eylemlere karşı kendini yetişkin bir birey gibi etkin bir şekilde koruyabileceği anlamına gelmemektedir.

³⁵¹ KÜSKÜ, s.169

³⁵² AYDIN, s.112-113

³⁵³ ÜNVER, s.41

³⁵⁴ KANTARCI, s.170-171

Mağdurun veya failin mahkeme kararıyla ya da evlenmeyle ergin kılınmasına medeni muhakemede bazı sonuçların tanınması, ceza muhakemesinde de aynı sonuçların bağlanması anlamına gelmeyecektir. Öte yandan, suç failinin evlenme veya mahkeme kararı yoluyla reşit kılınan bir kişi olması halinde nasıl gerçek yaşına bakılıyorsa, suçun mağduru olmak bakımından da mağdurun yaşına bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Aksi durum maddi gerçeği bulma amacıyla çelişki oluşturacaktır.³⁵⁵

Kanun koyucu, çocukların cinsel dokunulmazlıklarını daha özel bir şekilde korunmak, erken yaşta cinsel tecrübe yaşamalarının önüne geçerek cinsel gelişimlerine yönelik müdahaleyi engellemek ve cinsel eylemlere karşı kendisini etkin şekilde koruyamayacak olması nedeniyle ayrı ve bağımsız şekilde cinsel istismar suçunu ihdas etmiştir. Evlilik içerisinde zorla gerçekleşen cinsel eylemlerin yargıya daha az intikal ettiği³⁵⁶ ve ispatın, genel olarak cinsel suçlardaki ispat güçlüğünden daha fazla olduğu³⁵⁷ göz önüne alındığında eş tarafından çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemlerin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi çocuğu korumaktan uzak bir düşünce olacaktır.

Evlenme yoluyla ergin hale gelmiş mağdura karşı, eş tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar niteliğinde ki eylemlerin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi neticesinde meydana gelecek sonuçlar üzerinde durmakta fayda olacaktır.

TCK'nın 102/4. fıkrasında cinsel saldırı suçunda uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiş, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine varmayan yaralamalar nedeniyle ayrıca bir artırım öngörülmemiştir. Bu noktada örneğin, eş tarafından cinsel saldırı eylemine maruz kalan mağdurun bu eylem esnasında cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için kasten yaralamanın ağır neticelerine varmayacak düzeyde yaralamaya maruz kalması halinde eylem cinsel saldırı suçunun unsuru kabul edilecek, ayrıca kasten yaralama suçu oluşmayacaktır. Bu durumda fail eşin kasten yaralama eyleminde bulunarak gerçekleştirdiği cinsel saldırı eylemleri basit düzeydeyse suç teşkil

³⁵⁵ SANCAR, Türken Yalçın, “**Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler**”, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000463, Erişim Tarihi: 07.09.2021, s.8

³⁵⁶ KANTARCI, s.160; SANCAR, s.115

³⁵⁷ SANCAR, s.116

etmeyecek nitelikli düzeyde ise mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır. Aynı örnekte fail eş, mağdura karşı sadece kasten yaralama suçunu işlemiş olsaydı TCK'nın 86/3. fıkrası gereğince eylemi şikâyete bağlı olmaksızın resen takibatı yapılacaktı. Görüleceği üzere mağdura karşı gerçekleştirilen eylemlerin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi çelişkili bir durum ortaya çıkaracak ve neticeten çocukların korunmasından bahsedilemeyecektir.

Bir diğer çelişkili durumda evlenme yoluyla ergin kılınan eşe karşı zorla organ veya cisim sokma eyleminde suç takibatının yapılması mağdurun şikâyetine bağlı iken –eylemin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi halinde- cinsel istismar suçunun cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan halin failinin çocuk olması dışında suç takibatının resen yapılması anlaşılabilir bir durum değildir.³⁵⁸

Bu hususta son olarak değinilecek bir durumda, evlenme yoluyla ergin hale gelmiş kişiye karşı, eş tarafından rıza dışında gerçekleştirilen cinsel eylemlerle, eş dışındaki üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemlerin farklı değerlendirilmesidir. Çünkü mağdurun, eşi tarafından maruz kaldığı eylemlere karşı cinsel olgunluğa ulaştığı kabul edilirken eş dışındaki üçüncü kişiler tarafından cinsel olgunluğa erişmediğinin kabulü doğru olmayacaktır.

Kanımızca, sorunun çözümü için, TMK'da yapılacak değişiklikle evlenme yaşının mutlak olarak onsekiz olarak düzenlenmesi ya da TCK'nın 103. maddesinde suçun eşler arasında işlenmesi hali özelinde düzenlenerek TMK ve TCK arasındaki bu çelişkili durumun giderilmesi sağlanmalıdır.

e. Yasal Evlenme Yaşının Altında Gerçekleştirilen Fiili Evliliklerde Durum

Çocuk evlilikleri, çocukların cinsel, bedensel ve ruhsal anlamda kullanıldığı bir kurumdur. Bu evliliklerde, çocuklar genellikle kendirlerinden yaşça daha büyük kişilerle evlendirilmekte, bu kişiler veya taraf aileleri tarafından çocuk sömürülmektedirler.³⁵⁹ Öte yandan kız çocuğunun evden kendi rızasıyla kaçması ve kaçtığı kişiyle cinsel ilişkiye

³⁵⁸ YENERER ÇAKMUT, s.44

³⁵⁹ MEMİŞ KARTAL, s.24

girmesi neticesinde ailelerin, tarafların dini nikâh vecibesi altında birlikte yaşamalarına rıza göstermeleri durumu da karşılaşılan durumlar arasındadır.

Ülkemizde, genellikle kırsal bölgelerde dini nikâh veya geleneksel törenlerle gerçekleştirilen batıl evliliklerde, taraflardan biri kız çocuğuyken diğer tarafın, bazen yetişkin bir erkek olduğu bazen erkek çocuk olduğu görülmektedir. Bu şekilde yapılan birlikteliklerin ‘evlilik’ olarak nitelendirilmesi durumun toplum içerisinde kanıksanmasına ve meşrulaşmasına sebebiyet vermektedir.³⁶⁰

TCK’da önemli bir eksiklik olarak, yasal evlenme yaşının altındaki batıl evlilikleri suç olarak düzenleyen ayrı ve bağımsız bir suç bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin (CEDAW) 16/2. maddesi çocuk yaşta yapılan fiili evliliklere hukuki değer atfedilmemesi bakımından sözleşmeye taraf devletlere gerekli tüm önlemlerin alınması konusunda ciddi bir yükümlülük getirmektedir.³⁶¹ Bu doğrultuda, çocukların yasal evlenme yaşının altında sözde evlilik vecibesi altında bir araya getirilmesini suç olarak düzenleyen yasal düzenlemeler yapılmalıdır.³⁶² Bu şekilde çocuk yaşta evliliğin tüm boyutlarıyla daha etkin bir mücadele sağlanabilir ve durumun sosyal boyutunu barındıran yasal düzenlemeler yapılabilir.³⁶³

Türk Medeni Kanun’u gereğince kişi, yasal temsilci izniyle 17 yaşında; olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde ise hâkim kararı ile 16 yaşında evlenebilmektedir.(m.124) Dolayısıyla, 16 yaşını doldurmamış olan çocuğun resmi olarak evlenmesi mümkün değildir. Yasal evlenme yaşının altındaki batıl evlilikler genellikle eşlerin doğum için hastaneye gitmeleri halinde veya şikâyet üzerine adli makamlara intikal etmektedir.³⁶⁴

Ülkemizde oldukça yaygın olan yasal evlenme yaşının altındaki batıl evliliklerde gerçekleşen cinsel eylemler bakımından, failin yetişkin olması durumunda uygulanacak

³⁶⁰ AYDIN, s.85; TANER, s.321 (Yazara göre, batıl evliliklerin toplumda meşrulaşmasının en önemli sebebi evlenmenin dinsel törenle yapılmasıdır. Bu sorunun önüne geçmenin etkili araçlarından birisi de dinsel töreni yapan kişinin cezasını ciddi bir şekilde artırmaktır.)

³⁶¹ TANER, s.294

³⁶² MEMİŞ KARTAL, s.29; ŞİRİN, s.23

³⁶³ ŞİRİN, s.23

³⁶⁴ KÜSKÜ s.117; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.365-366

kanun hükümleri açısından bir sorun bulunmamaktadır. Mağdurun, onbeş yaşından küçük olması veya onbeş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin gelişmemiş olması halinde -mağdurun geçersiz olan rızası olsa dahi- gerçekleştirilen her türlü cinsel eylem, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.³⁶⁵ Mağdurun, onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş olması halinde, zorla gerçekleştirilen cinsel eylemler, cinsel istismar suçunu meydana getirecek; eylemin, rıza ile gerçekleştirilmesi halinde ise cinsel ilişki dışındaki eylemler bakımından suç oluşmayacak, eylem cinsel ilişki niteliğinde ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.³⁶⁶ Cinsel ilişkiye girilmesinden sonra tarafların resmi olarak evlenmesi ise durumu değiştirmeyecektir.³⁶⁷

Yasal evlenme yaşının altındaki fiili evliliklerde asıl sorun fiili olarak evlenen ya da evlendirilen tarafların her ikisinin de çocuk olması durumudur. Sorunun çözümüne yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, evlendikleri zannıyla cinsel ilişkiye giren çocukları cezalandırmak hiçbir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle kanuna yaş farkını gözetilen bir şahsi cezasızlık sebebi konulması gerekmektedir. Bu şekilde eylemin suç vasfının devam etmesi sağlanırken çocukları cinsel davranışa yönlendiren kişilerin cezalandırılmasına devam edilebilecektir.³⁶⁸ Aksi durum, erken yaşta evlenmeyi kanıksamış olan bazı kesimlerin yaptıklarının meşru görülmesine sebebiyet verecektir ki bu durum hükümden beklenen faydanın da ötesinde zarara sebebiyet verecektir.³⁶⁹

Bir görüşe göre, her iki tarafın akranlık içerisinde olduğu ve birliktelikten çocuğun meydana geldiği durumlarda değerlendirme yapılırken doğmuş çocuk veya çocukların yararını da gözetmek gerekecektir. Bu durumda ailenin durumunu inceleyen ve bütün süreci

³⁶⁵ TANER, s.293; TANERİ, KAMIŞLI, s.340; ÖZBEK, KANBUR, s.629; DURSUN, Selman, ‘‘Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış’’, Ceza Hukuku Dergisi, Editör: Veli Özer Özbek, Cilt:9, Sayı:24, Nisan 2014, s.67

³⁶⁶ TANER, s.294; ÖZBEK, KANBUR, s.629; TANERİ, KAMIŞLI, s.340

³⁶⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.483

³⁶⁸ TANER, s.319

³⁶⁹ TANER, (Anayasa Mahkemesi), s.230

kapsayan sosyal inceleme raporu hazırlanarak değerlendirme yapılmalı ve sonuca varılmalıdır.³⁷⁰

Bir görüşe göre, asıl problem evlenme yaşına dair öngörülen kanunî düzenlemenin toplum tarafından kabulünde yatmakta olup, çözümün kaynağı burada aranmalıdır.³⁷¹

Kanımızca, fiili olarak evlendirilen çocukların durumu çocuklar arasında gerçekleşen cinsel eylemler sorunuyla birlikte ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorununun çözümüne yönelik ifade ettiğimiz gibi, TCK'nın 103. maddesine "fail ile mağdur arasındaki yaş ve gelişim farkı ile diğer koşullara bakıldığında bir istismar olgusunun belirlenmediği takdirde faile ceza verilmez" şeklinde bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde, evlendikleri zannıyla hareket eden ve eylemleri istismar kastı taşımayan, akran yaştaki çocukların eylemi suç teşkil edecek ancak bu çocukların cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Buna karşın, çocukları bu şekilde yaşamaya yönlendiren kişilerin cezalandırılmasını sağlanabilecektir.

Yasal evlenen yaşının altındaki fiili evliliklerde taraf ailelerinin durumu iştirak başlığı altında incelenecektir.

f. Yaş Tespiti

Çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun yaşı, faile uygulanacak kanun maddesi bakımından önem oluşturduğundan, mutlaka nüfus müdürlüğünden mağdurun onaylı nüfus kaydı getirilmelidir. Mağdurun, nüfusa kayıtlı olmaması halinde bilimsel yaşı belirlenerek nüfusa kaydı yapılması gereklidir. Mağdurun nüfus kaydındaki yaşı ile görünümü arasında mahkemede tereddüt hâsıl olmuşsa veya mağdurun yaşı hakkında taraflardan bir itiraz gelmişse, mahkeme CMK'nın 218/2. maddesi gereğince mağdurun yaşını 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda belirtilen şekilde kendisi düzelterek hüküm kurulacaktır.³⁷²

³⁷⁰ ŞİRİN, s.23

³⁷¹ DURSUN, s. 67

³⁷² AKKAYA, s.179; TUĞRUL, s.261-262; ARTUÇ, s.472; HOROZGİL, s.118-119; ÇITAKLAYIM, s.214; TANERİ, KAMIŞLI, s.342; TANER, s.297; KAFES, s.63-64; ARTUÇ, s.596

Ülkemizde, nüfus kayıtlarıyla ilgili problemler henüz tam anlamıyla çözüme kavuşturulmadığından ve doğumların kaydı sağlıklı bir şekilde yapılamadığından bazı sorunlar doğmakta ve bu durum, yaş kayıtlarına genellikle itiraz edilmesine neden olmaktadır.³⁷³ Sanığın ‘‘mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi’’, ‘‘mağdur onsekiz yaşından büyük göstermektedir’’³⁷⁴, ‘‘mağdur bana babasının nüfusa geç tescil ettirdiğini söyledi’’, ‘‘onbeş-onaltı yaşlarında gösteriyordu’’³⁷⁵ veya ‘‘mağdurun yaşı gerçekte büyüktür’’³⁷⁶ şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğindedir.

Mağdurun yaşının düzeltilmesi yoluna sanığın hukuki durumunun etkilenmesi halinde gidilebilecektir.³⁷⁷ Mahkemece, mağdurun nüfus kayıt örneği ile resmi kurumda doğmuşsa doğum kaydı dosyaya celp edilecektir. Mağdurun, resmi kurum doğumlu olmaması durumunda yaşını belirlemeye yönelik kemik grafikleri çektilererek, tam teşekküllü bir hastaneden -içerisinde mutlaka radyoloji uzmanının bulunduğu- sağlık kurulu raporu aldırılmalı, duraksama halinde Adli Tıp Kurumu’ndan görüş alınarak gerçek yaşı bilimsel şekilde belirlenmelidir.³⁷⁸ Mağdur resmi sağlık kuruluşunda doğmuş olsa dahi mağdurun yaşı konusunda şüphe mevcutsa resmi kurum tarafından düzenlenen tutanaklarla yetinilmemeli, ayrıca yaş tespiti yaptırılmalıdır.³⁷⁹

Mağdur yaşının tespiti için oluşturulacak kurulda, yaş tespiti için gerekli kemik ölçümlerinin sadece radyoloji bilimi tarafından gerçekleştirilecek olması nedeniyle radyoloji uzmanı mutlak surette bulunmalıdır.³⁸⁰ Yargıtay, yaş tespitine ilişkin alınan sağlık kurulunda, radyoloji uzmanının bulunmamasını bozma nedeni saymaktadır.³⁸¹

³⁷³ MALKOÇ, s.1706

³⁷⁴ ARTUÇ, s.596

³⁷⁵ YARGITAY 5. CD. E.2006/1499 K.2006/4274 T.22.05.2006

³⁷⁶ YARGITAY 5. CD. E.2006/3997 K.2006/7126 T.20.09.2006

³⁷⁷ YARGITAY 5. CD. E.2006/2006 K.2008/5241 T.27.05.2008

³⁷⁸ KÜSKÜ s.34-35; HOROZGİL s.119

YARGITAY 5. CD. E.2008/13717 K.2009/72 T.19.01.2009; YARGITAY 14. CD. E.2013/10064 K.2015/8581 T.28.09.2015; YARGITAY 14. CD. E.2014/9359 K.2017/2804 T.23.05.2017; YARGITAY 14 CD. E.2016/5741 K.2017/181 T.16.01.2017; YARGITAY 14. CD. E.2014/123 K.2014/1279 T.07.02.2014; YARGITAY 14. CD. E.2018/590 K.2018/6907 T.21.11.2018

³⁷⁹ TANER, s.297

³⁸⁰ GÜRGEN, s.172

³⁸¹ YARGITAY 14. CD. E.2016/13150 K.2020/1239 T.17.02.2020

Mağdurun yaşına ilişkin problemin soruşturma aşamasında ortaya çıkması halinde, cumhuriyet savcısı bilirkişi yardımından faydalanmak suretiyle mağdurun gerçek yaşının tespitini sağlamalı ve gerekmesi halinde yaş tahsisi davası açmalıdır.³⁸² Ancak uygulamada, mağdurun yaşına ilişkin itirazların soruşturma aşamasında göz ardı edildiği ve araştırmaların kovuşturma evresine bırakıldığı görülmektedir. Bu aralıktaki süreçte mağdurun fiziksel gelişimi nedeni ile suç tarihindeki yaşının belirlenmesini zorlaştırmaktadır.³⁸³

Kovuşturma evresinde, mağdurun gerçek yaşının tespitinin ardından mahkeme ara kararlar veya vereceği nihai kararlar birlikte mağdurun yaşını düzeltebilir. Hükme yönelik istinaf/temyiz süresinin geçirilmesi ile yaş düzeltilmesine ilişkin kararda kesinleşecektir.³⁸⁴ Hükme karşı yapılan istinaf/temyiz incelemesi neticesinde mahkemenin hükmü mağdurun düzeltilen yaşı dışındaki hususlar yönünden bozulmuş olsa bile bu kısım kesinleşmiş sayılmamaktadır.³⁸⁵ Zira istinaf/temyiz incelemesi sonucunda hükmün bozulması nedeniyle mahkemece verilmiş olan hüküm ortadan kalktığından yaş ile ilgili verilmiş olan kararda ortadan kalkacaktır. Mağdur yaşının düzeltilmesi gerekiyorsa tekrar kısa veya gerekçeli kararda yaşa ilişkin hüküm kurulması gerekmektedir. Bozma öncesindeki yaş düzeltilmesine dayanarak hüküm kurulamayacaktır.³⁸⁶ Tüm araştırmalara rağmen mağdurun yaşının tespiti mümkün değilse bu durum sanık lehine değerlendirilecektir.³⁸⁷

Mağdurun yaşının düzeltildiği duruşmaya nüfus idaresi temsilcisi de katılmalıdır. Mahkemece verilen nihai kararlar mağdurun yaşı düzeltilmişse nüfus idaresinin yaş düzeltme kararını istinaf/temyiz etme hakkı bulunmaktadır.³⁸⁸ Yargıtay, Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesi gereğince, yaş düzeltme davalarında, nüfus müdürlüğü yetkilisinin yokluğunda mağdurun yaşının düzeltilmiş olmasını bozma nedeni yapmaktadır.³⁸⁹

³⁸² YOKUŞ SEVÜK, s.148

³⁸³ KAFES, s. 64

³⁸⁴ YELDAN, s.217

³⁸⁵ AKKAYA, s.181; TUĞRUL, s.264; ARTUÇ, s.596

³⁸⁶ BAYTEMİR, s.48

³⁸⁷ BAYTEMİR, s.50

³⁸⁸ YELDAN, s.217

³⁸⁹ YARGITAY 14. CD. E.2018/1969 K.2019/9895 T.21.05.2019

Mağdurun gerçek yaşı ile düzeltilen yaşının farklı olması ve mağdurun gerçek yaşının sanığın lehine olması halinde mağdurun gerçek yaşı hükme esas alınmalıdır.³⁹⁰ Örneğin, nüfus kayıtlarına göre reşit olan ancak normalde küçük olan mağdurla cinsel ilişkiye giren fail TCK'nın 30/1. fıkrası gereğince hata hükümlerinden faydalanacak ve onsekiz yaşından büyük biriyle rıza doğrultusunda yaşamış olduğu cinsel ilişkiden dolayı cezalandırılmayacaktır.³⁹¹

Eski uygulamada, Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-b bendi gereğince nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabileceğinden, mağdurun yaşının daha önce hukuk mahkemesi tarafından düzeltilmiş ve kararın kesinleşmiş olması halinde mağdurun yaşının yeniden düzeltilmesi mümkün değildi. Sanığın hukuki durumunun tayini ise tespit edilen yaşa göre yapılmaktaydı. 06.12.2012 tarihli Resmi gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 30.03.2012 T. ve 2011/34 E. 2012/48 K. sayılı kararı ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-b bendi iptal edilmiş ve mağdurun nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda tekrar karar verilmesi olanaklı hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından itibaren mağdurun yaşı daha önce düzeltilmiş olsa dahi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından CMK'nın 218. maddesi doğrultusunda mağdurun yaşı ikinci kez düzeltilebilecek ve sanığın hukuki durumu düzeltilen yaşa göre belirlenebilecektir.³⁹² Ceza davası açıldıktan sonra daha önce açılan ve derdest olan davada hukuk mahkemesinin yaş düzeltme ile ilgili yetki ve görevi artık sona erecektir.³⁹³ Yargıtay, hukuk mahkemesi tarafından mağdurun yaş tahsisi hususunda karar verildiği tarihte ceza davasının derdest olması nedeniyle hukuk mahkemesince görevsizlik kararı verilmesine ve yaş araştırmasının ceza mahkemesi tarafından yapılması gerektiğine hükmetmiştir.³⁹⁴ Yaş düzeltilmesi davası

³⁹⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.342

³⁹¹ ÇALIŞKAN, s.87; TANERİ, KAMIŞLI, s.342

³⁹² ÜNVER, s.26 (Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-b bendinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve Yargıtay'ın verdiği hatalı kararlar doğrultusunda uygulamada sıklıkla mağdurun yaşı failin lehine olacak şekilde değiştirilmektedir. Mevcut düzenleme ve uygulamalar yaş düzeltilmesi davasının birden fazla açılabilmesine imkân tanımakta ve bu durum uygulamada suistimale açık şekilde yapılmaktadır. Bu nedenle, amaç dışı ve keyfi uygulamaların terk edilmesi gerekmektedir.)

YARGITAY CGK E.2016/73 K.2020/40 T.30.01.2020; YARGITAY 14. CD. E.2012/8817 K.2014/7003 T.27.05.2014; YARGITAY 14. CD. E.2012/8817 K.2014/7003 T.27.05.2014; YARGITAY 14. CD. E.2012/8817 K.2014/7003 T.27.05.2014; YARGITAY 14. CD. E.2011/7381 K.2013/1585 T.20.02.2013

³⁹³ BAYTEMİR, s.52

³⁹⁴ YARGITAY 14. CD. E.2011/7381 K.2013/1585 T.20.02.2013

sırasında mağdurun doğum yılı belliyken doğum günü ve ayı belli değilse Nüfus Kanunu'nun 39. maddesine göre mağdurun o yılın temmuz ayının birinci günü doğduğu kabul edilmektedir.³⁹⁵

3. SUÇUN KONUSU

Suçun konusu, eylemin üzerinde icra ettirildiği eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır. Suçla korunan hukuki değerle suçun konusu aynı kavramlar değildir. Korunan hukuki değer suçun işlenmesiyle ihlal edilir. Ancak suçun konusu suçun işlenmesiyle zarar görmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır.³⁹⁶

Cinsel istismar suçunun konusu ise çocuktur.³⁹⁷ Cinsel davranışa maruz kalan, cinsel istismar niteliğindeki davranışlar üzerinde gerçekleşen çocuğun vücududur.³⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre suçun konusunu kişinin vücudu oluşturmaktadır.³⁹⁹ Doktrinde ise suçla korunan hukuki değer, çocuğun vücudu ve cinsel dokunulmazlığı (cinsel bütünlüğü) olduğu da ifade edilmiştir.⁴⁰⁰ Kanımızca, suçun konusunu eylemin üzerinde icra ettirildiği maddi şey oluşturmaması ve cinsel istismar eyleminin, mağdur çocuğun bedeni üzerinde gerçekleştirilmesi nedeniyle cinsel istismar suçun konusunu mağdur çocuğun bedeni oluşturmaktadır. Cinsel dokunulmazlık ise cinsel istismar suçunun konusu olamaz. Çünkü cinsel dokunulmazlık suçun konusunu değil suçla korunan hukuki bir değeri ifade etmektedir.

³⁹⁵ TAŞTAN, s.582; YELDAN, s.218; TANER, s.85

³⁹⁶ ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.219-220

³⁹⁷ SÖZÜER, s.272

³⁹⁸ SÖZÜER, s.272; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.313; ÜZÜLMEZ, s.30; ERCAN, s. 93

³⁹⁹ YARGITAY CGK. E.2019/375 K.2020/223 T.21.05.2020

⁴⁰⁰ AYDIN, s.25; ÖZBEK DOĞAN BACAKSIZ s.356; PARLAR, BANKO s.98; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1649; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.115; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3712,3717; SAVAŞCI, s. 121; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.309

4. FİİL

Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi unsurunu, çocuğun cinsel davranışlarla istismar edilmesi oluşturmaktadır.⁴⁰¹ Cinsel istismarın ne olduğu TCK'nın 103/1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan cinsel istismar madde metninde açıklanmıştır. Ancak bu tanımlama yetersiz kalmakta, "her türlü cinsel davranış" ibaresi belirsiz ve genişletilmeye müsait yapıdadır.⁴⁰² Ayrıca madde metninde "cinsel davranış" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu kavramın vücut dokunulmazlığının ihlalinin gerektirip gerektirmediği gibi hususlarda muğlak bırakılmıştır.⁴⁰³

Cinsel davranış, "*cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler*" olarak ifade edilmektedir.⁴⁰⁴

Madde lafzından hareket edildiğinde; (a) bendi kapsamındaki çocuklara karşı tek bir cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluştururken, (b) bendi kapsamına giren çocuklara karşı birden fazla cinsel davranışın cinsel istismar suçunun oluşacağı sonucuna varılmaktadır. Madde metni, gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde ise kanun koyucunun amacının böyle bir ayrıma yapmak olmadığı görülmektedir. Bu nedenle her iki alternatif bakımından da cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi için tek bir cinsel davranış yeterlidir.

⁴⁰¹ YOKUŞ SEVÜK, s.149

⁴⁰² MEMİŞ KARTAL, s.160

⁴⁰³ HOROZGİL, s.121

⁴⁰⁴ YENİDÜNYA, s.3303

Yargıtay uygulaması da bu şekildedir.⁴⁰⁵ Aksi yorum, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı tek bir hareketle cinsel istismar suçunun işlenemeyeceği sonucunu doğuracaktır. Bu durum yetişkinlere karşı tek bir hareketle cinsel saldırı suçunun oluşabilecekken çocuklara karşı birden çok hareketin yapılması gerektiği gibi garip bir sonuç meydana getirecektir.⁴⁰⁶

TCK'nın 103. maddesinde "vücut dokunulmazlığın ihlali" ibaresine yer verilmemiş olması cinsel istismar suçunun oluşması için mağdur vücuduna temasının zorunlu olup olmadığına ilişkin tartışmalara sebep olmuştur.⁴⁰⁷ TCK'nın 103. maddesinde ve madde vücut temasının arandığına ilişkin bir açıklama bulunulmamasından hareketle çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumu için vücuda temas olsun veya olmasın tüm cinsel davranışların, cinsel istismar suçunu oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁴⁰⁸ 6545 sayılı Kanun'a ilişkin Hükümet Tasarısının gerekçesinde "*Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır.*" açıklamalarına yer verilmiştir.⁴⁰⁹ Kanımızca, cinsel istismarın; genital bölgelere elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanmak

⁴⁰⁵ TAŞTAN, s.249; MEMİŞ KARTAL, s. 178 (TCK'nın 103/1-a bendinde "her türlü cinsel davranış", b bendinde ise "cinsel davranışlar" şeklinde düzenleme yapılmış olması belli bir maksat taşımamakla birlikte aynı tür cinsel davranışları ifade etmektedir); MALKOÇ, s.1709 (TCK'nın 103/1-b bendinde "cinsel davranışlar" şeklinde çoğul ifade kullanılması, cinsel istismar eylemi için aranan hareket çokluğunu değil, benzer eylemleri oluşturan davranışları ifade için kullanılmış olması gerekir.); KOCA, ÜZÜLMEZ, s.358-359 (TCK'nın 103/1-a bendinde "her türlü cinsel davranış" b bendinde ise "cinsel davranışlar" biçiminde çoğul olarak düzenleme yapılmış olması kanun koyucunun amacının cinsel istismar suçunu oluşturan hareketlerin niceliği konusunda ayırım yapmak olduğu değildir. Kanun koyucu suçun oluşumu için tek davranışın yeterli olmasına rağmen zamansal ve mekânsal birliktelik oluşturan hareketlerin tamamının hukuki anlamda tek hareket olduğunu belirtmek için bazı suç tanımlamalarında fiili çoğul kavramlarla ifade edebilmektedir. Kanun koyucunun burada kullandığı yöntem bundan ibarettir.) HOROZGİL, s.123 (Kanun koyucunun, maddenin (a) bendinde "her türlü cinsel davranış", (b) bendinde ise "cinsel davranışlar" deyimini kullanmış olmasını onun bir özensizliği olarak kabul etmek gerekir.) ÜZÜLMEZ, s.33 (Kanun koyucunun buradaki amacı nicelik olarak bir ayırım yapmak değildir. Suçun oluşumu için tek bir davranış yeterlidir.)

⁴⁰⁶ MALKOÇ, s.1709

⁴⁰⁷ AYDIN, s.37

⁴⁰⁸ GÜRGEN, s. 175-176; MEMİŞ KARTAL, s.162

⁴⁰⁹ YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2019/172 K.2020/294 T.16.06.2020

ve ırza geçmeye kadar olan tüm davranışları içerisinde barındıran geniş bir ifade⁴¹⁰ olması nedeniyle TCK'nın 103 maddesinde "vücut dokunulmazlığın ihlali" ifadesine yer verilmeyerek her türlü cinsel davranışın, cinsel istismar kapsamında görülmesi olması gereken hukuk açısından doğru bir uygulamadır. Ancak kanun koyucunun, suç düzenlemesi ile murat ettiği durum bu değildir. 6545 sayılı kanun değişikliği gerekçesinde, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiziksel temasın zorunlu olduğunun belirtilmesi, çocuğa karşı cinsel taciz eyleminin, cinsel taciz suçunda nitelikli hal olarak düzenlenmesi ve cinsel saldırı ile cinsel istismar suçu arasındaki esas ayrımı mağdurun yaşı oluşturması nedeniyle cinsel istismar suçunun oluşması için mağdur vücuduna temas zorunludur. Nitekim uygulamada da mağdur vücuduna temas zorunlu olarak aranmaktadır. Öte yandan ifade etmek gerekir ki madde metninde yer alan "her türlü cinsel davranış" ibaresi lafzi olarak geniş yorumlanmaya müsait yapısı nedeniyle belirlilik ilkesine aykırı şekildedir. Bu nedenle TCK'nın 103. maddesinde tıpkı 102. maddede olduğu gibi "vücut dokunulmazlığın ihlali" ibaresine yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu şekilde suçun oluşması için mağdur vücuduna temasın gerekip gerekmediğine yönelik tartışmaların önüne geçilmiş olacaktır.

Cinsel istismar suçunda, cinsel istismar eylemi suçun basit hali, sarkıntılık suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ve cinsel istismarın vücuda organ veya cisim sokma şeklinde gerçekleştirilmesi suçun daha fazla ceza gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁴¹¹

Mağdur çocuğa karşı yapılan temas içerikli cinsel davranış, ani ve kesik nitelikte ise cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan hali; ani ve kesik nitelikte olmayıp devamlılık oluşturması durumunda ise cinsel istismar suçunun basit hali meydana gelmektedir. Cinsel amaçla yapılmış eylem mağdur vücuduna temas şeklinde değilse cinsel taciz suçu oluşmaktadır.⁴¹² Suçun, vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenmesi halinde ise cinsel istismar suçunun nitelikli hali meydana gelmektedir.

⁴¹⁰ ÖZBEK, s.119; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s.361; POLAT, s.45; POLAT, (Şiddet), s.31; POLAT, (Adli Psikoloji), s.58

⁴¹¹ AKKAYA, s.186

⁴¹² YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.216; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.490-491 (Yazarlara göre, mağdurun cinsel özgürlüğünü en ağır şekilde ihlal eden davranışların sırf "bedensel temas edilmedi" diye cinsel taciz olarak değerlendirilmesi adil ve fiil ağırlığıyla orantılı bir uygulama sağlamayacaktır.)

a. Suçun Basit Halinde Fiil

Suçun basit halinin maddi unsurunu, çocuklara karşı cinsel ilişki boyutuna varmayan ancak sarkıntılık düzeyinde de kalmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır.⁴¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, cinsel istismar suçunun basit halini meydana getiren eylemleri "cinsel ilişki boyutuna varmayan, failin cinsel tatminine yönelik, mağdurun vücut bütünlüğüne karşı yapılan şehvi ve süreklilik arz eden davranışlar" şeklinde tanımlamıştır.⁴¹⁴

Cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için mağdur vücuduna temas şarttır. Mağdur vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve uzaktan uzağa dokunma olmaksızın yapılan hareketler cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır.⁴¹⁵ Cinsel istismardan bahsedebilmek için hareketin mutlaka mağdur bedeni üzerinde gerçekleştirmesi gerekeceğinden failin cinsel tatmin taşıyan hareketi kendi vücudu üzerinde ve mağdurun karşısında gerçekleştirmesi durumunda bu suç oluşmayacaktır.⁴¹⁶ Nitekim Yargıtay sanığın cinsel organını çıkarıp mağdurlara bakarak ve onların görebileceği şekilde eliyle oynamaktan ibaret eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.⁴¹⁷

Temas içeren eylemin, sadece mağdur vücuduna yapılmasıyla değil failin kendi vücuduna, mağdurun temas etmesini sağlamasıyla da gerçekleştirmesi mümkündür. Örneğin failin cinsel organını mağdura elletmesi halinde de cinsel istismar eylemi meydana gelmektedir.⁴¹⁸ Kaldı ki failin bizzat mağdurun cinsel bölgesine dokunmak suretiyle meydana getirdiği haksızlık ile failin kendi cinsel bölgesine mağduru zorlayarak dokundurması halinde oluşan haksızlık arasında bir fark bulunmamaktadır.⁴¹⁹

Cinsel istismar fiilinin mutlaka fail tarafından mağdur çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Failin, çocuğu kendi vücudu üzerinde cinsel davranışlara zorlaması halinde de cinsel istismar suçu oluşabilmektedir.⁴²⁰ Yargıtay, sanığın, mağdura

⁴¹³ BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.507

⁴¹⁴ YARGITAY CGK. E.2019/221 K.2020/312 T.23.06.2020

⁴¹⁵ GERÇEKER, s.1046,1013

⁴¹⁶ MERAN, Necati, **Açıklamalı- İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007, Ankara, s.534

⁴¹⁷ YARGITAY 14. CD. E.2011/7408 K.2013/779 T.29.01.2013

⁴¹⁸ AYDIN, s.38

⁴¹⁹ PAKIR, s.94

⁴²⁰ ÜZÜLMEZ, s.31

hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdura ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağduru tehdit ederek, internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurun elbiselerini çıkartmasını ve cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etme eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturacağına karar vermiştir.⁴²¹ Failin, mağduru kendi vücudu üzerinde zorla bazı hareketlerde bulunmaya zorlaması halinde ise her ne kadar failin mağdur vücuduna yönelik bir teması mevcut olmasa mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olduğundan suç oluşacaktır. Mağdurun kendi vücuduna dokunmaya zorlanması durumunda bu suçun oluşmadığı kabul edildiği takdirde, mağdurun kendi vücuduna bir organ veya cisim sokmaya zorlanması halinde de, suçun nitelikli halinin oluşmadığını kabul etmek gerekir ki, böyle bir yaklaşım kabul edilemez.⁴²² Öte yandan örneğin, failin, mağdurun elbiselerini çıkarıp onu seyretmesi ile mağduru zorlayıp elbiselerini çıkarmasını sağlamak arasında haksızlık yönünden hiçbir fark yoktur.⁴²³ Çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan kişinin fiilinin dolaylı faillik olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir.⁴²⁴ Kanımızca fail burada dolaylı fail olarak değil doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır. Nitekim fail çocuğun iradesini etki altına alarak kendi vücuduna cinsel eylemlerde bulunmaya zorlanmaktadır. Burada fail, çocuğun iradesini etki altı alarak başka birine karşı suç işlemekte kullanmamaktadır. Bu nedenle dolaylı faillik için aranan şartlar oluşmamaktadır.

Temas eylemin, mağdurun veya failin cinsel organlarına yönelik olması şart değildir. Failin cinsel arzularını tatmin etme kastıyla mağdurun cinsel olmayan bölgelerine temasta bulunması halinde de suç oluşmaktadır.⁴²⁵

⁴²¹ YARGITAY 14. CD. E.2014/3380 K.2016/2793 T.22.03.2016

⁴²² TANER, s.148 (Yazara göre, bu sorun İtalyan ve Alman Ceza Kanunu'nun formülasyonu kabul edilerek çözülebilir. Zira bu kanunlarda suçun maddi unsuru açıkça cinsel davranışta bulunmaya veya katlanmaya zorlanmak şeklinde düzenlenmiştir.) ÖZEN, s.524 (Yazara göre, mağdurun kendi vücudu üzerinde zorla bazı hareketlerde bulunmaya zorlaması halinde cinsel taciz ve hürriyetten yoksun kılma suçlarının oluştuğu kabul edilerek fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.)

⁴²³ PAKIR, s.95

⁴²⁴ ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2020, s.865; TEMEL, Muhammed Zeki, "Yargıtay İçtihatları Işığında Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu Açısından Teşebbüs ve İştirak Hükümlerinin Uygulanması" Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı:25, Yıl: 2019, s.325; SÖZÜER, s.271; TANER, s.171; KÜSKÜ, s.46

⁴²⁵ AYDIN, s.38

b. Suçun Sarkıntılık Düzeyinde Kalan Halinde Fîil

765 sayılı ETCK'nın 421. maddesinde düzenlenen sarkıntılık suçunu ‘*belirli bir kimsenin rızası hilafına edep ve iffetine dokunacak şekilde şehvet duygusuyla söz, yazı ve vücuda temas biçiminde gerçekleşen sırnaşıkça hareketler*’⁴²⁶ oluşturmaktaydı. Suçun oluşabilmesi için vücuda temas şart değildi. Ancak temas durumunun mevcudiyeti durumunda bu temasın ani ve devamlılık oluşturmayacak şekilde olması gerekmektedir. Temas eyleminin devamlılık oluşturması durumunda ise ırza tasaddi suçu meydana gelmekteydi.⁴²⁷

765 sayılı ETCK'da sarkıntılık kapsamında kabul edilen hareketlerin vücut teması şeklinde olanları, 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı/istismar suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini meydana getirirken vücut teması şeklinde gerçekleşmeyenler (söz, yazı vb.) ise cinsel taciz suçunu meydana getirmektedir.⁴²⁸ Bu bakımdan, 765 sayılı ETCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için bedensel temasın varlığı şarttır.⁴²⁹

765 sayılı ETCK'da bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olan sarkıntılık suçu 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almamış,⁴³⁰ 6545 sayılı kanun değişikliğinin 59. maddesi ile basit cinsel istismar suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak madde metnine dâhil edilmiştir.⁴³¹

⁴²⁶ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3628, 3712

⁴²⁷ TEKİN, Nurullah, ‘**Cinsel Saldırı Suçunun 765 ve 5237 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi**’, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Yayın:84, Aralık 2009, s.3807

⁴²⁸ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3628, 3709

⁴²⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.521; TANER, s.160; TANER, Fahri Gökçen, ‘**6545 sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Net Getirdi? Ne Getirebilirdi?**’, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s.75

⁴³⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.414; TANERİ, KAMIŞLI, s.363-364; TAŞTAN, s.257-258; PAKIR, s.237; ŞİMŞEK, s.318

⁴³¹ ERDEM, Eylül, TÜRAY, Aras, ‘**Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi**’, Suç ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Haziran 2019, s.73; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.414; TANERİ, KAMIŞLI, s.363-364; TAŞTAN, s.257-258; AKKAYA, s.196; ARTUÇ, s.598; ÖZEN, s.462,466; ERCAN, s.95; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.308; YURTCAN, s.124 (Yazara göre, Türk uygulamasının 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından sonra çocuk istismarı kavramını oturtmaya çalışırken birde sarkıntılık kavramının kanuna eklenmesi, fiillerin nitelendirilmesinde zorluğa sebebiyet verecektir.); TANER, Fahri Gökçen, ‘**6545 sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Net Getirdi? Ne Getirebilirdi?**’, TBB

5237 sayılı TCK'da 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde cinsel istismar suçu, basit cinsel istismar ve nitelikli cinsel istismar olarak ikiye ayrılmaktaydı. Suçun basit şeklini, vücuda organ ve cisim sokma boyutuna varmayan ancak vücuda temas şeklinde gerçekleşen cinsel davranışlar; nitelikli şeklini de organ ve cisim sokma şeklinde gerçekleşen cinsel davranışlar oluşturmaktaydı.⁴³² Mağdur vücuduna, cinsel amaçlı yapılan tek bir temas dahi basit cinsel istismar suçunu oluşturmakta,⁴³³ fiilin ani ve tek olmasıyla ya da birden fazla olması suçun oluşması bakımından önem arz etmemekteydi.⁴³⁴ Çocuğun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen ve süreklilik arz etmeyen ani nitelikteki cinsel davranışların cinsel istismar kapsamında değerlendirilmesi adaletsiz sonuçların meydana gelmesine sebebiyet vermektedir.⁴³⁵

Öğretide, sarkıntılık fiili tanımının karışık nitelikte olduğu, farklı mahkeme kararlarına neden olabilecek bu fiilin uygulama birliğinin oluşmasını engeller niteliğinin bulunduğu ve bu nedenle kanunun 6545 sayılı değişiklik öncesindeki yalın halinin uygulama birliği açısından daha uygun olduğu ileri sürülmüştür.⁴³⁶ Kanımızca, 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikle sarkıntılığın madde kapsamına dâhil edilmesi yerine değişiklik öncesi düzenlemeyle devam edilerek hâkimin temel cezayı belirlerken cinsel davranışın niteliğine göre alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza tayin etmesinin desteklenmesi ilke olarak daha doğru olabilirdi. Ancak uygulamada hâkimlerin temel cezayı genellikle alt sınırdan belirlemeye yönelik tutumları nedeniyle uygulamacının sarkıntılık hipotezine ihtiyaç duyduğu ifade edilebilir.⁴³⁷ Kanun koyucu, madde metnine sarkıntılık hipotezini de ekleyerek bu eylem ile suçun basit hali karşılığında öngörülen ceza yaptırımlarını farklı belirlemiştir. Bu şekilde haksızlık olarak ağırlıkları farklı olan eylemlerin aynı kapsamda

Dergisi, Özel Sayı, 2017, s.71 (Yazar, sarkıntılığın, suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali yerine suçun hafif şekli olarak değerlendirilmesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir.)

⁴³² TANER, Fahri Gökçen, “**6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme**”,

https://www.academia.edu/7925317/6545_Say%C4%B1%C4%B1_Kanunla_Cinsel_Su%C3%A7larda_Yap%C4%B1lan_De%C4%9Fi%C5%9Fiklikler_%C3%9Czerine_Bir_De%C4%9Ferlendirme,

Erişim Tarihi: 01.07.2021, s.60

⁴³³ ARTUÇ, s.578

⁴³⁴ YOKUŞ SEVÜK, Handan, “**6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl:2015, s.125

⁴³⁵ ARTUK, ALŞAHİN, s.3243

⁴³⁶ PAKIR, s.237

⁴³⁷ TANER, (Cinsel Suçlar), s.61

görülmesinin önüne geçilmiştir. Bu kapsamda sarkıntılık hipotezinin kanuna eklenmesinin yerindedir. Ancak sarkıntılık hipotezinin kapsamı belirlilik ilkesine aykırı şekilde düzenlenmiştir. Nitekim madde metninde suçun sarkıntılık düzeyinde kalması hali ile ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış ve suçun basit hali ile ayırımını belirleyen net bir sınır ortaya koyulmayarak uygulamada şekillenecek şekilde bırakılmıştır. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali ile basit hali arasındaki ayırımın belirli olmaması, ifade edildiği gibi⁴³⁸ mahkemelerin benzer olayları farklı şekilde değerlendirmesine sebebiyet verecek ve bu durumun uygulama birliğini bozarak adalet duygusunu zedeleyecektir. Bu nedenle kanun koyucunun, sarkıntılık hipotezinin sınırları net bir şekilde belirleyerek madde metninde düzenlemesi yerinde olacaktır. Bu şekilde uygulamacılar açısından temel alınan bir sınır oluşmuş olacak ve farklı mahkeme kararlarının önüne geçilerek uygulama birliği sağlanabilecektir.

6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikle cinsel istismar suçunun temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması yoluna gidilmesi nedeniyle ani hareketle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemleri için daha az ceza miktarı belirlemek amacıyla sarkıntılık eylemi madde metnine dâhil edilmiştir.⁴³⁹ Ancak kanun koyucu bir yandan sarkıntılık hipotezini kanuna koyarken diğer yandan cezaların ağırlaştırılması yoluna giderek kendi içerisinde çelişkiye düşmüştür.⁴⁴⁰ Zira cinsel istismar suçunun basit halinin 6545 sayılı değişiklik öncesi cezası ile değişiklikle madde metnine dâhil edilen sarkıntılık şeklinin cezası aynı şekilde düzenlenmiş; suçun basit halinin cezası ise artırılmıştır.⁴⁴¹ Yani değişiklik öncesinde sarkıntılık kapsamında kalan eylemin yaptırımını ile değişiklik sonrası yaptırımını arasında bir değişiklik bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK'da 6545 sayılı kanun değişikliği ile birlikte sarkıntılık fiili TCK'nın 103. maddesine eklenmiş ve çocukların cinsel istismarı suçu, suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali, basit hali ve nitelikli hali olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ayrıca değişiklikle birlikte madde metnine “*sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde*

⁴³⁸ ÖZEN, s.407

⁴³⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.341; YOKUŞ SEVÜK, s.114-115; TANER, (Cinsel Suçlar), s.60

⁴⁴⁰ TANER, s.159

⁴⁴¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Us-A Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Aralık 2016, s.160; TANER, (Cinsel Suçlar), s.60; TANER, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.71-72; ARSLANTÜRK, s.233

soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır” hükmü eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinde belirtilmemiş olsa da kanun koyucunun, çocuklar arasında gerçekleşen sarkıntılık düzeyinde ki cinsel eylemlerin takibatının resen yapılmasının oluşturabileceği olumsuz durumların sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla suç takibatını şikâyet şartına bağlamış olduğu ifade edilebilir.⁴⁴² Kanun koyucunun bu düzenleme de ki amacı, fail çocuğu korumak olsa da fail çocukla mağdur çocuk arasında yaş farkının oldukça fazla olduğu durumlarda mağdur çocuğu korumak açısından suçun resen takip edilebilir hale getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, onaltı yaşında bir çocuğun, beş yaşında bir çocuğa karşı sarkıntılık düzeyinde kalan bir eylemde bulunması halinde mağdurun velisi veya vasisinin şikâyetinde bulunmaması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağından, mağdur çocuğun korunduğundan bahsedilemeyecektir. Kaldı ki Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Sözleşmesi’nin (Lanzarote Sözleşmesi) 25/6. fıkrasında cinsel istismar suçunun soruşturması ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olmadan yapılması öngörülmektedir. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin, şikâyete bağlı kılınmış olması, her ne kadar CMK’nın 253/3. fıkrası gereğince cinsel suçlarda uzlaşma yasağı söz konusu olsa da tarafları maddi menfaat temin etmeye yöneltebilecek olması, mağdur çocuğun korunmasına aykırılık teşkil edecektir.⁴⁴³ Bu noktada, fail çocuk ile mağdur çocuk arasında yaş farkının oldukça fazla olduğu durumlarda mağdur çocuğun korunması bakımından cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin resen soruşturulabilir şekilde düzenlenerek sözleşmeyle uyum sağlanması gerekmektedir.

6545 sayılı kanun değişikliğinin hükümet tasarısında, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği endişesiyle “sarkıntılık” ibaresinin yerine “suçun ani hareketle işlenmesi” ibaresi tercih edildiği ifade edilmiştir. Ancak Adalet Komisyonundaki görüşmelerde “ani hareket” kavramının tartışmalı olduğu ifade edilerek “sarkıntılık” ibaresi kullanılmış ve neticeten madde gerekçesiyle madde metni arasında uyumsuzluk meydana gelmiştir.⁴⁴⁴

⁴⁴² İŞTEN, s.147-148

⁴⁴³ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.127-128

⁴⁴⁴ AYDIN, s.41; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.340-341; TANER, s.159; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.125 (Yazar, cinsel taciz suçuyla cinsel istismar suçunu ayıran temel kıstasın vücut dokunulmazlığının cinsel amaçlı olarak ihlal edilmesi olduğundan karıştırılması gibi bir

6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden ancak belirli bir yoğunluğa ulaşmayan cinsel davranışların, cinsel istismar suçunu mu yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturduğu hususu tartışmalı haldeydi. Bir kısım yazarlar bedensel temas içeren ani ve kesik nitelikteki hareketlerin cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktaydı.⁴⁴⁵ 6545 sayılı kanun değişikliği ile suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin düzenlenmesiyle birlikte mevcut durumda bu eylemler sarkıntılık kapsamında değerlendirilecektir.

6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde bir diğer tartışma konusunu da çocuğa karşı yapılan cinsel taciz eylemlerinin cinsel taciz suçu kapsamında mı yoksa cinsel istismar suçu kapsamında mı değerlendirileceği noktasındaydı. Aslında bu tartışmaların temeli TCK 102. maddesinde ‘‘vücut dokunulmazlığının ihlali’’ kavramına yer verilmesine rağmen TCK’nın 103/1-a bendinde ‘‘her türlü cinsel davranış’’ ifadesine yer verilmesinden kaynaklanmaktaydı.⁴⁴⁶ Yargıtay uygulamasında, ‘‘bedensel temas’’ kıstas alınmakta, mağdur çocuğa yönelik bedensel temas oluşturan cinsel eylemler cinsel istismar suçunu, bedensel temas oluşturmeyen cinsel davranışlarda cinsel taciz suçu oluşturmaktaydı.⁴⁴⁷ 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte TCK 105/1-son cümlesine eklenen‘‘, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur’’ cümlesi ile cinsel taciz suçunun, çocuklara karşı işlenebileceği düzenlenerek bu hususta yapılan tartışmalarının önüne geçilmesi sağlanmıştır.⁴⁴⁸

durum olamayacağı, bu bakımdan değişiklik tasarısında ifade edilen cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği endişesiyle ‘‘sarkıntılık’’ ibaresinin yerine ‘‘suçun ani hareketle işlenmesi’’ ibaresi tercih edildiğinin ifade edilmesinin yerinde olmadığı ve kanun koyucunun burada tercih nedenini açıklayamadığını ifade etmektedir)

⁴⁴⁵ PARLAR, HATİPOĞLU s.1607

⁴⁴⁶ MAHMUTOPLU, s.4 (Dipnot)

⁴⁴⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.413; TANER, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.80-81; TANER, (Cinsel Suçlar), s.63; YARGITAY 14. CD. E.2014/124058 K. 2017/5291 T.01.11.2017; YARGITAY 5. CD. E.2008/38 K.2008/2115 T.18.03.2008; YARGITAY 5. CD. E. 2009/5763 K.2009/5363 T.06.05.2009

⁴⁴⁸ TANER, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.81; TANER, (Cinsel Suçlar), s.63; ARTUK, ALŞAHİN, s.3253-3254; YOKUŞ SEVÜK, s.151; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.510; TAŞTAN, s.249-251; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.308; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3710; NİŞANCI, s.228; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.366 (Yazarlara göre, çocuğun vücuduna yapılan her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturduğundan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun oluşması için vücuda temas şart değildir.)

On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturduğundan, eylem mağdurun rızası ile olsa dahi suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali oluşacaktır.

Failin ani eylemlerine mağdurun, tepkisiz veya hareketsiz kalması onun eyleme karşı rızası olduğunu göstermemektedir. Zira mağdur, o an gerek şaşkınlık gerekse şok etkisi gibi nedenlerle tepkisiz kalmış olabilir.⁴⁴⁹ Bu nedenle mağdurun tepkisizlik halinin, rıza sebebiyle mi yoksa içinde bulunduğu durum nedeniyle mi olduğu belirlenmek suretiyle değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁵⁰

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halini oluşturan eylemlerin neler olduğu hususu ile alakalı olarak kanun koyucu bir açıklamada bulunmayarak uygulamada şekillenecek şekilde bırakmıştır.⁴⁵¹ Bu durum, ceza hukuku ilkelerinden kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁴⁵²

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halini oluşturan fiil ‘*‘çocuğun edep ve iffetine dokunacak nitelikte şehvet duygusuyla vücuda temas biçiminde gerçekleştirilen ani hareketler*’

 şeklinde tarif edilmektedir.⁴⁵³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise sarkıntılığı ‘*‘bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösterip devamlılık arz etmeyen, basit cinsel saldırı veya çocuğun basit cinsel istismarı yoğunluğuna ulaşmayan davranış veya davranışlar*’ olarak tanımlamıştır.⁴⁵⁴

Failin, mağdur çocuğa yönelik devamlılık arz etmeyen, ani ve kesik hareket şeklinde ise cinsel eylemi suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali olarak kabul edilmektedir. Eyleminin devamlılık arz etmesi, ani ve kesik hareket niteliğinde olmaması halinde ise suçun basit hali meydana gelmektedir.⁴⁵⁵ Failin, ani ve kesik olan eylemine ısrarlı şekilde

⁴⁴⁹ ŞİMŞEK, s.347

⁴⁵⁰ KOÇ, Ziya, ‘**Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi**’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:15, Sayı:42, Nisan 2020, s.263

⁴⁵¹ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.126; ŞİMŞEK, s.354

⁴⁵² ŞİMŞEK, s.354

⁴⁵³ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.306

⁴⁵⁴ YARGITAY CGK. E.2019/201 K.2020/287 T.11.06.2020

⁴⁵⁵ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.24, 216; KURT, s.294; PAKIR, s.237

devam etmesi halinde eylemin artık sarkıntılık düzeyini aştığı ve suçun basit halini oluşturduğu söylenebilecektir.⁴⁵⁶ Eylemin sarkıntılık düzeyinde mi kaldığı yoksa suçun basit boyutuna mı ulaştığına failin eylemleri arasında geçen süre, eylemlerin yoğunluğu, failin kastı, hareketin devamlılık durumları gibi somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak karar verilmelidir.⁴⁵⁷

Fail, aynı suç işleme kararı çerçevesinde ani ve kesintisiz eylemlerini arasında hukuki kesinti olacak şekilde gerçekleştirmesi halinde, sarkıntılık eylemi zincirleme şekilde gerçekleşmiş olacaktır.⁴⁵⁸ Devamlılık ve süreklilik kıstası, failin yaşamış olduğu cinsel arzunun süresi değil mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel amaçlı temas eyleminin sürekliliği ve devamlılığıdır. Sarkıntılık eylemi için ana şartın mağdur vücuduna temas olması nedeniyle failin temas içermeyen eylemleri ne kadar yoğun ve devamlı olursa olsun sarkıntılık kapsamında değerlendirilemeyecek, şartların oluşması durumunda cinsel taciz suçunu meydana getirecektir.⁴⁵⁹

Fail, mağdurun vücuduna temas içeren cinsel davranışta bulunacağını söyleyip bunu icra etmemesi durumunda eylem cinsel taciz kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁶⁰ Örneğin fail, mağdura seni öpeceğin deyip eylemini herhangi bir dış etken olmaksızın gerçekleştirmemesi halinde cinsel taciz suçundan sorumlu olacaktır.⁴⁶¹

Sarkıntılık eyleminin oluşabilmesi için temas eyleminin yüzeysel, geçici ve hafif derecede olması gerekmektedir. Bu nedenle, mağdur vücuduna yapılan anlık dokunuş, öpme, okşama gibi cinsel davranışlar sarkıntılık eylemini oluşturmaktadır. Bununla birlikte mağdurun temas edilen bölgesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan temas eyleminin cinsel amaçlı yapılması ve mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmesidir.⁴⁶²

⁴⁵⁶ TANER, s.161; TANER, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.76; ARTUK, ALŞAHİN, s.3266

⁴⁵⁷ TAŞTAN, s.261

⁴⁵⁸ ŞİMŞEK, s.35

⁴⁵⁹ ŞİMŞEK s.332-333

⁴⁶⁰ ALŞAHİN, Mehmet Emin, ‘‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)’’, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Mayıs 2020, Ankara, s.870; TAŞTAN, s.260; ARTUK, ALŞAHİN, s.3255

⁴⁶¹ TAŞTAN, s.260

⁴⁶² TAŞTAN, s.259

Öğretide mağdurun cinsel organlarına yapılan temasın anlık olsa bile suçun basit halini meydana getireceği ileri sürülmüştür.⁴⁶³ Farklı bir görüşe göre, cinsel organların ani tutulması şeklindeki davranışlarda devamlılık unsuru söz konusu olmadığından bu davranışlar sarkıntılık kapsamında değerlendirilecektir.⁴⁶⁴ Kanımızca, sarkıntılık ile suçun basit hali arasındaki temel ayrımı, sarkıntılıkta eylemin, devamlılık arz etmeyen, ani ve kesik hareket şeklinde işlenmesi oluşturduğundan cinsel bölgelere yapılan anlık temasın devamlılık arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sarkıntılık eylemi, herhangi bir araç veya vasıta kullanmak suretiyle de (failin mağdurun vücuduna eldiven kullanarak ya da şemsiyeyle dokunması gibi) gerçekleştirilir.⁴⁶⁵ Temasın, cinsel organlar kullanılarak yapılması veya cinsel organlara yönelmesi gerekmemektedir.⁴⁶⁶

Sarkıntılık eylemi, mağdur vücuduna temas etmek şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi mağdurun kıyafetleri üzerinden gerçekleştirilen temas şeklinde de olabilecektir. Buna karşın mağdurun vücudu ile bağlantılı olmayan kıyafetlere veya eşyalara (kişinin elindeki eşyaya dokunmak gibi) yönelik temas eylemi ise bu kapsamda değerlendirilemeyecek ve şartların mevcut olması halinde cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.⁴⁶⁷

Gerçekleştirilen eyleminin mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmediği objektif şekilde değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, temasın mağdur tarafından hissedilip hissedilmemesi önem taşımayacaktır.⁴⁶⁸ Sarkıntılık, failin kendisine temasta bulunması için mağduru zorlaması durumunda da (failin mağduru zorlayarak kendini öptürmesi gibi) oluşabilecektir.⁴⁶⁹

⁴⁶³ ERDOĞAN, Yavuz s.45

⁴⁶⁴ PAKIR, s.138

⁴⁶⁵ ARTUK, ALŞAHİN, s.3254-3255; ALŞAHİN, s.869; ŞİMŞEK, s.355; TAŞTAN, s.260; ALŞAHİN, s.870 (Yazar, failin mağdura temas etmeksizin onun vücuduna menisi boşaltması halinde sarkıntılık suçunun oluşacağını ileri sürmektedir.)

⁴⁶⁶ ALŞAHİN, s.861

⁴⁶⁷ ARTUK, ALŞAHİN, s.3254-3255; ALŞAHİN, s.870; ŞİMŞEK, s.329-330

⁴⁶⁸ ŞİMŞEK, s.329-330

⁴⁶⁹ ALŞAHİN, s.870

c. Suçun Nitelikli Halinde Fiil

TCK'nın 103/2. fıkrasında cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin oluşabilmesi için mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cisim sokulması gerekmektedir.⁴⁷⁰

765 sayılı ETCK'da mağdurun yaşı onbeşten büyükse küçüklerin ırzına geçme suçu (m.415), mağdurun yaşı onbeşten büyükse büyüklerin ırzına geçme suçu (m.416/1) oluşmaktaydı.⁴⁷¹ Bu haliyle 5237 sayılı TCK'nın 103/2. fıkrasında düzenlenen cinsel istismar suçunun nitelikli hali, 765 sayılı ETCK'nın 415. ve kısmen 416/1. maddesinde düzenlenen ırza geçme suçlarına karşılık gelmektedir.⁴⁷²

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı ETCK'da düzenlenen ırza geçme suçundan farklı olarak mağdur vücuduna erkek cinsel organı dışında başka bir organ veya sair bir cismin sokulması ile de suç oluşabilecektir.⁴⁷³ Bir diğer farklılıkta, organ sokulan vücut bölgesi vajinal veya anal bölge dışında oral bölge de olabilecektir.⁴⁷⁴ Yine 765 sayılı ETCK'dan farklı olarak suçun failinin kadın veya erkek ayrımı yapılmaksızın herkes olabileceği kabul edilmiştir.⁴⁷⁵

Öğretide, TCK'nın 103/2. fıkrasının suçun nitelikli hali⁴⁷⁶ veya bağımsız bir suç olduğu⁴⁷⁷ savunulmakla birlikte düzenlemenin açık olmadığı⁴⁷⁸ da savunulmaktadır. Kanımızca, TCK'nın 103. maddesinin düzenleniş şekli ve madde gerekçesinde ikinci fıkradaki düzenlemenin suçun nitelikli halini oluşturduğu şeklindeki kesin ifade

⁴⁷⁰ AYDIN, s.46; ARTUÇ, s.599

⁴⁷¹ PAKIR, s.9

⁴⁷² BAYTEMİR, s.423

⁴⁷³ AKKAYA, s.203; TUĞRUL, s.277

⁴⁷⁴ BAYTEMİR, s.423

⁴⁷⁵ KÜSKÜ, s.167

⁴⁷⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ s.334; ALŞAHİN, s.864; AKÇİN, s.109; KÜSKÜ, s.42; TANER, s.300; PAKIR, s.238; ÖZEN, s.487

⁴⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Türk Ceza Hukuku II Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar 2008-2009 Ders Yılı Ders Notları*, Başkent Üniversitesi. Ankara, 2008, s.78; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.161; BAYTEMİR, s.423; TAŞTAN, s.263

⁴⁷⁸ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.256

bulunmuş olması nedeniyle TCK'nın 103/2. fıkrasının suçun nitelikli halini oluşturduğu düşüncesindeyiz.

TCK'nın 103/2. fıkrasında, vücuda organ veya sair cisim sokulmasından bahsedilmiş, ancak vücudun hangi bölgesine hangi organ veya cismin sokulması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Madde gerekçesinde ise organ veya sair cisim sokulabilecek vücut bölgesi vajinal, anal veya oral bölge ile sınırlandırılmıştır. Madde metninde yer alması gereken bu hususun madde gerekçesinde düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.⁴⁷⁹

Uygulamada, failin mağdura oral yoldan cinsel organ sokması, anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokması durumu cinsel istismar suçunun nitelikli halini meydana getirmektedir.⁴⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında "*Maddede "organ" tabiri kullanıldığından cinsel organ dışındaki vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması suçun nitelikli halini oluşturabilecektir. Bu*

⁴⁷⁹ KORKUSUZ, s.827 (Madde metninde yer almayan "vajinal, anal veya oral yoldan" şeklindeki sınırlamanın madde gerekçesiyle suçun tanımına dâhil olduğu kabul edilemez. Çünkü madde gerekçesi madde metnini açıklayan bir metindir ve madde kapsamını sınırlayamaz.); DÜLGER, Murat Volkan, "**Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler**", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı:2, Yıl: 2006, s.550 (Yazara göre, madde gerekçesinde eylem doğru ve açık şekilde ifade edilmişse de madde gerekçesinin uygulayıcılar tarafından bağlayıcı olmaması, yol gösterici nitelikte olması nedeniyle eylemin yasal tanımında yer alması gerekmektedir.);

TANER, s.163 (Yazara göre, "vajinal, anal veya oral yoldan" ifadesinin, İspanyol Ceza Kanunu'nda olduğu gibi kanun metninde yer alması yerinde olurdu.); PAKIR, s.237(Yazara göre, bu durumun kanunilik ilkesine sebebiyet vermesi için madde gerekçesinde ifade edilen vücut boşluklarının madde metnine dâhil edilmesi gerekmektedir.); YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), (Yazara göre, kanun koyucunun vücuda organ ya da sair cisim sokulması ifadesiyle neyin anlaşılması gerektiğini madde gerekçesinde ifade etmişse de bu durum kanunilik ilkesinin yerine getirilmesi açısından yeterli değildir. Kanunilik ilkesi gereğince madde metninde vücudun hangi bölgesinin olduğu belirtilmeliydi.); TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.420 (Yazarlara göre, vücudun vajinal, anal veya oral bölgeleri dışındaki vücut bölgesine organ veya sair cisim sokulması kural olarak cinsel nitelik taşımasa da somut olay kapsamında cinsel nitelik taşıyabileceğinden vücuda organ veya cisim sokmaya elverişli tüm boşluklar bu kapsamda değerlendirilmelidir.); ÖZEN, s.415-416 (TCK'nın 103/2. maddesinde yer alan hareket, vücuda organ veya cisim sokmadır. Vücudun cinsellik özelliği gösteren yerleri vajina ve anüstür. Ağız vücudun cinsellik özelliği gösteren yeri olarak kabul edilmemelidir. Organ kelimesinden de öncelikle cinsel organ anlaşılmalıdır. Ancak vücuda sokmaya elverişli olan herhangi bir organda bu kapsamda değerlendirilmelidir. Cinsel organ, parmak veya dil; vajina veya anüse sokulmuşsa TCK'nın 103/2. maddesi uygulanmalıdır. Cinsel organ, parmak veya dil; ağza sokulmuşsa TCK'nın 103/1. maddesi uygulanmalı ve üst sınırdan ceza tayin edilmesi yoluna gidilmelidir. Cisim, vajina veya anüse sokulmuşsa TCK'nın 103/2. maddesi; ağza sokulmuşsa TCK'nın 103/1. maddesi uygulanmalıdır.); DONAY, s.166 (Yazar, vücuda organ veya sair cisim sokulabilecek vücut bölgeleri ve organların neler olduğu ise halin icabı gereği belirli olması nedeniyle bu noktada yapılan eleştirileri yersiz görmektedir.)

⁴⁸⁰ CENTEL, ZAFER, s.241

organın sahibinin kadın veya erkek olmasının bir önemi yoktur. Sokma fiili bizzat fail tarafından yapılabileceği gibi üçüncü bir kişinin veya bizzat mağdurun araç olarak kullanılması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte sadece oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ ya da sair bir cisim sokma eylemlerinin suçun nitelikli halini oluşturabileceği kabul edilmelidir. Böyle bir kabul madde gerekçesi de gözetildiğinde kanun koyucunun amacına daha uygun olacaktır. Vücudun bu bölgelerine organ veya sair bir cismin az da olsa girmesi bu nitelikli halin uygulanması açısından yeterlidir.” şeklinde açıklamalarına yer vermiştir.⁴⁸¹

Madde gerekçesinde, suçun nitelikli halinin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın, cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle, organ veya sair cismin, cinsel arzuları tatmin amacı dışında vücuda sokulmasıyla da suç oluşabilecektir.⁴⁸² Örneğin, failin intikam ya da aşağılama amacıyla mağdurun vajinal, anal ya da oral bölgesine organ veya sair bir cisim sokması halinde suçun nitelikli hali meydana gelecektir.⁴⁸³

Madde metninde ‘‘cinsel organ’’ ifadesi yerine ‘‘organ’’ ifadesi kullanılması nedeniyle cinsel organ dışında vücuda girme özelliği bulunan (parmak gibi) organların sokulması halinde de nitelikli cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁴⁸⁴ Mağdur vücuduna, organ veya sair cismin, az da olsa girmesi yeterli olmakla birlikte ne kadar girdiğinin bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁸⁵ Organ veya sair cismin kısmen de olsa vücuda girmemesi halinde nitelikli hal uygulanamayacaktır. Eylem neticesinde, mağdurun kızlık zarında bir bozulma ya da failin orgazm olması gibi durumlar aranmamaktadır.⁴⁸⁶ Ayrıca mağdurun, vücuduna organ veya cismin girdiğini hissetmemesi⁴⁸⁷ ya da maddi bir acı hissetmiş olması

⁴⁸¹ YARGITAY CGK. E.2013/294 K.2013/615 T.17.12.2013, <https://www.corpus.com.tr/>, Erişim Tarihi:12.04.2022

⁴⁸² TAŞTAN, s. 268

⁴⁸³ SÖZÜER, s.250

⁴⁸⁴ YENİDÜNYA, s.3292; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3637; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.258; TAŞKIN, s.90

⁴⁸⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.337; ALŞAHİN, s.865; SÖZÜER, s.251; YOKUŞ SEVÜK, s.117; AKKAYA, s.209; TUĞRUL, s.278; ARTUÇ, s.599; TAŞTAN, s.266; KÜSKÜ, s.42; PAKIR, s.148-149

⁴⁸⁶ TOROSLU, s.61

⁴⁸⁷ ÖZEN, s.432

gerekmemektedir.⁴⁸⁸ Organ veya sair cismin vücuda girip girmediği hususunun belli olmaması halinde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince girmediği kabul edilecektir.⁴⁸⁹ Kanun koyucu, girdi mi girmedi mi tartışmalarının önüne geçmek ve adaletin santim adaletine dönüşmesini engellemek amacıyla TCK’nın 103/1. fıkrasında düzenlenen eylem için öngörülen üst sınır ceza miktarı ile TCK’nın 103/2. fıkrasında düzenlenen eylem için öngörülen cezanın alt sınırına yakın şekilde belirlemiştir.⁴⁹⁰

Vücuda sokulmak istenen organ veya cisim ile sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya cinsel bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Örneğin, failin, mağduru öperken dilini mağdurun ağızına sokması, mağdurun kulağına, göğüslerine ya da parmakları arasına parmağını sokması gibi durumlar organ sokma kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁴⁹¹ Yargıtay bir kararında ‘*Eylemin çocuğun nitelikli cinsel istismarı boyutuna ulaşabilmesi için, ya failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması (örneğin penis veya yapay penis) ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurenin organının cinsel motif taşıyan bir organ (vajina veya anüs) olması gerekir. Eğer failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cisim, cinsel motif taşıyor ve mağduru sokma fiiline maruz kalan organı da cinsel organ olarak kabul edilen anüs veya vajina değil ise bu suçun nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır, yani sanığın, parmağını veya dilini cinsel amaçla mağdurenin ağızına sokması nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacak ve suç basit cinsel saldırı boyutunda kalacaktır*’ şeklinde açıklamalara yer vermiştir.⁴⁹² Öte yandan mağduru vajinasına dil sokulması durumunda suçun nitelikli hali meydana gelecektir.⁴⁹³

⁴⁸⁸ CENTEL, ZAFER, s.241

⁴⁸⁹ AKKAYA, s.210; TUĞRUL, s.278; ARTUÇ, s.599; TAŞTAN, s.266; PAKIR, s.148, 149

⁴⁹⁰ AKKAYA, s.210; TUĞRUL, s.278; TAŞTAN, s.266

⁴⁹¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.335, 336; YOKUŞ SEVÜK, s.116-117, (Yazara göre, ağza dil sokmak suretiyle öpme halinde suçun temel şeklinden söz edilebilirse de failin mağduru ağızına vibratör sokması durumunda suçun nitelikli halinin oluşmayacağını söylemek eylemin haksızlık içeriğinin yoğunluğu karşısında adil olmayacaktır.); AKKAYA, s.204 (Yazara göre, nasıl oral yoldan penis sokulması halinde cinsel istismar suçunun nitelikli hali oluşabiliyorsa kadın failin zorla çocuğun ağızına memesini sokması halinde de bu nitelikli hal meydana gelecektir.); TANER, s.165 (Yazara göre, kanunun, mağduru ağızına cinsel organ sokulması halinde 102/2. maddede kapsamında, başka şeyler sokulması halinde ise 102/1. madde kapsamında değerlendirilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi daha yerinde bir çözüm olabilirdi.)

⁴⁹² YARGITAY 14. C.D. E.2014/5259 K.2014/12656 T.13.11.2014, <https://www.corpus.com.tr/>, Erişim Tarihi:12.04.2022

⁴⁹³ TANER, s.166

Kulak, burun veya karın boşluğu gibi bölgeler organ veya cisim sokmaya elverişli olsa da yapılan sokma eylemi, fiile cinsel davranış özelliği kazandırmaya elverişli olmadığından nitelikli hal kapsamında kabul edilemeyecektir.⁴⁹⁴ Burada davranışın objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olup olmadığına bakılmalı, hem sokulmaya çalışılan cisim hem de amaçlanan vücut bölgesi ve boşluğu bir arada değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.⁴⁹⁵ Zira bu durum kıstas alınmazsa, vücudun kulak veya burun boşluğu gibi bölgelerine kalem, çubuk vb. cisimlerin sokulması halinde de cinsel istismar suçunun oluşacağı neticesi meydana gelecektir.

Suçun nitelikli halinin meydana gelebilmesi için sokma eyleminin ya erkeklik organı ile yapılması ya da erkeklik organı dışında bir organ veya sair bir cisimle anal veya vajinal yoldan yapılması gerekmektedir. Erkeklik organı ile gerçekleştirilen eylem erkek tarafından, erkeklik organı dışında bir organ veya sair cisim tarafından gerçekleştirilen eylem ise hem erkek hem kadın tarafından gerçekleştirilebilecektir.⁴⁹⁶ Yani mağdur vücuduna sokulan organ veya sair cismin failinin kadın veya erkek olmasının bir önemi yoktur.⁴⁹⁷

Öğretide, mağdur vücuduna sokulan cismin katı veya sıvı olabileceği ifade edilmişse de⁴⁹⁸ kanımızca sadece katı cisimler sokma fiiline elverişlidir.⁴⁹⁹

Failin, iki kişiyi birbirleriyle cinsel ilişkiye zorlaması halinde kadın ve erkek eşitliği bakımından, suçun nitelikli halinin oluşması gerektiği şüphesizdir. Zira kadının cinsel özgürlüğü ile erkeğinki arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak kanuni tip “failin vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi” şeklinde düzenlenmiş olduğundan bu hallerde ilişkinin aktif tarafı açısından suçun basit hali, pasif tarafı açısından ise suçun nitelikli hali meydana gelmektedir.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ AKKAYA, s.204; TAŞTAN, s.264; TUĞRUL, s.277; NİŞANCI, s.231-232, ÜZÜLMEZ, s.34; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.335

⁴⁹⁵ TANER, s.167

⁴⁹⁶ APAYDIN, s.150

⁴⁹⁷ SAVAŞÇI, s.121

⁴⁹⁸ BAYTEMİR, s.438; CENTEL, ZAFER, s.241; ALŞAHİN, s.865; KORKUSUZ, s.826

⁴⁹⁹ TANER, s.167-168

⁵⁰⁰ TANER, s.168

Vücuda organ veya sair bir cisim sokma fiili, bizzat fail tarafından yapılabileceği gibi üçüncü bir kişinin veya bizzat mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle de (örneğin, mağdurun kendi vücuduna bir cisim sokmak zorunda bırakılması ya da mağdurun cinsel organının, failin bizzat kendisine sokulması gibi) gerçekleştirilebilecektir.⁵⁰¹ Yargıtay, failin kendi vücuduna organ veya cisim sokturmak için çocuğu istismar etmesi halinde suçun basit halinin meydana geldiğine karar vermektedir.⁵⁰² Ancak bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

Bir görüşe göre, bu durumda dolaylı faillik kurumu uygulanarak failin suçun nitelikli halinden sorumlu tutulması gerekmektedir.⁵⁰³ Farklı bir görüşe göre, dolaylı faillik durumu söz konusu olsa da madde metninde bizzat ‘sokan’ kişi fail konumunda değerlendirilebileceğinden ve mağdurun vücuduna organ veya cisim sokma durumu söz konusu olmadığından dolaylı fail suçun nitelikli halinden cezalandırılmayacaktır.⁵⁰⁴ Başka bir görüşe göre de, madde metninde kimin vücuduna organ veya cisim sokulacağı belirtilmediğinden burada suçun nitelikli hali oluşacaktır.⁵⁰⁵

Kanımızca, failin kendi vücuduna organ veya cisim sokturmak için çocuğu istismar etmesi hali, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmelidir.⁵⁰⁶ Aksi durum, failin daha az cezaya mahkûm edilmesine sebebiyet verecek ve bu durum kanun koyucunun amacına ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Ancak mevcut düzenleme, bu durumun nitelikli hal olarak değerlendirilmesine elverişli değildir.⁵⁰⁷ Çünkü çocuk, failin kendisine organ veya cisim sokmak için kullanılmaktadır. Fail, organ veya cisim sokan kişi değildir⁵⁰⁸ ve mağdurun

⁵⁰¹ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3637; CENTEL, ZAFER, s.241

⁵⁰² YARGITAY 14. CD. E.2018/7926 K.2019/10020 T.17.06.2019; YARGITAY 14. CD. E.2018/7926 K.2019/10020 T.17.06.2019; YARGITAY 14. CD. E.2018/7926 K.2019/10020 T.17.06.2019; YARGITAY 14. CD. E.2016/12265 K.2017/804 T.20.02.2017; YARGITAY 14. CD. E.2013/7470 K.2013/10266 T.08.10.2013

⁵⁰³ KÜSKÜ, s.63

⁵⁰⁴ TEMEL, s.326; ÜNVER, s.30 (Yazar, bir kimsenin başkasını zorlayarak kendi vücuduna bir şey sokturmasını dolaylı faillik kurumuyla açıklayanlara katılmamaktadır. Bu yaklaşım hem dolaylı faillik kurumuna aykırı hem de suçun faillik ve mağdurluk kurumuna aykırıdır. Dolaylı faillikte bir kime başkasına üçüncü bir kişiye karşı suç işletmektedir. Faillik ve mağdurluksa aynı kişide birleşemeyecektir. Bu durumu dolaylı faillik kurumuyla açıklayan görüşler takip edilirse faille mağdur aynı kişi, dolaylı fail olarak izah edilmektedir ki bu durum kabul edilemez.)

⁵⁰⁵ NİŞANCI, s.233; KORKUSUZ, s.825

⁵⁰⁶ PARLAR, BANKO, s.102, NİŞANCI, s.233; AKÇİN, s.110; AYDIN, s.48; ÖZEN, s.418

⁵⁰⁷ SAVAŞCI, s.78; KÜSKÜ, s.62

⁵⁰⁸ ÜZÜLMEZ, s.34

vücuduna organ veya cisim girme durumu söz konusu değildir.⁵⁰⁹ Bu nedenle failin kendi vücuduna organ veya cisim sokturmak için çocuğu istismar etmesi halinde suçun basit hali meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir.⁵¹⁰ Burada suçun nitelikli halinin meydana getirdiğini söylemek ceza hukukunun temel ilkelerinden kıyas yasağının ihlalini oluşturacaktır.⁵¹¹ Öte yandan mağdurun kendi vücuduna cisim sokmaya zorlanması halinde fail suçun nitelikli halinden sorumlu tutulurken; mağdurun cinsel organını failin kendisine sokturmak için zorlanması halinde failin suçun basit halinden cezalandırılması isabetli olmayacaktır.⁵¹² Zira bu durumda çocuğun kendi vücuduna organ veya sair cisim sokulan çocuktan daha az daha az istismar edildiği ve daha az mağdur olduğu söylenemez. Maddenin bugünkü mevcut şekli ve uygulama biçiminin cinsel istismar mağduru çocukları korumaktan uzaktır.⁵¹³

Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında çocuğun her türlü istismara karşı korunması amacıyla failin, suçun nitelikli halinden sorumlu tutulabilmesini öngören yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.⁵¹⁴ Bu noktada, kanun maddesinde “*vücuda organ ya da cisim sokmak veya sokturmak*” şeklinde değişiklik yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir.⁵¹⁵ Biz taraf olarak, suçun nitelikli hal düzenlemesinin “*failin mağdurun vücuduna penetrasyon şeklinde gerçekleştirilmesi veya mağdurun fail veya üçüncü bir kişi üzerinde vücuda penetrasyon teşkil eden davranışları gerçekleştirmeye zorlanması*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.⁵¹⁶ Bu şekilde failin, mağduru organ veya

⁵⁰⁹ MEMİŞ KARTAL, s.183; TEMEL, s.326; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.321; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.504; PAKIR, s.144

⁵¹⁰ TANER, s.168; ÜZÜLMEZ, s.34; TEMEL, S.326; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.504; ALŞAHİN, s.865; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.362; PAKIR, s.144

⁵¹¹ KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher, ‘**Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu**’, Feminist Eleştiri Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 2013, s.66

⁵¹² KÜSKÜ, s.128 (Yazara göre, her iki durumda da dolaylı faillik hükümleri uygulanarak suçun nitelikli halinden hüküm kurulması gerekmektedir.)

⁵¹³ AYDIN, s.48

⁵¹⁴ TEMEL, s.326

⁵¹⁵ KÜSKÜ, s.63; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.504; AYDIN, s.113(Yazara göre, TCK'nın 103/2. fıkrasının failin, mağdur çocuğu failin vücuduna organ veya sair bir cisim sokturması durumunu da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.); ÇOŞKUN, ÇOŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s.12 (Yazarlar, madde metninde yer alan “sokma” fiiline paralel bir şekilde “sokturma” şeklindeki bir tanımın dil kurallarına tam uygun olmayacağı ve bazı fiilleri dışarıda bırakabileceği düşüncesinde olduğundan “sokma” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya mağdurun bu davranışlarda bulunmaya zorlanması” ibaresinin eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir.)

⁵¹⁶ TANER s.171

cisim sokmaya zorladığı durumların suçun nitelikli hali kapsamında görülmesi sağlanmış olacaktır.

Mağdurun, kendi vücuduna bir şey sokmaya zorlanması halinde dolaylı faillik yoluyla suçun meydana geldiği ifade edilmiştir.⁵¹⁷ Doktrinde farklı bir görüşe göre, çocuğun kendi vücuduna cisim sokmaya zorlanması halinde dolaylı faillik söz konusu olmayacaktır. Zira dolaylı faillik durumunun söz konusu olabilmesi için fiilin ancak başka bir çocuğa yaptırılması gerekmektedir. Ayrıca bir kimse suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı için dolaylı faillikten bahsedilemeyecektir.⁵¹⁸ Kanımızca, burada dolaylı faillik kurumunun uygulanabilmesi için aranan şartlar oluşmamaktadır. TCK'nın 37/2. fıkrası gereğince suçun işlenmesinde bir başkasını aracı olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılmaktadır. Burada fail, çocuğun iradesini etki altına alarak onu bir başkasına karşı suç işlemekte kullanmamaktadır. Mağdur bizzat kendi vücudu üzerinde eylemde bulunmaya zorlanmaktadır. Dolayısıyla çocuk, suçun mağduru olup fail veya iradesi etki altına alınan üçüncü bir kişi değildir. Bu nedenle mağdurun, kendi vücuduna bir şey sokmaya zorlanması halinde fail, doğrudan fail olarak kabul edilmelidir.

Fail, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden kullanarak mağduru kendi vajına veya anüsüne organ veya cisim sokmasını sağlamışsa cinsel istismar suçunu işlemiş olacaktır.⁵¹⁹ Erkek mağdurun mastürbasyon yapmaya zorlanması halinde suçun basit şekli, kadın mağdurun mastürbasyon yapmaya zorlanması halinde (vücuda organ veya sair cisim sokulması kaydıyla) ise, suçun nitelikli şekli oluşmaktadır. Elbette erkeğin de kendi anüsüne bir şey sokmaya mecbur edilmesi durumunda suçun nitelikli şekli meydana gelecektir.⁵²⁰

⁵¹⁷ TANER, s.171; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.419-420; ÖZEN, s.418-419 (Yazara göre, burada fail ve mağdur arasında herhangi bir fiziksel temas olmaması nedeniyle TCK'nın 105. maddesi uygulanmalı, vücuda organ veya cisim sokturulmuşsa üst sınırdan ceza tayini yoluna gidilmelidir.)

⁵¹⁸ MEMİŞ KARTAL, s.184

⁵¹⁹ KÜSKÜ, s.46

⁵²⁰ TANER, s.171

d. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar

da. Cebir

Cebir, kişinin iradesini bozan, ona karşı kullanılan fiziki güçle, yaralamada olduğu gibi, acı veren, sağlığını bozan fiildir.⁵²¹ Cinsel istismar suçunda “cebir” mağdur çocuğun direncini kırarak derecede ve suçu işleme amacına yönelik olarak güç kullanılmasını ifade etmektedir.⁵²² Cebrin varlığından bahsedebilmek için zorlamanın mağdura yönelik, karşı konulamayacak ve kurtulamayacak şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, failin mağdura tokat atması, ellerini bağlaması, kolunu geriye bükmesi neticesinde mağduru cinsel ilişkiye maruz bırakması durumunda cebrin varlığından bahsedilebilecektir.⁵²³

TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı gerçekleştirilen cebir suçun unsurunu oluşturmaktadır. TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında ifade edilen çocuklara karşı cinsel istismar suçunun cebir kullanmak suretiyle işlenmesi hali ise TCK'nın 103/4. fıkrasında cezanın artırılması gereken nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Öte yandan her iki durumda da mağdura uygulanan cebrin sınırının kasten yaralamanın ağır neticesine ulaşmayacak boyutta olması gerekmektedir. Cebrin kasten yaralamanın ağır neticelerine sebebiyet vermesi durumunda ise TCK'nın 103/5. fıkrası gereğince fail hakkında ayrıca kasten yaralama hükümleri uygulanacaktır.

Cebir eylemi suç öncesi veya suç esansında mağdurun direncini kırarak derecede uygulanmalı ve suçu işleme amacına yönelik kullanılmalıdır.⁵²⁴ Suçun işlenmesinden sonra, suçun ortaya çıkmasını önlemek gibi nedenlerle uygulanan cebir ise ayrı bir suç oluşturmaktadır.⁵²⁵ Cebir mağdurun eyleme yönelik rızasını sağlamak amacıyla mağdurun yakınları üzerinde gerçekleştirilmişse bu durum mağdura karşı tehdit sayılmaktadır.⁵²⁶

⁵²¹ YURTCAN, s.16

⁵²² PARLAR, HATİPOĞLU, s.1651; TAŞTAN, s.256

⁵²³ KÜSKÜ, s.47

⁵²⁴ AKÇİN, s.122; BAYTEMİR, s.479; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3631; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.240; TAŞTAN, s.233; ALBAYRAK, s.250; TANER, s.122; BAYTEMİR, s.479

⁵²⁵ ALBAYRAK, s.250; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.240; TAŞTAN, s.233; TANER, s.122; BAYTEMİR, s.479; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3631

⁵²⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.402; CENTEL, s.274; CENTEL, ZAFER, s.236; ALBAYRAK, s.250; BAYTEMİR, s.72-73

Cebrin suçun oluşmasını engellemeye çalışan kişiye karşı gerçekleşmesi durumunda bu durum mağdura uygulanan cebir kapsamında değerlendirilemeyecek ve fail üçüncü kişiye yönelik eyleminden ayrıca sorumlu olacaktır.⁵²⁷

Cebir doğrudan doğruya mağdura yönelik uygulanması gerekmektedir. Ancak eşya üzerine yapılan şiddet girişimleri direk olarak mağdur üzerinde etkili ise bu durumda cebrin varlığı kabul edilmelidir.⁵²⁸ Eşya üzerinde yapılan şiddet girişimleri direk mağdur üzerinde etkili değilse mağdura yönelmiş fiili bir tehdit olarak kabul edilmelidir.⁵²⁹

Failin mağdura karşı bir cebir uygulanmamasına rağmen mağdur, karşı koyması halinde cebrin gerçekleştirileceği ya da karşı koymanın bir anlamının olmayacağı düşüncesiyle herhangi bir direnmede bulunmamışsa bu durum onun eyleme karşı rızası olduğunu göstermeyecektir. Bu nedenle, mağdurun eyleme karşı direnç göstermemesinin, rızasının varlığı şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağı somut olaya göre değerlendirilmelidir.⁵³⁰

db. Tehdit

Tehdit, ‘*mağdurun failin istemini kabul etmemesi halinde mağdurun veya bir başkasının hayatına, vücut bütünlüğüne, malına karşı gelecekte gerçekleştirilecek kötülük*’ şeklinde ifade edilmektedir.⁵³¹ Cinsel istismar suçunda ise tehdit, mağdurun kendisine yönelen cinsel davranışa rıza göstermemesi halinde kendisinin veya yakınının ileride zarar göreceği beyanını içermektedir.⁵³² Tehdit, mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne, mal varlığına veya şeref ve haysiyetini yönelik olabilir.⁵³³ Tehdit eyleminin mağdurun iradesini etkilemesi şart olmakla birlikte tehdidin etkili olup olmadığı her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.⁵³⁴

⁵²⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.462

⁵²⁸ BAYTEMİR, s.72-73

⁵²⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.328

⁵³⁰ ÖZEN, s.420

⁵³¹ SOYASLAN, s.244

⁵³² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.404-405

⁵³³ TAŞTAN, s.234

⁵³⁴ MEMİŞ KARTAL, s.199

Tehdit suçunun düzenlendiği TCK'nın 106. maddesinin gerekçesinde ‘ *Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağı, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağı veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır. Tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi gerekir. Yani, istenilenin yerine getirilmemesi hâlinde tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimali objektif olarak mevcut olmalıdır. Sarf edilen sözler, gerçekleştirilen davranış muhatap alınan kişi üzerinde ciddi bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin olduğu ileri sürülemez. Tehdit konusu kötülük, mağdura değil de, bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak, bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır.*’ şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Tehdit eyleminin, cinsel istismar suçunun işlenebilmesi amacıyla suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlendiği esnada yapılmış olması gerekmektedir. Suçun işlenmesinden sonra suçun meydana çıkmasını önlemek gibi nedenlerle gerçekleştirilen tehdit eylemi bağımsız bir tehdit suçu oluşturacaktır.⁵³⁵ Örneğin, fail cinsel istismar eylemini gerçekleştirdikten sonra eylemin ortaya çıkmasını veya şikâyetçi olunmasını engellemek amacıyla mağdura tehdit eyleminde bulunmuşsa fail hakkında ayrıca tehdit suçundan da hüküm kurmak gerekecektir.⁵³⁶

Tehdit eylemi mağdurun bizzat kendisine yönelik olabileceği gibi mağdurun akrabası ya da yakınlık duyduğu kişiye yönelik olması mümkündür.⁵³⁷ Bu şahsın mağdurun akrabası olma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵³⁸ Maddesinin gerekçesinde bu durum ‘‘ *Tehdit konusu kötülük, mağdura değil de, bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak, bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır.*’’ şeklinde açıklanmıştır.

⁵³⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.329; TAŞTAN s.234-235; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.240; CENTEL, ZAFER, s.236; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.405; AYDIN, s.44; YENİDÜNYA, s.3289; SAVAŞÇI, s.96; TANER, s.129

YARGITAY 14. CD. E.2016/8155 K.2017/1594 T.27.03.2017; YARGITAY 14. CD. E.2011/9398 K.2013/3191 T.22.03.2013; YARGITAY 14. CD. E.2012/533 K.2014/215 T.14.01.2014

⁵³⁶ YELDAN, s.234

⁵³⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.404-405; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.329; TAŞTAN, s.234; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1651; PARLAR, BANKO, s.108

⁵³⁸ TAŞTAN, s.234

Tehdit eylemi mağdura karşı değil de suçun oluşmasını engellemeye çalışan kişiye karşı gerçekleşmesi durumu ise mağdura yönelik tehdit olarak değerlendirilemeyecektir. Fail bu durumda üçüncü kişiye yönelik eyleminden ayrıca sorumlu olacaktır.⁵³⁹

Tehdit eylemine konu kötülüğün bizzat fail tarafından yapılacağı bildirilmesi zorunlu değildir. Bu kötülüğün başka bir kişiye yaptırılacağı bildirilmesi de mümkündür.⁵⁴⁰ Tehdide konu kötülüğün gerçekleştirilmesi önemli değildir. Önemli olan mağdurun bu kötülüğün gerçekleşebileceğine yönelik kanaatidir.⁵⁴¹

Tehditin cinsel istismar eylemi boyunca devam etmesi gerekmemektedir. Önemli olan cinsel istismar eylemin başlangıç aşamasında mağdurun rızasının tehdit ile elde edilmiş olmasıdır.⁵⁴² Tehdit eyleminin, mağdurun kendisine yönelen cinsel istismar eylemine karşı direnme gücünü kırmaya elverişli olması gerekmektedir.⁵⁴³ Failin sarf ettiği sözler, gerçekleştirilen davranış mağdur çocuk üzerinde ciddi bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin olduğu ileri sürülemeyecektir.

Tehdit eylemine konu kötülüğün cinsel istismar sonucunda oluşacak zarardan daha ağır nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre de tehdit eylemine konu kötülüğün ırza geçme fiilinden daha ağır bir sonuç doğuracak nitelikte olması gerekmektedir.⁵⁴⁵ Ancak bizim katıldığımız görüşe göre hayat tecrübesi yeteri kadar gelişmemiş olan çocuğun tehdit eylemine maruz kaldığında hukuki değerler arasında seçim yapmasını beklemek suçla korunan hukuki değerle bağdaşmayacaktır.⁵⁴⁶ Bu nedenle tehditin etkisi çocuğun algısına göre belirlenmeli, büyüğe karşı etkili olmayan ifadelerin çocuğa karşı etkili, korkutucu olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁴⁷

⁵³⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.462

⁵⁴⁰ TAŞTAN, s.234

⁵⁴¹ BAYTEMİR, s.78

⁵⁴² TANER, s.129

⁵⁴³ TAŞTAN, s.234; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1651

⁵⁴⁴ TAŞTAN, s.234; AYDIN, s.44

⁵⁴⁵ YARGITAY CGK. E.2000/196 K.2000/201 T.17.10.2000

⁵⁴⁶ MEMİŞ KARTAL, s.170

⁵⁴⁷ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.530; MEMİŞ KARTAL, s.199-200

Cinsel istismar suçunun düzenlendiği madde metninde cebir, tehdit veya hile unsur olarak düzenlenmişse de şantaj unsur olarak düzenlenmemiştir. Yargıtay bir kararında şantaj eylemini de cinsel istismar suçunun tehdit unsurunu oluşturduğunu kabul etmiştir.⁵⁴⁸ Doktrinde şantajın tehdidin özel bir şekli olarak kabul edilip tehdit hipotezi altında değerlendirmesi gerektiği savunulduğu gibi⁵⁴⁹ iradeyi etkileyen başka neden kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁵⁵⁰ Yine doktrinde, cinsel istismar suçunda şantajın unsur olarak düzenlenmemiş olduğundan kanunilik ilkesi gereği ve kıyasa yol açmamak adına gerçek içtima yapılarak şantajın ayrıca değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁵¹ Kanımızca, şantaj suçunun esasında tehdit yoluyla işlenebilmesi ve tehdit suçunun özel bir şeklini oluşturması nedeniyle⁵⁵² tehdit hipotezi altında değerlendirilmesi gerekmektedir

Cinsel ilişki dışında ki eylemler bakımından rızası geçerli olan mağdurun bu eylemlere karşı rızası varken failin mağduru tehdit etmesi nedeniyle cinsel ilişkiye zorlanması halinde de suç oluşmaktadır. Mağdurun başlangıçtaki rızası cinsel ilişki dışındaki eylemlere yönelik rızası dikkate alınmayacaktır.⁵⁵³

dc. Hile

Hile, mağdurun aslında yapmayacağı bir davranışı aldatılarak yapmaya yöneltmesidir. Mağdur, failin kullandığı hileli vasıtalarla kendine yönelen cinsel istismar eylemine karşı koyamayabilir. Bu durumlarda mağdur eyleme karşı rıza göstermiş olsa bile bu rıza geçerli olmayacaktır.⁵⁵⁴ Cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek için mağdurun içeceğine ilaç atmak, mağdura uyuşturucu madde vermek, onu hipnotize etmek, kendisini doktor olarak tanıtip muayene ediyor gibi yapmak şeklinde hileli vasıtalar kullanılabilir.⁵⁵⁵

⁵⁴⁸ YARGITAY 14 CD. E.2016/1632 K.2016/6124 T.14.06.2016

⁵⁴⁹ TANER, s.304

⁵⁵⁰ ŞEN, s.396

⁵⁵¹ MEMİŞ KARTAL, s.171

⁵⁵² TANER, s.129, 147

⁵⁵³ TAŞTAN, s.235

⁵⁵⁴ CENTEL, s.274

⁵⁵⁵ YOKUŞ SEVÜK, s.110; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3633

Yargıtay, evlenme vaadini mağdur çocuğun iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul etmemektedir.⁵⁵⁶ Bazı yazarlar çocuğa karşı evlenme vaadini hile kapsamında kabul ederken⁵⁵⁷ bazı yazarlar hile kapsamında kabul etmemektedir.⁵⁵⁸ Kanımızca evlilik vaadinin hile olarak kabul edilip edilmeyeceği somut olaya göre değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.⁵⁵⁹ Failin mağdura karşı olan tüm hareketleri bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle sonuca varılmalı⁵⁶⁰ ve evlenme vaadinin mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracabilecek nitelikte olması halinde hile niteliğinde kabul edilmelidir.⁵⁶¹ Kısaca güçlü duygusal ilişkilerin olduğu, failin mağdur üzerinde baskın bir egemenlik kurduğu ve bu hareketleri sırf cinsel ilişkiye girmek için araç olarak kullanıp mağduru kendisine inandırdığı, gerçekte evlenme düşüncesinin bulunmadığı durumlarda hilenin varlığı kabul edilmelidir.⁵⁶²

Hilenin cinsel istismar eylemini gerçekleştirmeye yönelik olması ve hile ile cinsel istismar arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Failin kendisine karşı cinsel istismarda bulunacağını bilen mağdurun yine de hilenin kullanılmasına izin vermesi halinde hileden söz edilemeyecektir.⁵⁶³

Failin kandırıcı nitelikteki söz ve eylemlerle mağduru hataya düşürerek cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi halinde hileden bahsedilebilecektir. Hilenin kandırıcı ve iradeyi etkileyici nitelikte olup olmadığı mağdur çocuğun yaşı, zekâ seviyesi, psikolojik ve eğitim durumu, sosyal ve ekonomik koşulları, mağdur çocuğun içerisinde yer aldığı aile

⁵⁵⁶ YARGITAY 14. CD. E.2014/1552 K.2015/5994 T.30.04.2015; YARGITAY 14. CD. E.2012/7531 K.2014/515 T.20.01.2014

⁵⁵⁷ ALŞAHİN, s.861; MEMİŞ KARTAL, s.172; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.329; KÜSKÜ, s.53(Yazara göre, failin gerçekte evlenme düşüncesinin bulunmadığı ancak cinsel ilişkiye girmek için mağduru inandırdığı durumlarda hilenin varlığını kabul etmek gerekir.)

⁵⁵⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.407; BAYTEMİR, s.83; ÜNVER, s.38-39 (Yazara göre, burada irade özgürlüğü serbesttir ve temyiz kudretine sahip kişi evlenme vaadine kanmayarak eyleme rıza göstermemesi gerekir. Kaldı ki fail evlenme kararından her zaman başka bir sebeple vazgeçebilecektir. Bu nedenle yazar evlenme vaadini hile kapsamında değerlendirmemektedir.); TAŞTAN, s.237 (Yazara göre, evlenme vaadi ise tek başına mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte hile sayılmamalı; evlenme vaadinin yanında mağdurun cinsel ilişkiye girme rızasının kandırıcı nitelikte yoğun ve ustaca sergilenen hileli davranışlarla iradesi fesada uğratarak elde edilmesi gerekmektedir.)

⁵⁵⁹ AKKAYA, s.176-177; ÖZEN, s.422

⁵⁶⁰ AYDIN, s.45

⁵⁶¹ YOKUŞ SEVÜK, s.111; CENTEL, ZAFER, s.237

⁵⁶² ÖZEN, s.422

⁵⁶³ BAYTEMİR, s.83

koşulları gibi mağdur çocuğun sübjektif durumu dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.⁵⁶⁴

Hilenin, cinsel istismar eyleminden önce mağdura uygulanması gerekmektedir. Failin, rıza ile yaşadığı cinsel ilişki sonrası pişmanlık duyan mağdura bir takım maddi menfaatlerde bulunarak bunu yerine getirmemesi hile kapsamında kabul edilemeyecektir.⁵⁶⁵

dd. İradeyi Etkileyen Başka Neden

TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında ifade edilen çocukların, sadece iradelerinin ortadan kaldırılması değil iradenin herhangi bir nedenle etkilenmesi veya zayıflaması da suç fiili kapsamında kabul edilmiştir.⁵⁶⁶

Kanunda iradeyi ortadan kaldıran nedenler cebir, tehdit, hile olarak gösterilmesine karşın "iradeyi etkileyen başka bir neden" ifadesinden ne anlatılmak istenildiği hususunda gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde herhangi bir açıklık bulunmamakta ve düzenleme kanunilik ilkesine aykırılık tekil etmektedir.⁵⁶⁷ Esasında bu ifadenin tanımını yapmak mümkün olmadığından, hüküm kapsamı geniş ve muğlak kalmaktadır.⁵⁶⁸ Doktrinde genel olarak "iradeyi etkileyen başka bir neden" neden ibaresinin sınırlı şekilde yorumlanması gerektiğini savunulmaktadır. Öte yandan düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı bir durum oluşturmada savunulmaktadır.

Bir görüşe göre, "iradeyi etkileyen başka bir neden" ifadesi suç tipinin uygulama alanını tehlikeli şekilde genişleteceği ve belirsizleştireceği için bu ifadeyle kastedilenin sadece "geçici bir nedenle" veya "alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle" mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalması veya ortadan kaldırması durumlarıyla sınırlandırılması gerekmektedir.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ TAŞTAN, s.236; PARLAR, BANKO, s.101

⁵⁶⁵ PAKIR, s.103

⁵⁶⁶ HOROZGİL, s.125

⁵⁶⁷ TANER, s.303; ŞEN, s.397(Yazar, bu düzenlemenin zorlama veya hile niteliği taşımayan ikna içeren fiilin, iradeyi etkilediğinden bahisle cinsel istismar kapsamında değerlendirilme ihtimali doğurduğunu ifade etmektedir.); MALKOÇ, s.1711(Yazara göre, "iradeyi etkileyen başka bir neden" ibaresiyle rızasızlık durumunun ifade edilmeye çalışılmıştır.)

⁵⁶⁸ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.84, 85

⁵⁶⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.456; TANER, s.303; TAŞKIN, s.89

Bir görüşe göre, “iradeyi etkileyen başka bir neden” ifadesinden anlaşılması gereken sağır ve dilsizlik (m.33) ve geçici bir neden, alkol veya uyuşturucu madde etkisidir.(m.34)⁵⁷⁰ Kanımızca sağır ve dilsizlik iradeyi etkileyen başka neden kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira sağır ve dilsizlik hali mağdur çocuğun suç açısından hangi grup çocuklar arasında değerlendirilebileceğinde kıstas olarak alınabilecektir.

Bir görüşe göre, TCK’nın 103/1-b bendini “cebir, tehdit veya hile yoluyla etkilenen irade” olarak değerlendirmek isabetli olacaktır.⁵⁷¹ Kanımızca bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira mağdur çocuğun iradesi cebir, tehdit veya hile dışında ki sebeplerle de etkilenebilir. Kanun koyucu da zaten cebir, tehdit veya hile yanında “iradeyi etkileyen başka neden” ifadesiyle diğer durumları da madde kapsamına dâhil etmek istemiştir.

Bir görüşe göre, burada ifade edildiği gibi kanunilik ilkesine aykırı bir durum bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu mağdurun iradesini sağlıklı olarak oluşturamadığı veya ortaya koyamadığı tüm durumları kapsam altına almayı amaç edinmiş ve iradeyi etkileyen nedenleri sınırlı sayıda saymayarak iradesini açık bir şekilde ortaya koymuştur.⁵⁷²

Kanımızca, kanun koyucunun amacı cinsel istismar suçu mağdurunun çocuk olması nedeniyle cebir, tehdit veya hile dışında mağdur çocuğun iradesini etkileyen diğer tüm durumları kapsam altına almaktır. Zira mevcut düzenleme çocuğun iradesini etkileyen diğer tüm durumları madde kapsamında değerlendirilebilecek durumdadır. Aksi durum ne madde metninde ne de madde gerekçesinde ifade edilmiştir. “İradeyi etkileyen başka neden” ifadesiyle kastedileni sınırlı durumlardan ibaret saymak maddenin kapsamını sınırlayacak ve bu kapsamda olmayan ancak çocuğun iradesini etkileyen farklı durumların madde kapsamında değerlendirilmemesine sebebiyet verecektir. Bu durum ise suçla korunan hukuki yararlarla bağdaşmayacaktır. Ancak “iradeyi etkileyen başka neden” mevcut düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu da açık bir durumdur. Sorunun çözümü için “iradeyi etkileyen başka nedenler” ibaresinin sınırlandırılması yerine düzenlemenin

⁵⁷⁰ MEMİŞ KARTAL, s.174; HOROZGİL, s.126; NİŞANCI, s.220

⁵⁷¹ ŞEN, s.398

⁵⁷² TURHAN, s.58

belirlilik ilkesine uygun olarak tekrar ele alınması en uygun çözüm olabilir.⁵⁷³ Ancak daha öncede ifade ettiğimiz gibi TCK'nın 103/1-b bendinin tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi rıza dışında gerçekleşen cinsel davranışları kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda madde bendinde ‘‘cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden’’ ibarelerinin kullanılmasına gerek kalmayacak, onbeş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza dışında gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu şekilde cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu arasındaki çelişki durumu ortadan kaldırılacak ve hangi eylemin hangi unsur altında değerlendirilmesi gerektiği hususunda tartışmaların önüne geçilecektir.

Kanun koyucu, suç mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında ki direncinin zayıflığını göz önüne alarak TCK'nın 103/1-b bendinde söz konusu edilen cinsel istismar eyleminin çocuğun iradesini etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi durumunda suçun oluşacağını kabul etmiştir. Mağdur çocuğa alkol, ilaç veya uyuşturucu madde verilmek suretiyle cinsel istismar eyleminin gerçekleştirilmesi iradeyi etkileyen başka neden kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁷⁴ Bu durumların bizzat failin kendisi tarafından oluşturulmuş olması şart değildir. Mağdurun kendi rızasıyla aldığı alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle bilincini yitirmiş olması hali de bu kapsamda değerlendirilecektir. Failin, mağdurun haberi olmaksızın mağduru bu duruma düşürmesi durumunda ise mağdurun iradesi hile ile sakatlanmış olacaktır.⁵⁷⁵ Mağdurun alkol veya uyuşturucu maddeyi kendi rızasıyla almış olması cinsel istismar eylemine karşı rızasının bulunduğunu göstermez. Önemli olan husus mağdurun alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle kendisine yönelen cinsel istismar eylemine karşı mukavemet yeteneğinin etkilenmesi ve failin bu durumdan yararlanmış olmasıdır.⁵⁷⁶

TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı, herhangi bir rıza açıklaması olmaksızın ani şekilde yapılan cinsel istismar niteliğindeki davranışların (sarkıntılık düzeyinde kalan eylemlerin) hangi unsur altında değerlendirilmesi gerektiği

⁵⁷³ BOZTANCI, BOZBAYINDIR, s.512

⁵⁷⁴ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1651; TAŞTAN, s.256; PARLAR, BANKO, s.101

⁵⁷⁵ TUĞRUL, s.260; AKKAYA, s.178

⁵⁷⁶ TAŞTAN, s.240; AYDIN, s.46

tartışmalı bir husustur. Yargıtay uygulaması, bu tür eylemlerin iradeyi etkileyen başka bir neden unsuru altında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁵⁷⁷ Bir görüşe göre, ani şekilde yapılan eylemleri mağdurun önceden tahmin edip önlemesi eylemin doğasına aykırı olduğundan bu eylemin cezalandırılması için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin araç olarak kullanılması şart olarak aranmamalıdır.⁵⁷⁸ Farklı bir görüşe göre de bu davranış cebir kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.⁵⁷⁹

Cebir mutlak ve zorlayıcı kuvveti içerisinde barındırmaktadır. Mutlak cebir uygulanan kişi karşı koyamayacağı bir gücün etkisine maruz kalmakta, aksi yönde irade açıklama fırsatı dahi bulamamaktadır. Kişinin iradesi tamamen ortadan kalkmış olduğundan kendisine karşı yapılan saldırı eylemine karşı rızasının bulunduğu bahsedilemeyecektir. Zorlayıcı cebir durumunda ise fail mağdura karşı fiziksel kuvvet uygulayarak mağdurun karar verme ve ya vermiş olduğu kararlar doğrultusunda hareket edebilme yeteneğini etkilemektedir. Örneğin yolda yürüyen bir kişiye karşı herhangi bir rıza açıklaması olmaksızın ani şekilde cinsel arzularını tatmine yönelik bir davranışta bulunan kişi eylemini mutlak cebirle gerçekleştirmişken bir kişinin kollarını burkarak cinsel arzuları tatmine yönelik davranışta bulunan kişi eylemini zorlayıcı cebirle gerçekleştirmiştir.⁵⁸⁰ Bu nedenle, kanımızca TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı herhangi bir rıza açıklaması olmaksızın ani şekilde yapılan cinsel istismar niteliğindeki davranışların, mutlak cebir, dolayısıyla cebir unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

5. NETİCE

Netice kavramı, dış dünyada meydana gelen değişiklikleri ifade etmektedir. Ceza hukukunda neticenin önem arz etmesi için kanunda unsur olarak yer alması yani suçun oluşması neticenin gerçekleşmesi bağlanmalıdır.⁵⁸¹ Cinsel istismar suçunda hareketin gerçekleşmesi dışında suçun oluşumu bakımından herhangi bir neticenin gerçekleşmesi

⁵⁷⁷ YARGITAY 14. CD. E.2013/8156 K.2015/562 T.26.01.2015; YARGITAY 14. CD. E.2013/1842 K.2014/12249 T.05.11.2014; YARGITAY 14. CD. E.2013/882 K.2014/11896 T.30.10.2014; YARGITAY 14. CD. E.2012/4977 K.2014/5219 T.17.04.2014

⁵⁷⁸ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.85

⁵⁷⁹ BAYTEMİR, s.409

⁵⁸⁰ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3731

⁵⁸¹ PAKIR, s.106

aranmadığından cinsel istismar suçu sırf hareket suçu⁵⁸² olup hareketten ayrı neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. TCK'nın 103/6. Fıkrasında düzenlenen mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumu ise suçun neticesi değil netice sebebiyle ağırlaşan halini meydana getirmektedir.⁵⁸³

C. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Cinsel istismar suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir.⁵⁸⁴ Bu nedenle taksirle hareket eden failin eylemi objektif anlamda cinsel nitelik oluştursa dahi cezalandırılmayacaktır.⁵⁸⁵ Örneğin, kişinin kalabalık bir asansörde düğmelere basarken yanlışlıkla mağdurun göğsüne dokunması veya yolda yürürken taşa takılıp düşerken mağdurun poposuna değmesi gibi durumlarda eylem objektif anlamda cinsel davranış kabul edilse de kişi kasti hareket etmediğinden ve suçun taksirli hali bulunmadığından failin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.⁵⁸⁶

Cinsel istismar suçunun olası kastla işlenebileceği hususu tartışmalıdır. Suçun olası kastla işlenebileceği⁵⁸⁷ savunulduğu gibi olası kastla işlenemeyeceği⁵⁸⁸ de savunulmaktadır. Kanımızca, genel kastla işlenebilen suçların olası kastla işlenebilmesinin mümkün olması⁵⁸⁹

⁵⁸² ÖZEN, s.471; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3629

⁵⁸³ ÖZEN, s.422

⁵⁸⁴ MEMİŞ KARTAL, Pınar, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2013, s.105-106; CENTEL, ZAFER, s.242; SÖZÜER, s.273; ÖZEN, s.472-473; TAŞTAN, s.301; ARTUÇ, s.583; KURT, s.294-295; ARSLANTÜRK, s.321; PAKIR, s.237; MALKOÇ, s.1717; ÇALIŞKAN, s.108; PARLAR, BANKO, s.103; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.331-332

⁵⁸⁵ ERDOĞAN, Yavuz, s.49

⁵⁸⁶ PAKIR, s.111-112

⁵⁸⁷ ERDOĞAN, Yavuz, s.49; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.118; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.373; ÖZBEK, KANBUR, s.632; GERÇEKER, s.1053; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.463; KURT, s.295; CENTEL, s.277; ARSLANTÜRK, s.321; PAKIR, s.237

⁵⁸⁸ TANER, s.187 (Yazara göre, failin cinsel davranışı "olursa olsun" düşüncesiyle gerçekleştirmesi pek mümkün değildir. Örnek olarak failin kolunu sallarken kadın mağdurun kalçasına dokunabileceğini, çarpabileceğini öngörmesine rağmen davranışına devam etme durumu verilebilse de burada cinsel bir davranışın olduğunu söylemek mümkün değildir.); MEMİŞ KARTAL, s.215 (Yazar, suçun olası kastla işlenebildiğinin kabulü halinde kişinin farkında olmadığı eylemlerinin de cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmesi gibi adaletsiz sonuçların ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir.)

⁵⁸⁹ ERDOĞAN, Yavuz, s.49

ve kanunun cinsel istismar suçunda herhangi bir kısıtlama öngörmemesi nedeniyle suçun olası kastla işlenmesi mümkün olabilecektir.

Kural olarak özel kastla işlenebilen suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Ancak bu durum cinsel istismar suçunda bazen geçerli olmamaktadır.⁵⁹⁰ Örneğin, kişi kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek eylemi gerçekleştirmesi halinde⁵⁹¹ ya da failin, mağdurun yaşının onbeşten küçük olabileceği ihtimalini göz önüne alarak cinsel davranışta bulunması⁵⁹² durumunda suç olası kastla işlenebilecektir.

Eylemin cinsel niteliği somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Dış görünüş itibariyle cinsel davranış niteliği bulunmayan eylem, failin cinsel davranış niteliğine bürünen eylemi ile bu suç oluşturabilecektir. Örneğin saygı ya da nezaket gösterisi olarak bir bayan ya da yaşlı bir bayanın elinin öpülmesi cinsel davranış olarak nitelendirilemeyebilir de başkaca bir eylem olmaksızın sürenin uzaması, elin tutup bırakılmaması gibi eylemler cinsel saldırı eylemini oluşturabilir. Niteliği itibariyle cinsel davranış niteliğinde olmayan bir eylemin fail tarafından cinsel davranış olarak algılanması halinde ise bu eylemin cinsel davranış olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin salt tokalaşan veya mağduru yalnız döven kişi bu eylemleri cinsel davranış olarak algılasa dahi eylem niteliği itibariyle cinsel davranış olarak değerlendirilebilir değildir.⁵⁹³

Suçun manevi unsuruyla alakalı madde metninde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Madde gerekçesinden ise suçun basit hali için failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmesi gerektiği, suçun nitelikli hali bakımından failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etme zorunluluğunun olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Madde metninde cinsel arzuları tatmin özel saikine yer verilmemişken bu durumun madde gerekçesinde belirtilmiş olması; madde gerekçesinin madde metnine dâhil olmaması ve gerekçe ile madde kapsamının genişletilmesi veya daraltılması mümkün olmaması nedeniyle haklı olarak

⁵⁹⁰ ÖZEN, s.473

⁵⁹¹ ÇALIŞKAN, s.89

⁵⁹² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.463

⁵⁹³ TANERİ KAMIŞLI, s.323

yerinde görülmemiştir.⁵⁹⁴ Bu nedenle, çocuğun cinsel dokunulmazlığını koruma amacı dikkate alınarak yeniden ve daha açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁵⁹⁵

Cinsel istismar suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali ve basit hali için failde cinsel arzuları tatmin amacı yani özel kast aranmaktadır. Suçun nitelikli hali bakımından ise failde cinsel arzuları tatmin etme amacı aranmamakta, genel kast yeterli görülmektedir.⁵⁹⁶ Ancak doktrinde suçun tüm halleri bakımından cinsel arzuları tatmin özel kastı aranması gerektiği⁵⁹⁷ savunulduğu gibi suçun tüm hallerinin genel kastla işlenebileceği⁵⁹⁸ de savunulmaktadır. Yargıtay ise suçun basit hali bakımından failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmesini ararken⁵⁹⁹ suçun nitelikli hali bakımından gerçekleştirilen eylemin cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılmasını şart olarak aramamaktadır.⁶⁰⁰

Suçun basit hali için failde cinsel arzuları tatmin özel kastı aranmaktadır. Suçun tamamlanabilmesi için cinsel arzuların tatmin edilmiş olması gerekmemektedir.⁶⁰¹ Failin

⁵⁹⁴ ÜNVER, s.37; CENTEL, ZAFER, s.242; CENTEL, s.277; PAKIR, s.236; PAKIR, s.92 (Yazara göre, madde gerekçesinde cinsel arzuları tatmin özel kastının düzenlenmiş olması kanundaki cinsel davranış kavramını daraltmakta ve kanunilik ilkesine aykırı durum oluşturmaktadır.)

⁵⁹⁵ MEMİŞ KARTAL, s.214

⁵⁹⁶ YENİDÜNYA, s.3293; KÜSKÜ, s.68; TAŞTAN, s.302; NUHOĞLU, s.294; KURT, s.294

⁵⁹⁷ ÖZEN, s.472-473 (Yazara göre, suçun tüm halleri bakımından failde cinsel arzuları tatmin özel kastı aranmalıdır. Madde metninde bu şekilde yorum yapılmasını engelleyecek bir düzenleme bulunmamakta, madde gerekçesi de sadece yorum türlerinden birisi olması nedeniyle madde metnini bağlamamaktadır.); TOROSLU, s.60-61, (Yazara göre, madde gerekçesinde her ne kadar suçun nitelikli hali bakımından cinsel arzuları tatmin etme amacı aranmadığı açıklanmış ise de bir suçun nitelikli şeklinde basit şekli için aranan bütün unsurların var olması zorunlu olduğundan suçun tüm halleri bakımından failde cinsel arzuları tatmin özel kastı aranmalıdır.)

⁵⁹⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.373; ÖZBEK, KANBUR, s.632; PAKIR, s.236; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.434-435 (Yazarlara göre, cinsel saldırı suçunun her iki hali bakımından da gerçekleştirilen davranışın objektif olarak cinsel mahiyet taşıması yeterli olmakla birlikte failde ki saik önemsizdir.) ÜNVER, s.38 (Yazara göre, suçun manevi unsuru genel kast olmakla birlikte özel kastın varlığına gerek bulunmamaktadır. Cinsel hareketlerle mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması yeterli olmakla ayrıca cinsel arzuları tatmin amacı gerekmemektedir.); KAFES, s.69 (Yazara göre, suçun gerek basit halinde gerekse nitelikli halinde davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması yeterli olup failin bu davranıştaki saikinin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur.)

⁵⁹⁹ YARGITAY 14. CD. E.2012/3418 K.2014/854 T.27.01.2014; YARGITAY 14. CD. E.2012/6169 K.2014/4053 T.26.03.2014

⁶⁰⁰ YARGITAY 14. CD. E.2012/4067 K.2014/1289 T.10.02.2014

⁶⁰¹ BAYTEMİR, s.415; TAŞTAN, s.303; ARTUÇ, s.77; MEMİŞ KARTAL, (Cinsel Saldırı), s.105-106 (Yazar, kanun koyucunun, suçun basit hali bakımından failin cinsel amaçlarla hareket etmesini aramış olmasını suçun yaralama, hakaret vb. suçlarla karıştırılabilme ihtimali nedeniyle yerinde görmektedir.); TAŞKIN, s.89 (Yazara göre, failin cinsel arzuları tatmin amacı kastı olmaksızın öç almak veya acı çektirmek kastıyla yapmış olduğu cinsel istismar eylemleri de suçun basit hali kapsamında değerlendirilmelidir. Zira kanun koyucu burada özel kast aranmış olsaydı madde metninde bu durumu

cinsel arzuları tatmin kastıyla hareket etmediği durumlar suç oluşturmayacağı gibi durumun niteliğine göre kasten yaralama, hakaret gibi suçlar meydana getirebilecektir.⁶⁰² Örneğin otobüs içerisinde cinsel organın yanlışlıkla kişiye sürülmesi, arkadaşların birbirini öpmesi, ayakkabı satıcısının kişinin ayağını tutması gibi durumlar cinsel arzuları tatmin amacı içermediğinden herhangi bir suç oluşturmayacak,⁶⁰³ kavga sırasında kişinin yanağının ısırılması durumunda ise failde ki kast cinsel arzuları tatmine yönelik olmadığından kasten yaralama suçunu⁶⁰⁴ oluşturacaktır.

Suçun nitelikli halinin oluşabilmesi içinde failde cinsel arzuları tatmin kastı şart olmamakla birlikte genel kast yeterli görülmektedir. Faildeki kast, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel dokunulmazlığının ihlal edilmesine yönelik olmalıdır.⁶⁰⁵ Madde metninde "sair bir cisim" ibaresine yer verilmesi nedeniyle suçun temel şeklinin aksine, ikinci fıkrada tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için eylemin cinsel arzularının tatmini amacına yönelik olmasının şart değildir.⁶⁰⁶ Bu nedenle failin mağduru aşışlamak, intikam almak, korkutmak gibi gayelerle eylemini gerçekleştirmesi durumunda da suçun nitelikli hali oluşabilecektir.⁶⁰⁷ Ancak bu durumda eylemin mutlaka cinsel bir içerik taşıması gerekmektedir.⁶⁰⁸ Mağdurun anal ya da vajinal bölgelerine yönelen fiillerin cinsel içerik taşıdığı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak örneğin oral yoldan gerçekleştirilen fiiller bakımından failin eylemi ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında objektif olarak cinsel bir bağ kurulması halinde cinsel istismar suçunun nitelikli hali oluşacaktır.⁶⁰⁹ Örneğin kamu görevlisinin cinsel haz alma amacı olmaksızın işkence

düzenlenmiş olurdu.) NİŞANCI, s.229 (Yazara göre, kanun metninde failde, cinsel arzuların tatmin edilme amacının arandığına ilişkin herhangi bir ifade yer almadığından suçun basit hali bakımından failin genel kastla yani objektif nitelikteki şehvi davranışla eylemini gerçekleştirmesi yeterlidir.); HOROZGİL, s.131 (Yazara göre, cinsel istismar suçunun basit halinde failin objektif nitelikte şehvi (cinsel) bir davranış gerçekleştirdiğine dair bilinç ve iradesi (kastı) yeterli sayılmalıdır. Zira madde metninde failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.)

⁶⁰² ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3644; NUHOĞLU, s.294

⁶⁰³ ARTUÇ, s.598; TUĞRUL, s.275; AKKAYA, s.193

⁶⁰⁴ AKKAYA, s.252; TUĞRUL, s.306

⁶⁰⁵ BAYTEMİR, s.439; AKKAYA, s.193; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.514; YOKUŞ SEVÜK, s.154; TAŞKIN, s.91; MALKOÇ, s.1717; ÇALIŞKAN, s.108; TUĞRUL, s.306

⁶⁰⁶ ARSLANTÜRK, s.235; YARGITAY CGK. E.2014/14-8 K.2014/186 T.15.04.2014

⁶⁰⁷ TAŞKIN, s.91; YENİDÜNYA, s.3293; YOKUŞ SEVÜK, s.118; ÇALIŞKAN, s.107; ALŞAHİN, s.876

⁶⁰⁸ SAVAŞÇI, s.121; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.514; YENİDÜNYA, s.3293

⁶⁰⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.514

veya hakaret amaçlı mağdurun vajina veya anüsüne cisim sokması durumunda cinsel istismar suçu oluşacakken⁶¹⁰ cisim sokulan yerin mağdurun ağzı olması durumunda cinsel istismar suçu oluşmayacaktır.

Failin cinsel arzuları tatmin etme amacı olmaksızın (aşağılama, yaralama vb. gibi amaçlarla) mağdur vücuduna sair cisim sokma eyleminin hangi kapsamda değerlendirileceği hususunda tartışma bulunmaktadır. Suçun nitelikli hali bakımından failde cinsel arzuları tatmin kastının aranmamış olması, failin, mağdur vücuduna, cinsel arzuları tatmin kastı olmaksızın cisim sokma eylemlerinin kasten yaralamadan bir fark oluşturmaması nedeniyle sıkıntılı bir durum meydana getirmektedir.⁶¹¹ Zira sırf mağdurdan intikam alma amaçlı gibi durumlarla mağdurun vajinal veya anal bölgelerine cisim sokulması halinde failin kastı her ne kadar cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasa da suçun nitelikli hali meydana gelmektedir.

Failin, mağduru aşağılamak vb. amaçlarla anüsüne şişe sokması gibi durumlar -mevcut düzenleme uyarınca- suçun nitelikli halini meydana gelmektedir.⁶¹² Failin mağdurun vücuduna cisim sokma eylemini tamamlayabilme imkânı olduğu halde sırf mağduru küçük düşürme gibi amaçlarla vücuduna girmeyecek şekilde şişeye oturtma eylemi değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yargıtay, failin suçu tamamlama imkânı olduğu halde kendi iradesiyle suçu tamamlamaması nedeniyle suçun nitelikli haline teşebbüs oluşmayacağı; failin cinsel arzuları tatmin amacıyla icra edilmemiş olması nedeniyle suçun basit halinin de meydana gelmeyeceğini ifade ederek eylemin hakaret suçunu oluşturduğuna

⁶¹⁰ MALKOÇ, s.1717; ÇALIŞKAN, s.108

⁶¹¹ MEMİŞ KARTAL, (Cinsel Saldırı) s.105-106; CENTEL, ZAFER, s.242-243 (Yazarlara göre, cinsel istismar suçunun nitelikli halinde cinsel arzuları tatmin amacının aranması maddenin uygulama alanını kanun koyucunun gayesini aşacak şekilde genişlemesini önleyecektir.); TOROSLU, s.60-61 (Yazara göre, madde gerekçesinde aksi savunulsa da bir uçun nitelikli şeklinde suçun basit hali için gerekli olan bütün unsurların bulunması zorunludur. Bu nedenle suçun nitelikli halinde cinsel arzuları tatmin kastı aranmalıdır. Aksi durum vücuda penis dışında bir cisim sokulması halinde bu suç ile kasten yaralama ve işkence suçlarını birbirinden ayırmak mümkün olamayacaktır.); DONAY, s.166 (Yazara göre, eylemin cinsel amaçlı olarak yapılması gerekmekte, cinsel amaç olmaksızın vücuda herhangi bir cisim sokulması halinde ise duruma göre farklı suç meydana gelmektedir.); HAFIZOĞULLARI, s.78 (Yazara göre, bir kimsenin vücuduna cinsel amaç dışında bir şey sokmak madde gerekçesine göre nitelikli hal kapsamında kabul edilse de bu durumda cinsel istismar değil de hakaret veya kasten yaralama suçu oluşmaktadır.)

⁶¹² YOKUŞ SEVÜK, s.118

karar vermiştir.⁶¹³ Yargıtay'ın bu kararı, yapılan hareketin cinsel nitelikli davranış olması, suçun oluşumu bakımından failin saikinin önemsiz olması ve hareketin yöneldiği bölgenin anüs olması nedeniyle eylemin suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶¹⁴ Ancak mağdurun vücuduna giren herhangi bir cisim mevcut olmadığından eylem tamamlanmamıştır. Eylemin teşebbüs kapsamında değerlendirilebilmesi için suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanmamış olması gerektiğinden eylem, suçun nitelikli haline teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira failin kastı mağdurun vücuduna cisim ithal etmek değil, tam aksine ithal etmeyerek mağduru küçük düşürmektir. Faildeki kastın mağduru küçük düşürmek olması ve cinsel arzuları tatmin gayesi ile hareket etmemiş olması nedeniyle suçun basit hali de oluşmayacaktır. Bu nedenle eylemin hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi yerindedir. Ancak faili hakaret suçundan cezalandırmak eylemin ağırlığı ve haksızlık içeriği dikkate alındığında hafif kalacak ve caydırıcılığı önleyecektir. Bu durumun önüne geçmek için kanun koyucunun hakaret suçunda suç teşkil eden fiili karşılayacak şekilde, cezayı artırıcı nitelikli hal ihdas etmesi yerinde olacaktır.⁶¹⁵

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Sebepleri

TCK' da hukuka uygunluk sebeplerini kanun hükmünün yerine getirilmesi (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1), ve ilgilinin rızası (m.26/2) oluşturmaktadır.⁶¹⁶ Cinsel istismar suçuna özgü bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir.⁶¹⁷ Cinsel istismar suçunun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekmektedir.⁶¹⁸ Yani hukuka

⁶¹³ YARGITAY 14. CD. E.2018/2197 K.2018/4971 T.05.07.2018; YARGITAY 14. CD. E.2014/10300 K.2017/4512 T.05.10.2017; YARGITAY 14. CD. E.2017/6834 K.2018/1398 T.27.02.2018; YARGITAY 14. CD. E.2016/10042 K.2016/7746 T.14.11.2016

⁶¹⁴ YOKUŞ SEVÜK, s.118-119

⁶¹⁵ KÜSKÜ, s.45, 170

⁶¹⁶ HOROZGİL, s.128, ERDOĞAN, Yavuz, s.51; KÜSKÜ, s.76; YARGITAY CGK. E.2014/1-572 K.2015/2 T.17.02.2015

⁶¹⁷ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1653

⁶¹⁸ HOROZGİL, s.127

uyguluk sebebinin olması durumunda failin cinsel istismar suçundan cezai sorumluluğu olmayacaktır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin kast olmaksızın aşılması halinde suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiş olduğundan TCK'nın 27. maddesi (sınırın aşılması) uygulanamayacaktır. Sınırın kasten aşılması durumunda ise eylem artık suç teşkil edecektir.⁶¹⁹

2. İlgilinin Rızası

TCK'nın 26/2. maddesinde ilgilinin rızası “ *Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ilgilinin rızasıyla ilgili olarak “ *Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur*” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

İlgilinin rızasının hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için rıza sahibinin rıza açıklamaya ehil olması gerekmektedir.⁶²⁰ Rızanın, açık veya örtülü olması mümkündür. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekmektedir.⁶²¹ Eylemden sonra gösterilen rıza, hukuka uygunluk nedeni oluşturmayıp eylemin suç olma vasfını ortadan kaldırmayacaktır.⁶²² Önceden alınmış rıza, eylem esnasında geri alınmış ve fail bundan sonra da eylemine devam etmişse artık eylemin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecek, suç meydana gelmiş olacaktır.⁶²³

⁶¹⁹ MEMİŞ KARTAL, s.207-208

⁶²⁰ KOÇ, s.231; YELDAN, s.224; SAVAŞCI, s.57

⁶²¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.160; BAYTEMİR, s.71

⁶²² KOÇ, s.240

⁶²³ ŞİMŞEK, s.345-346; BAYTEMİR, s.71

Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için gerçekleştirilen eylemin rıza gösterilen eylemler dâhilinde yapılması gerekmektedir. Rıza kapsamı dışında kalan eylemler bakımından hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, örneğin, sadece öpme eylemine rıza gösteren mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulmuşsa artık hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemeyecektir.⁶²⁴

Mağdurun, cinsel dokunulmazlığına yönelik eylemlere karşı sesiz kalması veya faile karşı direnmemesi her durumda rızasının varlığının göstergesi olmamaktadır.⁶²⁵ Bu nedenle, mağdurun eyleme karşı direnç göstermemesinin veya sessiz kalmasının, rızasının varlığı şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağı somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Cinsel istismar suçunda ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni mi olduğu yoksa tipikliği ortadan kaldıran bir neden mi olduğu hususu tartışmalı durumdadır.

Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlara karşı rızaları mutlak olarak geçersiz olduğundan rızanın gerek tipiklik anlamında gerekse hukuka uygunluk açısından bir önemi bulunmamaktadır.⁶²⁶

Onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların rıza ile gerçekleştirdikleri cinsel ilişki durumunda, rıza fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmayacak ve eylem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.⁶²⁷ Görüleceği üzere burada rıza, fiilin suç teşkil etmesini önlememekte, tam aksine fiilin suç teşkil etmesine neden olmaktadır.⁶²⁸

Cinsel istismar suçunda, rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa suçun tipiklik unsurunu ortadan kaldıran neden mi olduğu hususu, onbeş yaşını tamamlamış olmakla

⁶²⁴ AYDIN, s.76; YOKUŞ SEVÜK, s.121; CENTEL, s.276

⁶²⁵ KOÇ, s.241; CENTEL, ZAFER, s.245

⁶²⁶ AKBULUT, Berrin, “**Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği**”, Ceza Hukuku Dergisi, Editör: Veli Özer Özbek, Cilt:14, Sayı:40, Ağustos 2019, s.278

⁶²⁷ KANBUR, Mehmet Nihat, “**6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014, s.4177; BAYTEMİR s.440; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s.372; TOROSLU, s.65; ÖZEN, s.474; AYDIN, s.76-77; YOKUŞ SEVÜK, s.156; AYDIN, s.108;

⁶²⁸ AKBULUT, s.280

birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların, rıza ile yaşamış oldukları cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay, bu çocuğun rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir.⁶²⁹ Doktrinde ise rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu savunulduğu⁶³⁰ gibi fiilin tipiklik unsurunu ortadan kaldıran unsur⁶³¹ olduğu da savunulmaktadır.

Kanımızca burada rızanın, tipikliği ortadan kaldıran bir unsur olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar bakımından çocuğa tasarruf imkânı tanımış olması nedeniyle bu çocuğun rızası eylemin tipe uygun olmasını engellemektedir. Her ne kadar TCK'nın 103/1-b bendi düzenlemesinde "rızası olmadan", "rızası hilafına" gibi ifadeler mevcut değilse de eylemin mağdurun rızası hilafına gerçekleşmiş olması gerektiği sonucuna yorum yoluyla ulaşabilmekteyiz. Bu nedenle rızanın varlığı halinde, fiil suç teşkil eden tipe uygun olmamaktadır.⁶³²

3. Hakkın Kullanılması

Tıbbi bir müdahale çevresinde hekim tarafından vücudun cinsel bölgelerine yapılan müdahaleler hekimlik mesleğine ilişkin hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası doğrultusunda hukuka uygun kabul edilecektir.⁶³³ Tıbbi tedavi gereğince cinsel anlam taşıyabilecek davranışların tedavi gereği yapıp yapılmadığı incelenmelidir. Eğer temas eylemi tedavi açısından zorunlu olmadığı halde temasın tedavi gereği zorunlu olduğu noktasında mağdur yanıltılarak cinsel davranışlarda bulunulmuşsa cinsel istismar suçu oluşacaktır. Ayrıca tıbbi tedaviyi gerçekleştiren kişinin de yetkili olması gerekmektedir. Kişinin kendisinin yetkili olduğu hususunda mağduru yanıltarak cinsel davranışlarda bulunması halinde de suç oluşacaktır. Her iki halde de mağdurun geçerli rızasından bahsedilemeyecektir.

⁶²⁹ YARGITAY CGK. E.2014/198 K.2015/428 T.01.12.2015

⁶³⁰ BAYTEMİR, s.440; TOROSLU, s.65; ÖZEN, s.474; AYDIN, s.76; YOKUŞ SEVÜK, s.156; PARLAR, BANKO, s.103

⁶³¹ ÖZGENÇ, İzzet, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24 Sayı:2 Yıl:2020, s.262-263, 282; AKBULUT, s.279-280; TANER, s.173

⁶³² TANER, s.173

⁶³³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.372; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.118

4. Meşru Savunma

Meşru savunma, bir kimsenin kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında savunma amacına yönelik olarak ve bu saldırıyı defedecek derecede kuvvet kullanılmasıdır.⁶³⁴ Cinsel istismar suçunda failin meşru savunma halinde bulunması durumu söz konusu olamayacak ve hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanamayacaktır.⁶³⁵ Meşru savunma durumu fail için değil mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik saldırısını defetmek için gerçekleştirdiği eylemlerde söz konusu olacaktır.⁶³⁶

5. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Cinsel istismar suçunda kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanabilecektir.⁶³⁷ Örneğin, CMK'nın 75. maddesi gereğince görevi gereği iç beden muayenesi gerçekleştiren doktorun eylemi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecek ve suç oluşmayacaktır.⁶³⁸ Ancak bu yapılırken kanunun emrettiği muayeneyi gerektiren müdahaleler haricinde sınır aşarak cinsel davranışlarda bulunulması ve failin cinsel arzuları tatmin kastının söz konusu olması halinde çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacak; kast olmaksızın sınırın aşılması halinde ise suçun taksirli hali cezalandırılmadığından fail hakkında ceza verilmeyecektir.⁶³⁹ Yargıtay, doktorun, mağdurun bedeni üzerinde gerçekleştirdiği eylemlerin tıbbi gereklere uygun olup olmadığı, bunu aşacak şekilde ve cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılıp yapılmadığı hususlarında katılandaki mevcut hastalık konusunda uzman bilirkişiden rapor alınıp gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorularak neticesine göre sanığın hukuki durumunun tayin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴⁰

⁶³⁴ ÖZGENÇ, s.357

⁶³⁵ PAKIR, s.118; KURT, s.295; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.372; BAYTEMİR, s.415, 440; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.435; ERDOĞAN, Yavuz, s.52

⁶³⁶ PAKIR, s.118; TANER, s.180

⁶³⁷ ERDOĞAN, Yavuz, s.52; SÖZÜER, s.274; HOROZGİL, s.128

⁶³⁸ SÖZÜER, s.274; HOROZGİL, s..128; TAŞTAN, s.307; ÖZBEK, KANBUR, s.632; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.372

⁶³⁹ TAŞTAN, s.307; HOROZGİL, s.128

⁶⁴⁰ YARGITAY 14. CD. E.2017/1622 K.2017/4611 T.10.10.2017

E. KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER

1. Genel Olarak Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler

TCK’da kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenler; zorunluluk hali, haksız tahrik, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, cebir, şiddet, korkutmaya veya tehdit, hata, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma şeklinde düzenlenmiştir.⁶⁴¹ Kusurluluğu tamamen kaldıran nedenlerin varlığı durumunda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecek; kusurluluğu azaltan nedenlerin varlığı halinde ise fail hakkında kanunda öngörülen oranda indirim yapılmak suretiyle ceza tayin edilecektir.⁶⁴² Çocukların cinsel istismarı suçu açısından kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden zorunluluk hali, yetkili bir mercinin emrini yerine getirme, haksız tahrik ve hata halleri üzerine değinilecektir.

2. Zorunluluk Hali

TCK’nın 25/2. fıkrasında düzenlenen zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenlenmiştir.⁶⁴³ Zorunluluk hali, “*bir kimsenin bilerek neden olmadığı tehlike halinden kendisini veya başkasını kurtarma zarureti karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi zorunluluğunu gerektiren durum*” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁴⁴

Cinsel istismar suçunda zorunluluk hali hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁶⁴⁵ Bazı yazarlar cinsel istismar suçunda zorunluluk halinin uygulanmasının güç olduğunu ancak bazı hallerde (örneğin, ağır bir hastayı hastaneye yetiştirirken onun kalçasına veya göğsüne dokunulması gibi) zorunluluk halinin söz konusu olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁴⁶ Kanımızca bu duruma katılmak mümkün değildir. Zira bu yazarların verdikleri örneklerde eylem her ne kadar objektif anlamda cinsel nitelik oluştursa da kişi

⁶⁴¹ BİRTEK, Fatih, **Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.302

⁶⁴² KÜSKÜ, s.105

⁶⁴³ ÖZGENÇ, s.479

⁶⁴⁴ DEMİRBAŞ, Timur, **Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2011, s.43

⁶⁴⁵ BAYTEMİR, s.415, 440; ÖZEN, s.478

⁶⁴⁶ HOROZGİL, s.129; TAŞTAN, s.308

suçun temel şekli bakımından aranan cinsel arzuları tatmin özel kastıyla hareket etmediğinden suç oluşmamaktadır. Bu nedenle bu gibi durumlar zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemez.

3. Yetkili Bir Mercinin Emrini Yerine Getirme

Yetkili bir mercinin emrini yerine getirme, TCK'nın 24/2. fıkrasında "*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçu bakımından yetkili bir mercinin emrini yerine getirme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁶⁴⁷

4. Haksız Tahrik

Haksız tahrik, "*failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisinde kalarak tahriki yapan kişiye karşı bir suç işlemesi*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶⁴⁸ Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ceza indirimini sağlayan haksız tahrik kurumu, TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, fail hakkında haksız tahrik indirimin yapılabilmesi için haksız fiilin bir hiddet veya şiddetli elem etkisi doğurabilecek ağırlıkta olması gerektiği, böyle bir etkiyi meydana getirebilecek ağırlıkta olmayan haksız fiiller bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Cinsel istismar suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışılmalıdır.

Bir görüşe göre, ne koşullarda olursa olsun çocukların cinsel istismarı suçuyla haksız tahrik hükümleri bir arada bulunmamaktadır.⁶⁴⁹

Bir görüşe göre, kural olarak haksız tahrik hükümleri ile cinsel suçlar özü itibarıyla bağdaşmamaktadır. Ancak şehvet kastı olmaksızın salt intikam amacı ile tahriki yapan kişinin cinsel bölgesine sair cisim sokulması durumunda haksız tahrik hükümleri söz konusu olabilir. Burada tahrik edenin cinsel bölgesine sokulmanın cinsel organ olması durumunda ise tahrik etkisi altında hareket eden kişi haksız tahrik hükümlerinden faydalanamayacak,

⁶⁴⁷ ÖZEN, s.431

⁶⁴⁸ BİRTEK, s.61

⁶⁴⁹ NİŞANCI, s.257

üstelik eylemin şartları oluşturması durumunda cinsel istismar/sarkıntılık suçu meydana getirecektir.⁶⁵⁰

Bir görüşe göre, haksız tahrikle cinsel suçlar bağdaşmaz şeklinde kategorik bir değerlendirme yapılamamalıdır. Kişinin kendisine karşı cinsel suç işleyen birine karşı oran olarak aynı ve benzer bir davranışta bulunulması durumunda haksız tahrik hükümleri meydana gelebilir.⁶⁵¹

Bir görüşe göre, bir yakınına yapılan cinsel saldırı eyleminin verdiği elem ve öfke ile kişinin haksız tahriki yapan kişiye cinsel davranışta bulunması haksız tahrik hükümlerini uygulamamak adil bir durum değildir.⁶⁵²

Yargıtay uygulamasında ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanmamaktadır.⁶⁵³ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, haksız elem ve şiddetlerin etkisi altında kalan sanıkların mağdura karşı şehvet ve cinsel duyguları tatmin amacı olmaksızın işledikleri çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulurken haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁵⁴

Cinsel suçlarda niteliği gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanması zor olduğundan mahkemece detaylı bir inceleme yapılarak sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁵⁵ Kanımızca haksız fiilden kaynaklanan elem ve öfke ile çocuğun cinsel dokunulmazlığı arasında bir orantı ve ağırlık bulunmamaktadır. Bir haksız fiilin cinsel istismar suçunu tetikleyecek elem ve öfke oluşturması mümkün değildir.⁶⁵⁶ Bu nedenle cinsel istismar suçu ile haksız tahrik hükümlerinin bir arada bulunamayacağı düşüncesindeyiz.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından mağdurun haksız fiili ile failin tepki niteliğinde ki eylemi arasında karşılaştırma yapmak gerekmektedir. Haksız tahrikin

⁶⁵⁰ ARSLANTÜRK, s.335-336

⁶⁵¹ TANER, s.231

⁶⁵² PAKIR, s.237

⁶⁵³ YARGITAY 5. CD. E.2006/402 E. 2006/2577 K. T.29.03.2006

⁶⁵⁴ YARGITAY 14. CD. E.2013/5627 E. 2013/14108 K. T.27.12.2013

⁶⁵⁵ HOROZGİL, s.129; TAŞTAN, s.308

⁶⁵⁶ MEMİŞ KARTAL, s.218

söz konusu olabilmesi için mağdurun failde hiddet ve ya şiddetli elem meydana getirecek bir hareketinin söz konusu olması gerekmektedir. Bu nedenle mağdurun, failin şehvi duygularını artırmaya yönelik kasti eylemleri faili suç teşkil eden eylemi icra etmeye sevk eden haksız tahrikin koşullarını karşılamamaktadır.⁶⁵⁷ Yani mağdurun, failin cinsel dürtülerini harekete geçirmesi haksız tahrik kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁶⁵⁸ Çünkü burada haksız tahrikin varlığı için arana şiddetli elem, acı ve öfke bulunmamakta; cinsel duyguların karşı koyulmayacak ya da karşı koyulmasını zorlaştıracak şekilde harekete geçilmesi söz konusu olmaktadır.⁶⁵⁹

5. Hata Halleri

TCK'nın 30. maddesinde çeşitli hata halleri düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarında hata; ikinci fıkrasında suçun nitelikli unsurlarında hata; üçüncü fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda hata; dördüncü fıkrasında da haksızlık hatası hükümleri yer almaktadır.

TCK'nın 30. maddesine göre hatanın cezai sorumluluğu ortadan kaldırması için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁶⁶⁰ Failin mağdurun yaşı, rızası veya nitelikli hallerinde şüphesi olmasına rağmen eylemini gerçekleştirmesi halinde ise artık failin kaçınılmaz bir hata içinde olduğundan bahsedilemeyecek ve cezai sorumluluğu devam edecektir.⁶⁶¹ Zira bu gibi durumlarda olası kastının varlığı söz konusu olacağından failin hata haliyle hareket etmiş olacağından bahsedilemeyecektir. Örneğin failin mağdurun yaşı konusunda şüphesi mevcutsa ve yine de mağdurla cinsel ilişkiye giriyorsa olası kastla suç işlemiş olacaktır.⁶⁶²

⁶⁵⁷ KÜSKÜ, s.108; ÖZEN, s.422

⁶⁵⁸ TURHAN, s.145

⁶⁵⁹ ÖZEN, s.422

⁶⁶⁰ NİŞANCI, s.234

⁶⁶¹ TANER, s.189

⁶⁶² AKSAKAL, Enver, ‘ ‘ Reşit Olmayanla Cinsel İlişki’ ’, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88 Sayı:2 Yıl:2014, s.265

a. Suçun Maddi Unsurlarında Hata

Suçun maddi unsurlarında hata hali, TCK'nın 30/1. fıkrasında “ *Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Suçun maddi unsurlarında hata, suçun kanuni tanımında bulunan unsurlar üzerinde hataya düşülmesidir. Bu hata hali failin kastını ortadan kaldırmaktadır. Ancak failin burada gerekli tüm dikkat ve özeni göstermesi gerekmekte yani kusuru taksir derecesine varmamalıdır. Failin kusuru taksir derecesine varmış ise ve eylemin taksirli şekli kanunda suç olarak düzenlenmişse failin sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁶⁶³ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların taksirle işlenmesi hali kanunda düzenlenmemiş olduğundan failin hatasının kaçınılabılır olması durumunda cezai sorumluluğu değişmeyecektir.⁶⁶⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu failin, mağdurun yaşı konusundaki esaslı hatasını⁶⁶⁵ ve onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunduğuna yönelik esaslı hatasını⁶⁶⁶ TCK'nın 30/1. fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarında hata olarak kabul etmektedir.

Hata hali sanık veya sanık müdafisi tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir. Aksi durumda hata halinin varlığı mahkemece resen dikkate alınmayacaktır.⁶⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu hata halinin faile ilişkin bir durum olması nedeniyle tarafça ileri sürülmediği takdirde mahkeme tarafından failin hataya düşüp düşmediği hususunda araştırma yapılmayacağını ifade etmiştir.⁶⁶⁸

Cinsel istismar suçunda mağdurun yaşına ilişkin düzenleme suçun maddi unsurlarından birisi olması nedeniyle failin bu konudaki esaslı yanılığı suçun maddi

⁶⁶³ KOÇ, s.254

⁶⁶⁴ KOÇ, s.258

⁶⁶⁵ YARGITAY CGK E.2013/14-576 K.2013/581 T.03.12.2013

⁶⁶⁶ YARGITAY CGK. E.2016/755 K.2016/454 T.29.11.2016

⁶⁶⁷ ARSLANTÜRK, s.295; ARTUÇ, s.607

YARGITAY CGK. E.2013/743 K.2014/8 T.14.01.2014; YARGITAY 14 CD. E.2017/8943 K.2019/216 T.10.01.2019

⁶⁶⁸YARGITAY CGK. E.2013/573 K.2013/432 T.05.11.2013

unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁶⁹ Mağdurun, faili yaşı hususunda yanılması veya failin mağdurun yaşı hususunda esaslı bir yanılığa düşmesi durumunda fail hakkında hata hükümleri uygulanabilecektir.⁶⁷⁰

Hata halinin mevcut durumda olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken sanık ile mağdur arasındaki ilişkinin süresi, tarafların ilk defa ne zaman tanıştıkları, daha önce görüşüp görüşmedikleri ve o olaya ilişkin taraflar arasındaki diğer husular gözetilerek sonuca varılmalıdır. Sanık ile mağdur arasında uzun süreli bir arkadaşlık olması ya da sanığın mağduru okuldan tanınması gibi durumlar söz konusu ise sanığın hata halinde olmadığını kabul etmek gerekmektedir.⁶⁷¹ Yargıtay, sanığın mağdurun suç tarihindeki yaşı konusunda hataya düşüp düşmediğinin tespiti için mahkemece gözlem yapılması ve gerekirse bu konuda bilirkişiden görüş sorulması, sanığın ve mağdurun içinde buldukları sosyal ve kültürel durumlar dikkate alınması ve dosyadaki tüm verilerle birlikte yapılacak değerlendirme sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayininin yapılmasına karar vermektedir.⁶⁷² Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, sanığın mağdurla uzun süredir tanışıklığının olması ve mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle mağdurun ailesinin, sanıkla mağdurun evlenmelerine izin vermediklerini bilmesi karşısında sanığın mağdurun yaşının onbeşten küçük olduğunu bilmemesini hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur.⁶⁷³

Failin esaslı bir hata hali içerisinde bulunduğu durumda, hata haline düşmeseydi işlemiş olduğu fiil hangi suçu meydana getirecekse o suçtan sorumlu olacaktır.⁶⁷⁴

Fail, onbeş yaşını doldurmamış mağdurun yaşının onbeş-onsekiz yaş aralığında olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ve eylem rıza ile gerçekleşen cinsel davranış şeklinde ise fail hatasından yararlanacak ve eylemi suç teşkil etmediğinden cezalandırılmayacaktır.

⁶⁶⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.360

⁶⁷⁰ AYDIN, s.108

⁶⁷¹ KÜSKÜ, s.73

⁶⁷² YARGITAY 14. CD. E.2011/12351 K.2013/7927 T.19.06.2013; YARGITAY 14. CD. E.2011/11939 K.2013/7304 T.07.06.2013

⁶⁷³ YARGITAY CGK. E.2013/749 K.2015/277 T.15.09.2015

⁶⁷⁴ KURT, s.132-133

Eylemin bu çocukla rıza ile cinsel ilişki şeklinde olması durumunda ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁶⁷⁵

Fail, reşit olmayan mağdurun reşit bir kişi olduğu zannıyla hareket etmiş ve eylem rıza ile cinsel ilişki şeklinde gerçekleşmişse eylemi suç teşkil etmeyecek⁶⁷⁶, cinsel ilişkinin rıza dışı gerçekleştirilmesi halinde ise cinsel saldırı suçu meydana getirecektir.⁶⁷⁷

Mağdurun, nüfus kâğıdına göre reşit olmasına rağmen gerçekte reşit değilse, sonradan nüfusa kaydettirildiğinin ve aslında on sekiz yaşından küçük olduğunun anlaşılması halinde fail TCK'nın 30/1. maddesi gereğince hatasından yararlanacaktır.⁶⁷⁸ Failin rıza ile cinsel ilişkiye girdiği kişinin gerçekte çocuk olmadığı halde çocuk olduğunu düşünerek (tersine unsur yanılması) ve suç olacağını bilerek eylemini gerçekleştirmesi durumunda suç oluşmayacaktır.⁶⁷⁹

Fail mağdurun yaşı hususunda esaslı bir hataya düşmüş olsa dahi mağdurun yaşının suç vasfını değiştirmedeği durumlarda herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Örneğin failin mağdurun yaşını on yedi olarak bildiğini söylemesine rağmen mağdurun gerçekte on altı yaşında olması gibi durumlarda fail unsur hatasına düşmemiş olsaydı dahi suç vasfında herhangi bir değişiklik olmayacaktır.⁶⁸⁰

TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemlerde kanun koyucu mağdur rızasına bir değer tanımamış olduğundan failin mağdurun rızası bulunduğu noktasında düşmüş olduğu hata failin hukuki sorumluluğunda değişiklik meydana getirmeyecektir.⁶⁸¹

Failin, on beş yaşını tamamlamış olmakla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin gelişmiş olduğunu zannederek onunla rıza ile gerçekleştirdiği cinsel ilişki eylemi reşit

⁶⁷⁵ KOÇ, s.267

⁶⁷⁶ MAHMUTOĞLU, s.10; ÖZEN, s.431-432; SÖZÜER, s.251

⁶⁷⁷ TANER, s.188

⁶⁷⁸ TANERİ, KAMIŞLI, s.342

⁶⁷⁹ MAHMUTOĞLU, s.10; AYDIN, s.82-83

⁶⁸⁰ KÜSKÜ, s.71, 72

⁶⁸¹ AKBULUT, s.278; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.519

olmayanla cinsel ilişki kapsamında değerlendirilecek; cinsel ilişki niteliğinde olmayan davranışlar bakımından sorumluluk oluşmayacaktır. Failin, eylemi cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlerle gerçekleştirmesi halinde ise çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecektir. Failin, on beş yaşını tamamlamış olmakla failin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuğun rızası olmadığı halde rızasının olduğu zannıyla onunla yaşamış olduğu cinsel ilişki, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getirecek; cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar ise suç teşkil etmeyecektir.⁶⁸²

b. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata

Suçun maddi unsurlarında hata hali TCK'nın 30/2. fıkrasında ‘*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*’ şeklinde düzenlenmiştir. Suçun nitelikli unsurlarında hata, kişinin bu unsura ilişkin kastını ortadan kaldırır ve suçun temel şeklinden cezalandırılmayı gerektirir.⁶⁸³

Suçun nitelikli unsurlarında hata hali mevcut durumda nitelikli halin olmadığı halde var zannıyla hareket edilmesi ya da nitelikli halin mevcut olduğu halde olmadığına zannedilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Örneğin, failin, cinsel istismar suçunu işlediği mağdurun kendi öz kızı olduğunu bildiği halde gerçekte mağdur failin öz kızı değilse fail hakkında ceza artırımı yapılamayacaktır. Tam tersi durumda yani failin cinsel istismar uyguladığı mağdurun yargılama esnasında öz kızı olduğunun anlaşılması durumunda fail bu hatasından yararlanacak ve nitelikli unsur uygulanmayacaktır.⁶⁸⁴

Fail, cinsel istismar eyleminde bulunduğu çocuğun oniki yaşından büyük olduğunu zannediyorsa ancak mağdur gerçekte on iki yaşından küçükse TCK'nın 30/2. fıkrası gereğince fail hatasından yararlanacak ve suç oniki yaşından büyük çocuğa karşı işlenmiş kabul edilecektir.⁶⁸⁵

⁶⁸² AKBULUT, s.279-281; AKBULUT, s.279, 281 (Yazara göre, bu durumları karşılayan bir belirlemeye ilişkin TCK'nın 30. maddesinde bir belirleme olmadığı ve bu nedenle TCK'nın 30/2. fıkra düzenlemesinin hatada daha hafif suçtan sorumluluğu kapsayacak şekilde düzenlenmesinin uygun olacaktır.)

⁶⁸³ ÖZGENÇ, s.524

⁶⁸⁴ PAKIR, s.129-130

⁶⁸⁵ AKBULUT, s.278

c. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlere Ait Şartların Gerçekleştiği Konusunda Hata

Suçun ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda hata hali TCK'nın 30/3. fıkrasında '*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*' şeklinde düzenlenmiştir.

Fail, cinsel eyleme karşı rıza göstermeye ehil olmayan mağdurun, rızasının geçerli olduğu zannıyla hareket ederek cinsel davranışlarda bulunması durumunda hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata durumundan bahsedilebileceği ifade edilmiştir.⁶⁸⁶ Ancak kanımızca mağdurun rızasını cinsel istismar suçunda tipiklik unsurunu ortadan kaldıran neden olarak değerlendirilmesi gerektiğinden cinsel istismar suçunda mağdurun rızasının varlığına yönelik hata halinin suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁸⁷ Mağdurun rızasının varlığında hata halinin oluşabilmesi için failin hatasının kaçınılmaz olması gerekmekte yani failin tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen hataya düşmüş olması gerekmektedir.⁶⁸⁸

d. Haksızlık Hatası

Haksızlık hatası, TCK'nın 30/4. fıkrasında '*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*' şeklinde düzenlenmiştir. Haksızlık hatasında kişi, işlediği fiilin suç olduğunu bilmemekte, fiilin hukuk düzenine uygun olduğunu düşünmektedir.⁶⁸⁹

TCK'nın öngördüğü sistemde bir kişinin cezalandırılabilmesi için haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir. Kişinin haksızlık bilinciyle hareket etmemesi durumunda kusurlu sayılabilmesi ve cezalandırılabilmesi mümkün değildir. İşlediği fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen bunu bilmeden hareket eden kişi haksızlık yanılığında

⁶⁸⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.334

⁶⁸⁷ ŞARE, s.1012, AKBULUT, s.280

⁶⁸⁸ KURT, s.295

⁶⁸⁹ DEMİRBAŞ, (Genel Hükümler) s.57

olabilir. Haksızlık yanılığının kaçınılmaz olması, kişinin kusurlu sayılmasına ve cezalandırılmasına engeldir.⁶⁹⁰

Öğretide haksızlık hatasının cinsel istismar suçu açısından mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁹¹ Ancak bir görüşe göre, onbeş yaşından küçük çocukların geleneklere uygun şekilde düğün merasimi ile evlendirildiği durumlarda çocukları evlenmeye teşvik eden veya azmettiren aileler için haksızlık yanılığına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira bu durumda aileler yapılan düğünle durumu alenileştirmekte, sosyal çevrelerinde geçerli olan kurallara göre normal bir iş yaptıklarını zannetmektedirler.⁶⁹² Bu görüşü eleştiren bir görüşe göre de burada haksızlık yanılığısı söz konusu olamaz. Çünkü çocuk yaşta bir kişiyle resmi nikâh olmaksızın evlenen kişi ile evlenmeye rıza gösteren kişiler çocuğun yaşı nedeniyle resmi nikâh yapmadıklarından dinsel nikâh vb. yollarla evlendirmeye çalıştıklarından haksızlık yanılığısından bahsedilemeyecektir.⁶⁹³ Günümüz itibariyle çocuk evliliklerinin, cinsel istismar suçunu oluşturduğu taraf ve taraf ailelerince öngörülebilecek bir durum olması nedeniyle kaçınılmazlık şartı gerçekleşmeyeceğinden haksızlık yanılığısı hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir.⁶⁹⁴

Bu hususta üzerinde durulması gereken bir hususta yabancıların (Suriyeli sığınmacılar gibi) ülkemizde gerçekleştirdikleri yasal evlenme yaşının altındaki batıl evliliklerdir. Burada kişiler, kendi ülke kanunlarına geçerli olan evliliğin, ülkemizde de geçerli olduğu zannıyla hareket etmiş olabilir. Bu durumda somut olayın özellikleri (tarafaların, ülkemizde kalma süreleri, giriş çıkış yapıp yapmadıkları, ülkemizde yakınlarının bulunup bulunmadığı vb. gibi durumlar) değerlendirmeli ve koşulların oluşması durumunda

⁶⁹⁰ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, Eylül 2017, 320

⁶⁹¹ NİŞANCI, s..235 (Yazara göre, failin, çocukların cinsel istismarı suçunun kural veya unsurlarında hataya düşmesi, TCK'nın 4. maddesi gereğince ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılamayacağı için fail açısından bir önem taşımayacaktır.); PAKIR, s.131(Yazara göre, TCK'nın 30/4. fıkrasında düzenlenen haksızlık hatası cinsel saldırı suçu açısından mümkün değildir. Fail tarafından mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden eylemin hiçbir hukuk düzeni içerisinde haksızlık oluşturma durumu söz konusu değildir.)

⁶⁹² KOCA ÜZÜLMEZ, 2017, s.319

⁶⁹³ AYDIN, s.86; TANER, s.328 (Çocuklarını evlendirmeye çalışan ebeveynler cezalandırılmazsa Türkiye'de evlilik yaşına ilişkin kanuni düzenlemeler boşalacak ve bir temenniden ibaret kalacaktır. Bu durumda çocuk yaşta evliliklerle mücadelede destek oluşturmaktan ziyade köstek olacaktır.)

⁶⁹⁴ KÜSKÜ, s.117

bu kişiler haksızlık yanılığından faydalandırılmalıdır. Özellikle uzun yıllar ülkemizde yaşayan tarafların ise haksızlık yanılığından yaralanma durumları mümkün değildir.⁶⁹⁵

II. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA CEZANIN ARTIRILMASI GEREKEN NİTELİKLİ HALLER

Cinsel istismar suçunda cezanın artırılması gereken nitelikli haller, TCK'nın 103/3. fıkrasında düzenlenen ‘*Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi*’ ve TCK'nın 103/4. fıkrasında düzenlenen ‘*Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi*’ hâlleridir.

TCK'nın 103/3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin aynı olayda birden fazla bulunması halinde fail hakkında tek bir artırım yapılacak ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde teşdit nedeni olarak göz önüne alınacaktır.⁶⁹⁶

A. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almayan bu nitelikli hal 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle tarihinde kanuna eklenmiştir.⁶⁹⁷ Kanun koyucu, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu nitelikli hali düzenlemiştir.⁶⁹⁸

⁶⁹⁵ KÜSKÜ, s.117-118

⁶⁹⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1653; TEZCAN, ERDEM. ÖNOK, s.459; PARLAR, BANKO, s.104

⁶⁹⁷ TANER, s.330

⁶⁹⁸ ANAYASA MAHKEMESİ E.2015/108 K.2016/46 T.26.05.2016

Madde bendinde ‘*birden fazla kişi*’ ifadesi kullanılması nedeniyle bu nitelikli halin uygulanabilmesi için fail sayısının en az iki olması gerekmektedir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluk gerektirecek şekilde işlenmesi aranacaktır. Bu nedenle müşterek fail dışında azmettiren veya yardım eden şeklinde suça iştirak eden kişiler bu sayının hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.⁶⁹⁹ Ancak birden fazla kişinin birlikte işlediği cinsel istismar suçuna azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmeleri halinde nitelikli hal uygulanabilir.⁷⁰⁰ Birden fazla kişinin aynı cinsiyetten olması şart olmamakla birlikte asıl fail erkekken birlikte suç işleyen fail kadın olabilir.⁷⁰¹

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi şeklinde ki nitelikli halinin oluşabilmesi için faillerin hepsinin ceza ehliyetlerinin tam olması şart değildir. Bu nedenle faillerden birinin yaşı küçük olabileceği gibi akıl hastalığı nedeniyle sorumluluğu olmayabilir.⁷⁰² Aynı şekilde faillerden birinin ölmesi ya da diğer failin kimliğinin tespit edilememesi nedeniyle dosyanın ayrılması halinde diğer failler hakkında bu artırım nedeni uygulanabilecektir.⁷⁰³

Birden fazla kişinin her birinin mağdura karşı cinsel istismar eylemini gerçekleştirmeleri zorunlu olmayıp mağdur üzerinde ortak hâkimiyet kurmuş olmaları yeterlidir.⁷⁰⁴ Örneğin, suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirirken diğerinin cinsel istismar suçunu işlemesi halinde her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.⁷⁰⁵

Müşterek faillerin cinsel istismar teşkil eden eylemden önce anlaşmış olmaları zorunlu olmamakla birlikte en azından suçun icrasına başlanması esnasında birlikte suç

⁶⁹⁹ ERDOĞAN, Yavuz, s.46; YENİDÜNYA, s.3298; TEKİN, s.3815; AYDIN, s.59; ALŞAHİN, s.867; TANERİ, KAMIŞLI, s.331; YOKUŞ SEVÜK, s.126; PARLAR, BANKO, s.106; CENTEL, ZAFER, s.249-250; CENTEL, s.280

⁷⁰⁰ TUĞRUL, s.290; AKKAYA, s.215; AYRAL, s.75

⁷⁰¹ ARTUÇ, s.600; AKKAYA, s.212; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.158

⁷⁰² BAYTEMİR, s.305; ARTUÇ, s.600; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3644; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.158

⁷⁰³ GERÇEKER, s.1048; AKKAYA, s.212

⁷⁰⁴ CENTEL, s.280; CENTEL, ZAFER, s.249; MERAN, s.535,536; MEMİŞ KARTAL, s.198

⁷⁰⁵ AKKAYA, s.213; YOKUŞ SEVÜK, s.132; TUĞRUL, s.288

işleme iradelerinin bulunması gerekmektedir.⁷⁰⁶ Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde dahi bu nitelikli unsur uygulanacaktır.⁷⁰⁷

Müşterek faillik için birden fazla kişinin birlikte suç işleme kastı ile hareket etmesi gerektiğinden bir kişiye istismar eylemi öncesinde onun haberi olmaksızın yardım eden kişi (mağdurun içeceğine uyku ilacı atmak gibi) müşterek fail olarak değil yardım eden olarak değerlendirilecektir.⁷⁰⁸

Sanıkların aynı yer ve zamanda aynı mağdura karşı ^{birbiri ardına} çocuğun cinsel istismarı suçunu işlemeleri halinde her bir fail hem kendi eyleminden hem de diğerlerinin eyleminden sorumlu olacaklardır. Bu nedenle sanıklar hakkında bu nitelikli hal uygulanacak ve sanıkların cezalarında zincirleme suç hükümleri (TCK m.43) uygulanarak artırım yapılacaktır.⁷⁰⁹ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁷¹⁰ Suçun ayrı yer veya zamanda farklı şahıslar tarafından birbirinden habersiz şekilde işlenmesinde; örneğin, birinci şahsın nitelikli cinsel istismar suçunu istedikten sonra gitmesi ve bir süre sonra aynı yerden geçen ikinci şahsın önceki olaydan habersiz olarak nitelikli cinsel istismarda bulunması halinde birlikte işleme durumu bulunmadığından bu artırım nedeni uygulanamayacaktır.⁷¹¹

Mağdurlar ve failer birden fazla olup da her bir failin diğer bir mağdura cinsel istismarda bulunması halinde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar burada nitelikli halin uygulanamayacağını⁷¹² savunurken

⁷⁰⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1056; PARLAR, BANKO, s.106; ÇALIŞKAN, s.111; YENİDÜNYA, s.3298; ALŞAHİN, s.868; CENTEL, s.280; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3644

⁷⁰⁷ YENİDÜNYA, s.3298; ALŞAHİN, s.868; CENTEL, s.280; CENTEL ZAFER, s.349; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3644

⁷⁰⁸ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.255; YOKUŞ SEVÜK, s.133

⁷⁰⁹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.158,163; ARTUÇ, s.600; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3644; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.267 (Yazara göre, birden fazla fail aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlerse, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak ağırlatıcı neden uygulanmalıdır.)

⁷¹⁰ YARGITAY 14 CD. E.2014/11547 K.2018/1965 T.15.03.2018; YARGITAY 14. CD. E.2015/3248 K.2019/6704 T.18.02.2019

⁷¹¹ BAYTEMİR, s.306, 310

⁷¹² ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3644; MEMİŞ KARTAL, (Cinsel Saldırı), s.102; CENTEL, ZAFER, s.249 (Yazarlara göre, burada failerin birbirlerinin eylemi üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları söz konusu olmaması koşuluyla bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.)

bazı yazarlar da nitelikli halin uygulanması gerektiğini⁷¹³ savunmaktadır. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun icrasını kolaylaştırması ve mağdurun direnme kabiliyeti ortadan kaldırması nedeniyle suç nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.⁷¹⁴ Bu nedenle kanımızca, birden fazla failin aynı mekânda her bir failin diğer bir mağdura yönelmiş şekilde suçu işlemeleri halinde birden fazla failin bulunması, faillerde suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ve mağdurlar üzerinde korku oluşturarak eyleme karşı dirençlerinin kırılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle bu nitelikli hal uygulanmalıdır.

B. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunun Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almayan bu nitelikli hal 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklikle birlikte kanuna eklenmiştir.⁷¹⁵ İnsanların tolu olarak bir arada yaşamalarının zorunlu olduğu ortamlarda cinsel eylemlerin işlenmesinin kolaylığı ve mağdurun savunmasız durumda olabilmesi nedeniyle bu nitelikli hal olarak kabul etmiştir.⁷¹⁶

Madde metninde insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun olduğu yerlerin nereler olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.⁷¹⁷ 6545 sayılı Kanunla

⁷¹³ TANER, s.212 (Yazara göre, burada birden fazla failin varlığı, mağdur üzerinde suçun işlenmesini kolaylaştırdığı takdirde failer hakkında nitelikli hal uygulanması gerekmektedir.); AYDIN, s.60 (Yazar, bu durumda failerin suçu işlemeye ki kolaylığı, mağdurlar üzerindeki etki ve failerin birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirmeleri nedeniyle nitelikli halin oluşacağı kanaatindedir.); ÖZBEK, KANBUR, s.631 (Yazarlara göre, burada mağdurun aynı veya birden fazla olması önemsiz olup birden fazla kişinin bulunmasının suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir unsur olma özelliği taşıması yeterlidir.); KÜSKÜ, s.170-171 (Yazara göre, bu suçun mağdurunun çocuk olması, fail sayısının çokluğunun mağdurlar üzerinde yaptığı psikolojik baskı ve bu duruma paralel olarak mağdurun direncinin kırılması hususları gözetilerek nitelikli halin tatbik edilmesi iktiza etmektedir.)

⁷¹⁴ ÜZÜLMEZ, s.36

⁷¹⁵ KÜSKÜ, s.85

⁷¹⁶ CENTEL, ZAFER, s.250; TAŞTAN, s.275; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.428

⁷¹⁷ ARTUÇ, s.581; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.342 (Yazara göre, bu nitelikli hal insanların sürekli ve fiili olarak birlikte yaşama halleriyle sınırlı şekilde yorumlanmalıdır. Kışla, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, ceza infaz kurumu, hastane gibi yerlerin yanında okul dışındaki özel öğrenci pansiyonları, hastanede bulunan yakınlarına refakat etmek için hastane yakınında bulunan otel, misafırhane gibi yerlerde, inşaat işçilerinin inşaat içinde veya şantiyede barındıkları yerler, askeri yatakhaneler, ceza ve tutukevi koşulları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.); MERAN, Necati, "Cinsel İstismar ve Cinsel Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar", Terazi Hukuk Dergisi, Editör: Mutlu Dinç, Cilt:9, Sayı:98, Ekim 2014, s.82 (Yazar, kafe, sinema, pazar yeri, cadde ve sokak gibi insanların bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu yerlerde, bu ortamda bulunmanın sağladığı kolaylıktan yararlanarak eylemin gerçekleştirilmesi hallerinin de madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.) TANER, s.214 (Yazara göre, inşaat

yapılan değişiklik gerekçesinde bu yerlerin yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler olduğu belirtilmiştir. Yargıtay uygulamasında bu şekildedir.⁷¹⁸ Ancak ifade etmek gerekir ki burada sayılan yerlerin hepsi insanların bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu yerler olduğundan bahsedilemeyecektir. Zira sayılan yerler arasında sadece ceza infaz kurumu birlikte yaşamının zorunlu olduğu yerdir. Burada ifade edilmeyen ancak insanların bir arada yaşamasının zorunlu olduğu başka yerlerde bulunmaktadır.

Kanımızca madde “insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi” şeklinde yeniden düzenlenerek⁷¹⁹ failin, insanların toplu olarak bir arada bulunduğu toplu ulaşım araçları, stadyum, konser alanı vb. gibi ortamlardan faydalanarak eylemini gerçekleştirmesi durumu da nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

TCK'nın 103/3-b bendinde düzenlenen bu nitelikli halin uygulanabilmesi için bir arada yaşamının zorunlu olduğu durumun varlığı gerekmektedir. Birlikte kalmak, zorunluluktan değil de kişinin kendi iradesinden kaynaklanıyorsa bu nitelikli hal

işçilerin bir arada yaşadığı şantiye ve barınak gibi birlikte yaşamının fiili olarak zorunlu olduğu yerlerde de bu nitelikli hal uygulanabilecektir.)

⁷¹⁸ YARGITAY 14. CD. E.2015/5581 K.2015/10410 T.10.11.2015; YARGITAY 14. CD. E.2016/7521 K.2016/7172 T.18.10.2016; YARGITAY 14. CD. E.2016/1062 K.2016/4276 T.27.04.2016

⁷¹⁹ ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum-11**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2016, s.116-117 (Yazara göre, nitelikli halin madde metnine eklenmesi doğrudur. Ancak yetersiz kalmaktadır. Bu hüküm “insanların toplu olarak birlikte buldukları ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” olması daha yerinde olurdu. Zira mevcut düzenleme gereğince suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince failin eylemini toplu taşıma araçlarında, sinema, tiyatro, stadyum gibi yerlerde işlemesi halinde bu yerler “yaşanılan yer” kavramına girmemesi nedeniyle bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilememektedir.); KÜSKÜ, s.86-87 (Yazar, madde metninin, “insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan yararlanarak” işlenmesinin cezalandırılacağı şekilde revize edilerek insanların toplu olarak bir arada bulunduğu otobüs, stadyum veya konser alanı gibi ortamlarda gerçekleşen eylemler bakımından da nitelikli halin uygulanmasının sağlanması gerektiği ifade etmiştir.); YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.212-213 (Yazar, madde metninden “yaşama zorunluluğunda” ifadesinin çıkartılarak otobüs, dolmuş, metro, tramvay, asansör gibi ulaşım araçlarında, konser, düğün, panayır alanları gibi insanların toplu bulunduğu alanlarda suçun işlenmesi halinde bu nitelikli hal uygulanması gerektiğini düşünmektedir.); KOCA, ÜZÜLMEZ, s.340 (Yazara göre, bu nitelikli hal açısından “insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi” yeterli görülmeliydi.); TANER, 6545 Sayılı Kanunla..., s.79 (Yazara göre, bu ağırlaştırıcı nedenin kişilerin toplu olarak bir arada bulunduğu yerlerdeki kolaylıktan faydalanılarak suçun işlenmesi hali olarak düzenlenmesinin aslında daha çok ihtiyacı karşılayacağını ifade etmektedir. Bu şekilde failin, konser, miting. vb alanlarda tam olarak tespit edilmesinin her zaman mümkün olmaması durumundan yararlanarak eylemini gerçekleştirmesi durumunun da nitelikli hal kapsamında görülmesi sağlanabilecektir. Zira mevcut düzenleme bu ihtiyacı karşılamamaktadır.)

uygulanamayacaktır.⁷²⁰ Bu nedenle insanların bir arada yaşama zorunluluğunun bulunmadığı otobüs, dolmuş, metro, tramvay, asansör gibi ulaşım araçlarında, konser, düğün, panayır gibi alanlarda suçun işlenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷²¹ Ayrıca fail hakkında bu nitelikli halin uygulanabilmesi toplu yaşama zorunluluğunun yanında suçun bu zorunluluktan faydalanarak işlenmesi gerekmektedir.⁷²²

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun bu ortamlarda bulunan kişiler tarafından ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi yeterlidir. Ayrıca eylemi gerçekleştiren kişinin burada yaşama zorunluluğu bulunmamaktadır. Suç burada kalan kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği gibi burada çalışan kişiler tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir.⁷²³ Örneğin ceza infaz kurumunda aynı koğuştaki kalan çocuklardan birinin diğerine karşı cinsel istismar suçunu işlemişse bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Buna karşılık aynı iş yerinde çalışan ve aynı odayı paylaşan çocuklardan birinin diğerine karşı bu suçu işlemesi halinde ise fiil her ne kadar aynı ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmiş olsa da birlikte yaşama zorunluluğunun bulunduğu yer şartı gerçekleşmemiş olduğundan bu nitelikli halin uygulanamayacaktır.⁷²⁴

C. Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş veya Evlat Edinen Tarafından İşlenmesi

5237 sayılı TCK'da 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde cinsel istismar suçunun üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları, üvey baba, evlat edinen tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Yapılan kanun değişikliğiyle birlikte üst soy kavramı nitelikli hal olmaktan çıkartılmış, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları kavramı yerine üçüncü derece kan ve kayın hısımlığı kavramı getirilmiş ve suçun üvey ana veya üvey kardeş tarafından işlenmesi de nitelikli hal

⁷²⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.429

⁷²¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.212-213

⁷²² ARTUÇ, s.601; AYDIN, s.61; AKKAYA, s.216; KÜSKÜ, s.86

⁷²³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.212; TAŞTAN, s.275; ARTUÇ, s.581-582

⁷²⁴ KÜSKÜ, s.86

kapsamına dâhil edilmiştir.⁷²⁵ Bu nedenle 28.06.2014 tarihi öncesinde suçun üvey ana veya üvey kardeş tarafından işlenmesi halinde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷²⁶

TCK'nın 103/3-c bendinde ifade edilen kişilerin nitelikli hal kapsamında düzenlenmesinin nedeni, bu kişiler ile mağdur arasındaki yakınlığın doğal olarak mağdurun fiile mukavemet yetisini azaltarak eylemin işlenmesini kolaylaştırması ve bu yakınlığın kötüye kullanılmasının toplum nazarında yol açacağı olumsuz etkiden kaynaklanmaktadır.⁷²⁷ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faille mağdur arasında madde metninde aranan derecede hısımlık ilişkisinin bulunması yeterli olmakla birlikte ayrıca failin mağdur üzerinde otorite ya da nüfuzla sahip olması⁷²⁸ ya da bu ilişkinin faile eylemde kolaylık sağlaması⁷²⁹ aranmayacaktır.

TCK'da akrabalık ilişkisiyle anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda bir düzenleme yapılmamış ve bu husus TMK'ya bırakılmıştır.⁷³⁰ Taraflar arasındaki akrabalık sıfatı TMK hükümlerince belirlenecek, toplumsal çevresel ya da aile içi hitaplarda kullanılan hitaplar uygulama için yeterli olmayacaktır.⁷³¹

TMK'nın 17. maddesine göre kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Buna göre üçüncü derece dâhil kan hısımlığı; anne, baba, büyük anne ve büyük baba (üst soy), kardeş (ikinci derece kan hısmı), teyze, amca, hala ve dayıyı (üçüncü derece kan hısmı) kapsar. TMK'nın 18. maddesine göre, eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Buna göre aynı silsile ile mağdurun eşinin üçüncü derece dâhil kan hısımları nitelikli hal kapsamındadır.⁷³² Örneğin, çocuğun,

⁷²⁵ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.198; AKKAYA, s.217; ARTUÇ, s.601; TANER, s.334 (Yazara göre, burada ifade edilen tüm hususları kapsamak üzere İt.CK'nın 609-quarter/1. maddesinde olduğu gibi “ üst soy, evlat edinen de dâhil olmak üzere ebeveyn, evlat edinen veya bu kişilerle birlikte yaşayan(...) veya mağdurla birlikte yaşayan” tanımının esas alınması daha yerinde olurdu. Zira suçun işlenmesini kolaylaştıran en önemli hususlardan biri, failin mağdurla aynı çatı altında yaşamasıdır. Böyle bir tanım hem üvey ebeveynleri hem de arada resmî bir evlilik ilişkisi olmasa dahi, çocuğun ebeveyniyle birlikte yaşayanları da kapsayacağından, hukuki korumayı daha etkin bir şekilde sağlamaya elverişlidir.)

⁷²⁶ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.199; AKKAYA, s.217

⁷²⁷ AKÇİN, s.118

⁷²⁸ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.199; ÖZBEK, KANBUR, s.631; ALŞAHİN, s.867; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1610; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.427; TANER, s.206

⁷²⁹ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.134; MALKOÇ, s.1720

⁷³⁰ AKÇİN, s.117

⁷³¹ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.134; MALKOÇ, s.1720

⁷³² BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.524

halasının eşi⁷³³ veya teyzesinin eşi⁷³⁴ ile arasında üçüncü dereceden, ablasının eşi⁷³⁵ ile arasında ikinci dereceden kayın hısımlığı olması nedeniyle bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Kardeş çocukları arasında dördüncü dereceden hısımlık olması nedeniyle bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷³⁶ Anne ya da baba bir kardeşler arasında işlenen cinsel istismar suçlarında ise bu nitelikli hal uygulanabilecektir.⁷³⁷

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde suçun üvey baba tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişken üvey ana bu kapsamda düzenlenmemiştir. Bu durum öğretilerde eleştirilmiş,⁷³⁸ burada bir eksiklik olduğu,⁷³⁹ bu eksikliğin herhalde eski sistemin etkisiyle unutulduğu ve düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu⁷⁴⁰ ifade edilmiştir. Bu dönemde üvey annenin suçun faili olduğu durumlarda bu sıfatı nedeniyle değil de koruma ve gözetim yükümlülüğü nedeniyle cezasında artırım yapılmaktaydı.⁷⁴¹ Değişiklikle fiilin üvey anne ve üvey kardeş tarafından gerçekleştirilmesi de isabetli olarak nitelikli hal kapsamına dâhil edilmiştir.⁷⁴²

Mağdurun üvey babası, mağdurun öz annesi ile evlenmiş kişi; mağdurun üvey anası, mağdurun öz babası ile evlenmiş kişi; mağdurun üvey kardeşi ise, üvey ana ve babanın öz çocuğudur.⁷⁴³ Doktrinde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, çocuğun annesi ile üvey baba, babası ile üvey ana arasındaki evlilik ilişkisinin suç işlendiği sırada var olması gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁴⁴ Ancak kanımızca, kişinin öz anne veya babasının başka biriyle evlenmesi durumunda, çocukla evlenilen kişi arasında birinci dereceden kayın hısımlığı

⁷³³ YARGITAY 14. CD. E.2020/3105 K.2021/1697 T.01.03.2021; YARGITAY 14. CD. E.2018/8182 K.2019/231 T.14.01.2019

⁷³⁴ YARGITAY 9. CD. E.2021/18671 K.2021/7777 T.16.09.2021; YARGITAY 14. CD. E.2017/8401 K.2019/422 T.17.01.2019; YARGITAY 14. CD. E.2018/1163 K.2018/4617 T.26.06.2018

⁷³⁵ YARGITAY 14. CD. E.2019/2527 K.2020/119 T.08.01.2020

⁷³⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1610

⁷³⁷ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1610; TAŞTAN, s.280

⁷³⁸ ŞEN, BAŞARIR, s.129

⁷³⁹ TUĞRUL s.279-280

⁷⁴⁰ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.134

⁷⁴¹ MALKOÇ, s.1720

⁷⁴² BAYTEMİR, s.466; ÖZEN, s.488

⁷⁴³ TURHAN, s.125

⁷⁴⁴ TANER, s.207; NİŞANCI, s.238; TANER, s.207 (Yazara göre, üvey (ortak kökü olmayan) kardeş bakımından da nitelikli halin uygulanabilmesi için söz konusu üveylik ilişkisini oluşturan evliliğin devam etmesi zorunludur.)

kurulacağından ve TMK'nın 18/2. fıkrası gereğince bu ilişki bir kez doğduktan sonra ortadan kalkamayacağından⁷⁴⁵ evlilik ilişkisinin suç işlendiği sırada var olması aranmayacaktır.

Mağdurun anne veya babasının resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşadığı başka bir erkek veya kadın üvey anne veya üvey baba değildir.⁷⁴⁶ Bu kişilerin çocuğa karşı cinsel istismar eyleminde bulunması şartların mevcut olması halinde koruma ve gözetim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecektir.⁷⁴⁷

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde, cinsel saldırı suçunun kayın hısımlığı ilişkisi bulunan kişi tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmişken cinsel istismar suçunda kayın hısımlığı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Kanunun gerekçesinde bu durumun nedeni ile ilgili bir açıklamada bulunulmamıştır.⁷⁴⁸ Bu çelişkili durum öğretide eleştirilmiş,⁷⁴⁹ yarattığı sonuçlar bakımından Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu⁷⁵⁰ ve akrabalık kapsamının dar tutulmasının ağırlaştırıcı nedenin koyulma amacı ile çeliştiği⁷⁵¹ ifade edilmiştir. 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte madde hükmüne “*kayın hısımlığı*” ibaresi eklenerek her iki suç arasında uyum sağlanmıştır.⁷⁵²

TMK'nın 18/2. fıkrası gereğince, evliliğin sona ermesi ile kayın hısımlığı ortadan kalkmaz. Bu nedenle, evlilik sona erse bile suç failinin kayın hısımlı olması halinde nitelikli hal uygulanabilecektir.⁷⁵³ Taraflar arasında ki evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi kayın hısımlığını ortadan kaldırmayacak ancak evlilik bittikten sonraki dönemde eşler arasında yeni kayın hısımlığı da oluşmayacaktır. Dolayısıyla evliliğin sona ermesinden

⁷⁴⁵ TANER, s.207

⁷⁴⁶ AYDIN, s.51; KURT, s.152

⁷⁴⁷ KURT, s.152; YARGITAY 14. CD. E.2016/1451 K.2016/4449 T.02.05.2016

⁷⁴⁸ TANER, s.332

⁷⁴⁹ ŞEN, BAŞARIR, s.129

⁷⁵⁰ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.134

⁷⁵¹ TUĞRUL, s.280

⁷⁵² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.369

⁷⁵³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.199; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.524; AYDIN, s.50; KÜSKÜ, s.91; PAKIR, s.164

sonra eski eşin yeni doğan kan hısımları ile diğer eski eş arasında kayın hısımlığı ilişkisi meydana gelmeyecektir.⁷⁵⁴

6545 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde madde bendinde ‘‘üstsoy’’ kelimesine yer verilirken değişiklik sonrası bu kelimeye yer verilmemiştir. Öğretide, değişiklikle birlikte her ne kadar ‘‘üstsoy’’ kavramı madde metninden çıkarılmışsa da yeni düzenlemede yer alan ‘‘üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı’’ ibaresinin üstsoyu da kapsamı nedeniyle bir değişiklik olmadığı ifade edilmiştir.⁷⁵⁵ Ancak kanımızca ‘‘üstsoy’’ ibaresinin madde bendinde korunması yerinde olurdu. Zira kan hısımlığı üçüncü dereceyi aşan üstsoy bulunduğu takdirde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁵⁶

6545 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde madde bendinde yer alan ‘‘ikinci veya üçüncü derecede kan hısımlığı’’ ibaresinin zaten üçüncü derecenin ikinci dereceyi kapsamı nedeniyle yazım hatası olarak değerlendirilmiştir.⁷⁵⁷ 6545 sayılı yasa değişikli ile birlikte madde bendinden ‘‘ikinci derece’’ ibaresi kaldırılmıştır.

Fail hakkında bu artırım nedeninin uygulanabilmesi için eylemden önce mağdurla arasında ki hısımlık ilişkisini bilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁸ Fail hısımlık ilişkisini bilmiyor veya bilmemesi mazur görülebiliyorsa bu durumda hatasından yararlanacak ve bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁵⁹ Örneğin, bir babanın cinsel istismar eyleminde bulunduğu mağdurun kendi çocuğu olduğunu bilmemesi ve bu hatasının esaslı bir hata olması halinde bu nitelikli hal fail hakkında uygulanmayacaktır.⁷⁶⁰

Fail ile mağdur arasında ki akrabalık ilişkisi nüfus kayıt örneği ile tespit edilecektir. Nüfus kayıtlarında görülmeyen akrabalık ilişkilerinde, örneğin failin mağdurun biyolojik babası olmasına rağmen çocuğun fail babanın nüfus kayıtlarında yer almaması ya da gerçekte biyolojik babası olmamasına rağmen nüfus kayıtlarında yer alması durumunda

⁷⁵⁴ YARGITAY 14. CD. E.2019/4360 K.2020/333 T.13.01.2020

⁷⁵⁵ NİŞANCI, s.237

⁷⁵⁶ ÖZEN, s.488

⁷⁵⁷ TUĞRUL, s.280

⁷⁵⁸ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.199; KAFES, s.70; ÖZBEK, KANBUR, s.631; ALŞAHİN, s.867; ÖZEN, s.448; AYDIN, s.49; PAKIR, s.168

⁷⁵⁹ ÖZEN, s.448

⁷⁶⁰ AYDIN, s.49

öncelikle nüfus kayıtlarının düzeltilerek fiili durum maddi gerçeğe uygun hale getirilmelidir. Nüfus kayıtlarının düzeltilmesinin mümkün olmaması halinde ise somut olayda gerçek durumun tespiti mümkünse ona göre değerlendirme yapılmalıdır. Ancak bu durumda failin akrabalığa ilişkin fiili gerçek durumu en geç eylemin uygulandığı esnasında bilmesi gerekmektedir. Aksi halde TCK'nın 30/2 gereğince hata durumu meydana gelecek ve fail hakkında nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁶¹

Evlat edinen tarafından evlat edinilen çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanabilmesi için evlat edinme kararının kesinleşmesi gerekmektedir.⁷⁶² Evlat edinen ile evlat edinilen çocuğun birlikte yaşaması nitelikli halin uygulanabilmesi açısından zorunlu değildir.⁷⁶³

D. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile ve Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

Vasi ile vesayet altında bulunan kişi arasında meydana gelen hukuki ilişki ve yakınlık, fiilin kolayca işlenmesine sebebiyet veren bir neden olarak görülerek nitelikli hal kapsamında düzenlenmiştir.⁷⁶⁴ Vasi, TMK'nın 404 vd. maddelerine göre velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh hukuk hâkimi tarafından tayin edilen kimselerdir. Bu nitelikli halin vasi hakkında tatbik edilebilmesi için vasinin, cinsel istismarda bulunduğu çocuk ile birlikte yaşaması gerekli değildir. Vasinin kadın veya erkek olması arasında ayırım bulunmamaktadır.⁷⁶⁵

TMK'nın 423. maddesi gereğince vasi olarak atanan kişi, vasilikten kaçınmış veya vasi olarak atanmasına itiraz etmiş olsa bile yerine bir başkası atanıncaya kadar görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle vasi olarak atanma kararı kendisine tebliğ edilen kişi, vasilik görevinin geri alınmasına kadarki süreçte vasi olarak atandığı çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanması gerekecektir.⁷⁶⁶ Suç

⁷⁶¹ TAŞTAN, s.279

⁷⁶² YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.198, 199; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1654; TANER, s.208

⁷⁶³ AYDIN, s.52; NİŞANCI, s.239

⁷⁶⁴ BAYTEMİR s.286,466

⁷⁶⁵ AYDIN, s.52; NİŞANCI, s.239

⁷⁶⁶ MERAN, (Cinsel İstismar ve Cinsel Saldırı), s.81; ARTUÇ, s.602

işlendikten sonra vasilik sıfatının ortadan kalkmış olması nitelikli halin uygulanmasına engel olmayacaktır.⁷⁶⁷

Madde bendinde vesayet organı olarak yalnızca vasiden bahsedilmiş, kayyımdan bahsedilmemiştir. Kayyım vasi sıfatına dâhil olmadığından cinsel istismar suçunun kayyım hakkında bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁶⁸ Kayyımın nitelikli hal kapsamında kabul edilmemiş olmasının çocukların cinsel istismara karşı azami oranda korunması gerekliliği dikkate alındığında bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir.⁷⁶⁹ Farklı bir görüşe göre, kayyımın vesayet altında bulunanla ilişkisinin vasi kadar geniş kapsamlı olmadığını ve kişilik haklarından daha çok malvarlığı haklarına yönelik olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁷⁷⁰ Kanımızca, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek amacıyla atanan kayyımın,⁷⁷¹ atandığı çocuk ile arasında meydana gelen hukuki ilişki ve yakınlık cinsel istismar suçunun kolayca işlenmesine sebebiyet veren bir neden olarak görülerek madde bendine eklenmesi gerekmektedir.

Eğitici, öğretici ve bakıcı kavramları çocuğun bakımı, eğitimi, öğretimi için görevlendirilmiş olan kimseleri ifade etmektedir. Bu kişilerin resmi veya özel kuruluşça çalıştırılmaları önemli olmamakla birlikte bu kişilerin görevlerini ücretsiz olarak üstlenmeleri veya gönüllü olarak yapmaları da mümkündür. Önemli olan bu kişilerin statülerini kötüye kullanarak mağdur üzerinde oluşturmuş oldukları baskı ile cinsel istismar eylemini gerçekleştirmeleridir. Bu nedenle eylemin gerçekleştirilmesi esnasında faille mağdur arasında eğitim, öğretim, bakım ilişkisinin varlığı nitelikli halin uygulanabilmesi açısından yeterli olacaktır.⁷⁷² Kanun koyucu, ifade edilen kişilerin statülerinin mağdur üzerinde oluşturduğu baskıdan faydalanarak suçu işlemelerinin kolaylığından dolayı bu nitelikli hali kabul edilmiştir.⁷⁷³

⁷⁶⁷ ARTUÇ, s.602

⁷⁶⁸ ARTUÇ, s.602; TANER, s.202

⁷⁶⁹ NİŞANCI, s.239; TUĞRUL, s.281

⁷⁷⁰ TANER, s.335

⁷⁷¹ PAKIR, s.162

⁷⁷² ÇALIŞKAN, s.110-111; YENİDÜNYA, s.3308; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3718-3719; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.314

⁷⁷³ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1655; PARLAR, BANKO, s.105

Yargıtay, öğretici hakkında bu nitelikli halin tatbik edilebilmesi için mağdurla arasında eğitici-öğretici ilişkisinin varlığını⁷⁷⁴ ve suçun işlendiği sırada bu ilişkinin bilfiil devam etmesi şartını aramakta;⁷⁷⁵ eğitici-öğretici ilişkisinin sonlanmasından sonra mağdura yönelik eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde bu nitelikli halin uygulanmayacağına karar vermektedir.⁷⁷⁶ Suçun okulda teneffüs saatinde işlenmesi halinde fail görevli sayılmaktadır.⁷⁷⁷ Doktrinde ise Yargıtay uygulamasından farklı olarak, suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim öğretim ilişkisinin varlığı nitelikli halin uygulanması için yeterli görülmüş, ayrıca suçun görev sırasında işlenmesinin gerekmediği ifade edilmiştir.⁷⁷⁸ Failin mağdur üzerindeki üstünlüğü ve bundan kaynaklanan mukavemetin kırıncı etkisi mesai saatleriyle sınırlı değildir.⁷⁷⁹ Burada failin görev sırasında suçu işlemiş olmasından ziyade eğitici-öğretici sıfatından kaynaklanan otoritesini kötüye kullanarak eylemi gerçekleştirmiş olmasına bakılmalıdır. Bu nedenle ilişkinin yalnızca görev esnasında olması aranmamalıdır. Zira öğretmenle öğrenci arasında ki bu bağ ders ve okul dışında da devam etmektedir.⁷⁸⁰ Kanımızca, madde bendinde nitelikli halin uygulanabilmesi için faille mağdur arasında ki aranan ilişkilerin eylem anında olması yeterli görülmüş, ayrıca bu ilişkinin eylem anında bil fiil olması aranmamış olduğundan faildeki bu sıfat yeterli görülmeli ve suçun görev sırasında işlenmesi aranmamalıdır.

Fail ile mağdur arasında eğitim bağının bulunmaması halinde ise bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁸¹ Eğitim ilişkisinin sona ermesinden sonraki süreçte suçun işlenmesi halinde sırf mağdurun faili bu vesileyle tanıyıp tanımadığı bu nitelikli halin tatbiki açısından yeterli olmayacaktır.⁷⁸² Öğretide bir görüşe göre, cinsel istismar suçunun taraflar arasındaki

⁷⁷⁴ YARGITAY 14. CD. E.2016/12061 K.2017/618 T.13.02.2017; YARGITAY 14. CD. E.2018/10073 K.2019/9043 T.11.04.2019; YARGITAY 14. CD. E.2015/9619 K.2019/672 T.05.02.2019; YARGITAY 14. CD. E.2016/10994 K.2017/495 T.06.02.2017

⁷⁷⁵ YARGITAY 5. CD. E.2008/3995 K.2008/7617 T.16.07.2008

⁷⁷⁶ YARGITAY 14. CD. E.2016/12061 K.2017/618 T.13.02.2017

⁷⁷⁷ BAYTEMİR, s.467

⁷⁷⁸ NİŞANCI, s.240; SAVAŞCI, s.91; AKKAYA, s.219; YENİDÜNYA, s.3308; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3719; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.314; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.527; MALKOÇ, s.1720; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.135; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1655; PARLAR, BANKO, s.105; AYDIN, s.53; ÇALIŞKAN, s.111

⁷⁷⁹ TANER, s.335

⁷⁸⁰ MALKOÇ, s.1721

⁷⁸¹ AKKAYA, s.219

⁷⁸² YENİDÜNYA, s.3308; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3719; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.314; AKKAYA, s.219; BAYTEMİR, s.467-468

fiili ilişki bittikten sonra gerçekleştirilmesi halinde bu nitelikli hali uygulamamak ağırlaştırıcı nedenin düzenlenme amacına aykırı olacaktır. Failin mağdur üzerindeki otoritesi, mağdurun direncini kırıcı etkisi ve mağdurun iradesini etkileyebilmesi belirli bir zaman dilimi ve belli yerlerle sınırlı kalmamalıdır.⁷⁸³ İleri sürülen bu görüşe katılmaktayız. Ancak bu nitelikli halin uygulanabilmesi için madde bendinde taraflar arasında hali hazırda mevcut bir ilişkinin varlığı aranmış olduğundan öngörülen ilişkinin fiilen varlığının taraflar arasında bulunması zaruridir.⁷⁸⁴

TCK'nın 103/3-d bendinde sağlık hizmeti veren kişilerin kim olduğu ifade edilmemiş olsa da bu kimselerle ifade edilmek istenen doktor, hemşire, ebe, sağlık memuru, hasta bakıcı gibi sağlık hizmeti veren, tıbbi tedavi uygulayan, muayene eden kişilerdir.⁷⁸⁵ Sağlık hizmeti verilen kuruluşun özel veya resmi olmasının bir önemi bulunmamakla birlikte bunların sağlık kuruluşu olması da önemli değildir.⁷⁸⁶ Önemli olan failin sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan kolaylıktan faydalanarak suçu işlemesi gerekmektedir. Bu nitelikli halin faile uygulanabilmesi için suçun sağlık hizmeti verilirken işlemesi gerekmektedir.⁷⁸⁷ Örneğin, bir hekimin komşusunun çocuğuna cinsel istismar eyleminde bulunması halinde bu nitelikli hal uygulanamayacakken, failin suçu sağlık hizmeti verdiği esnada işlemesi halinde bu nitelikli hal uygulanabilecektir.⁷⁸⁸

Kamu kurumlarındaki eğitici ve öğreticiler ile sağlık hizmeti verenler bakımından, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması durumunda kamu kurumundaki eğitici, öğretici ya da sağlık personeli TCK'nın 103/3-d bendinde e bendinden farklı olarak daha özel düzenlenmiş olduğundan bu durumda 103/3-d bendi uygulanacaktır. TCK'nın 103/3-e bendi ise d bendinde yer alan özelliklere haiz olmayan diğer kamu görevlileri için uygulama alanı bulacaktır.⁷⁸⁹

⁷⁸³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.527-528

⁷⁸⁴ KÜSKÜ, s.93

⁷⁸⁵ AYDIN, s.55; TUĞRUL, s.262; GERÇEKER, s.1049; AKKAYA, s.222; TAŞTAN, s.286

⁷⁸⁶ TUĞRUL, s.262 AKKAYA, s.222; TAŞTAN, s.286

⁷⁸⁷ AYDIN, s.55 AKKAYA, s.222; TAŞTAN, s.286

⁷⁸⁸ AYDIN, s.55

⁷⁸⁹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.529

5237 sayılı TCK'da 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde eylemin koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal kapsamında öngörülmemişken değişikle birlikte madde kapsamına "bakım" yükümlülüğü bulunan kişi de dâhil edilmiştir. Koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü olan kişiler, madde bendinde ifade edilen kişiler dışında kalan ancak çocuk üzerinde koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerdir.⁷⁹⁰ Bu kişilerin koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden doğabileceği gibi örf, adet, akrabalık, komşuluk ya da kişisel ilişkiden kaynaklanabilir.⁷⁹¹ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için çocuğun sorumlu bulunduğu anne veya babası ya da vasisi tarafından bu kişilerin bakım ve gözetimine tevdi edilmesi gerekmektedir.⁷⁹² Suçun, çocuğun kendisine tevdi edildiği kişinin evinde yaşayan diğer kişiler tarafından işlenmesi durumunda bu kişilerin koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmadığından bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁷⁹³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanık ile mağdurun aynı evde yaşadığı durumlarda sanığın, mağdura karşı koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğunu; sanıkla mağdurun ayrı evde oturmaları durumunda ise koruma ve gözetim konusunda geçici veya daimi olarak sanığa görev ve yetki verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁹⁴ Mağdurun, annesiyle resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşayan sanığın ikametine farklı sürelerde kısa aralıklarla ziyaret amaçlı geldiği esnada sanık tarafından suçun işlenmesi halinde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. Ancak mağdur sanığın koruma ve gözetimine bırakılmışsa ve sanık bu süreçte çocuğa karşı suçu işlemişse bu nitelikli hal uygulanabilecektir.⁷⁹⁵

⁷⁹⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.200; ARTUÇ, s.602-603; AYDIN, s.55; TANER, s.337 (Yazar, bakım yükümlülüğünün pek çok halde koruma ve gözetim yükümlülüğünün sonucu olduğu, bu nedenle kanuna ayrıca bakım yükümlülüğünün eklenmesinin hükmün kapsamını genişleteceği kanaatindedir.)

⁷⁹¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.526

⁷⁹² MALKOÇ, s.1721

YARGITAY 14 CD. E.2016/8096 K.2016/7925 T.21.11.2016; YARGITAY 14 CD. E.2014/11953 K.2017/6193 T.05.12.2017; YARGITAY 14 CD. E.2014/6228 K.2016/499 T.20.01.2016; YARGITAY 14 CD. E.2014/4375 K.2016/1299 T.16.02.2016; YARGITAY 14 CD. E.2016/8639 K.2016/7964 T.22.11.2016

⁷⁹³ YARGITAY 14 CD. E.2011/42 K.2011/59 T.18.07.2011; YARGITAY 14 CD. E.2011/3592 K.2012/6825 T.14.06.2012

⁷⁹⁴ YARGITAY CGK. E.2013/99 K.2013/253 T.21.05.2013

⁷⁹⁵ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.200

Bir görüşe göre, kişinin birlikte yaşadığı kadının çocuğu üzerinde ahlaken koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunsa da hukuken böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı, bu nedenle fail hakkında bu nitelikli halin uygulanmasının kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.⁷⁹⁶ Farklı bir görüşte, kişinin, aynı evde aralarında evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşadığı kadının çocuğu üzerinde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünün olduğunu, zira kişilerin aynı evde yaşamakla karşılıklı olarak belirli taahhütler altına girdiklerini ifade etmektedir.⁷⁹⁷

Yargıtay uygulaması, sırf akrabalık ilişkisinin kişiye bakım ve gözetim yükümlülüğü yüklenmediği, akrabalık nedeniyle eve gelip giden kişiye koruma ve gözetim konusunda geçici veya daimi olarak görev ve yetki verilmiş olması halinde bu nitelikli halin uygulanabileceği yönündedir.⁷⁹⁸ Öte yandan bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun yaşı itibariyle başkasının bakım ve gözetimine ihtiyacı olması gerekmektedir.⁷⁹⁹

Yargıtay, mağdurun kullandığı servisin şoförlüğünü yapan sanığın, mağdur üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunduğuna⁸⁰⁰ ve mağdurun servisten alındıktan sonraki süreçte suçun işlenmiş olması halinde sanığın koruma ve gözetim yükümlülüğünün devam etmediğine⁸⁰¹ karar vermektedir.

5237 sayılı TCK'da 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde suçun koruyucu aile tarafından işlenmesi nitelikli hal kapsamında öngörülmemişken değişiklikle birlikte madde kapsamına dâhil edilmiştir. 6545 sayılı Kanun öncesinde de metinde yer alan koruma ve gözetim yükümlülüğü ibaresi zaten aday koruyucu aileye ve koruyucu aileye bu yükümlülüğü yüklemesi nedeniyle madde metnine eklenen ‘koruyucu aile’ ibaresinin yeni bir yükümlülük getirmediği haklı olarak ifade edilmiştir.⁸⁰²

⁷⁹⁶ AYDIN, s.57

⁷⁹⁷ TANER, s.338-339

⁷⁹⁸ YARGITAY 14. CD. E.2011/20297 K.2012/1901 T.20.02.2012; YARGITAY 5. CD. E.2007/8772 K.2007/9294 T.26.11.2007

⁷⁹⁹ YARGITAY 14. CD. E.2015/766 K.2015/6133 T.05.05.2015

⁸⁰⁰ YARGITAY 14. CD. E.2020/3729 K.2020/3210 T.08.07.2020

⁸⁰¹ YARGITAY 14. CD. E.2012/5003 K.2014/2412 T.26.02.2014

⁸⁰² TANER, s.336

Ülkemizde son yıllarda sıkça rastlanan bir durum haline gelen koruyucu aile ilişkisinin mağdur ile fail arasında meydana getirdiği yakınlığı suçun daha kolay işlenebilmesinde bir etken görülerek nitelikli hal kapsamında düzenlenmiştir.⁸⁰³ Koruyucu aile, ‘çeşitli nedenlerle öz ailesi yanında bakımları bir süre için sağlanamayan çocukların kendi aile ortamlarında eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu kısa veya uzun süreli olarak, ücretli veya gönüllü statüde devlet denetiminde paylaşan, hissettikleri toplumsal sorumluluğu görebilen uygun aile ya da kişiler’⁸⁰⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Koruyucu aile, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 23. maddesinde ve 14.12.2012 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2897 sayılı Koruyucu Aile Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 4. maddesinde ifade edilen ‘akraba veya yakın çevre koruyucu aile modeli’, ‘geçici koruyucu aile modeli’, ‘süreli koruyucu aile modeli’ ve ‘uzmanlaşmış koruyucu aile modeli’ koruyucu aile kapsamında yer almaktadır. Bu hizmet modellerinden birisiyle atanan koruyucu aile tarafından çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi hali nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰⁵ Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için 2897 sayılı Koruyucu Aile Yönetmeliği hükümlerine göre koruyucu aile sözleşmesinin imzalanmış ve ailenin bu sıfatı kazanılmış olması gerekmektedir.⁸⁰⁶ Koruyucu aile sıfatı kazanılmadan önceki aday koruyucu aile döneminde çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi durumunda aile henüz koruyucu aile sıfatını kazanmadığından bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. Ancak kanımızca, aday koruyucu ailenin deneme sürecinde çocuk üzerinde koruma ve bakım yükümlülüğü bulunması nedeniyle bu süreçte aday aile tarafından çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi hali suçun, koruma bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi kapsamında değerlendirilebilecek ve nitelikli hal uygulanabilecektir.⁸⁰⁷

⁸⁰³ BAYTEMİR, s.468

⁸⁰⁴ AKKAYA, s.220

⁸⁰⁵ AYDIN, s.53,55

⁸⁰⁶ AKKAYA, s.221; TANER, s.336

⁸⁰⁷ TANER, s.336

E. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59.maddesi ile yapılan değişiklikten önce cinsel istismar suçunun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişken kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi şeklindeki nitelikli hal değişiklikle birlikte madde bendine eklenmiştir.⁸⁰⁸ Kamu görevinden veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun faile suçu işlemede ve mağdurun direncinin kırılmasında kolaylık sağlaması nedeniyle bu nitelikli hal düzenlenmiştir.⁸⁰⁹ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin bir kamu görevi yapması veya mağdurla arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu görev ve hizmet ilişkisinin faile, mağdur üzerinde nüfuz ve güç sağlaması ve bunun sağlamış olduğu kolaylıktan faydalanarak suçun işlenmesi gerekmektedir.⁸¹⁰

Kamu görevlisi deyiminden TCK'nın 6/1-c bendinde yapılan tanımın anlaşılması gerektiği⁸¹¹ ifade edilmiştir. TCK'nın 6/1-c bendinde kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak TCK'nın 103/3-e bendinde kamu görevlisinden değil de "*kamu görevinden*" bahsedilmektedir. Buradaki kamu görevi kavramı, daha çok devlete ait gücün kullanılması, en azından mağdurun öyle düşünmesini gerektiren işler için kullanılmaktadır. Bu nedenle burada TCK'nın 6. maddesi anlamında failin kamu görevlisi olması hususunun tartışılmasına gerek olmadığı düşüncesine⁸¹² katılmaktayız.

Failin, kamu görevlisi olmasının nitelikli hal kapsamında kabul edilebilmesi için failin suçu kamu görevinin sağladığı nüfuz ve otoritenin etkisinden yararlanarak işlemesi gerekmektedir. Bu halde faille mağdur arasında astlık üstlük ilişkisinin bulunması gerekli

⁸⁰⁸ AYDIN, s.59; BAYTEMİR, s.473-474

⁸⁰⁹ YOKUŞ SEVÜK, s.124

⁸¹⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.189; ARTUÇ, s.580; GERÇEKER, s.1015; AKKAYA, s.63; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1609; YOKUŞ SEVÜK, s.124

⁸¹¹ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1610

⁸¹² GERÇEKER, s.1015; AKKAYA, s.63

değildir.⁸¹³ Failin yaptığı görevin niteliği ve görevin mağdur üzerindeki etkisi değerlendirilerek suçun, görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlendiği belirlenmelidir.

Failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması zorunludur.⁸¹⁴ Yani kamu görevi yapan failin görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmaksızın suçu işlemesi halinde bu artırım nedeni uygulanamayacaktır.⁸¹⁵ Kamu kurumlarında çalışan eğitici, öğretici veya sağlık hizmeti veren failin durumu daha özelinde düzenlenmiş olması nedeniyle TCK'nın 103/3-d bendinde kapsamında görülecektir.⁸¹⁶

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmesi halinde fail ile mağdur arasındaki hizmet ilişkisinin kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesini bir önemi bulunmamaktadır. Ücretli veya ücretsiz geçici veya sürekli olması da önemli değildir. Önemli olan fail ile mağdur arasındaki hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin varlığı ve failin bu ilişkinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak suçu işlemesidir.⁸¹⁷ Burada kast edilen yalnızca iş kanunu anlamında hizmet akdinden doğan ilişki değildir. Memurlar arasındaki hiyerarşinin, hizmet ilişkisinin kötüye kullanılması da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir.⁸¹⁸ Failin mağdur üzerindeki işe alma, talimat verme, iş yerini değiştirme, iş akdini sonlandırma gibi yetkileri hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.⁸¹⁹ Failde bu nüfuzun varlığına karşın bu nüfuz kullanılmaksızın suç işlenmişse bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁸²⁰

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kullanılarak suçunun işlenebilmesi için hizmet ilişkisinin devam etmesi gerekmektedir.⁸²¹ Hizmet ilişkisinin bir müddet devam ettikten

⁸¹³ CENTEL, ZAFER, s.247

⁸¹⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 425

⁸¹⁵ AKKAYA, s.64

⁸¹⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.462

⁸¹⁷ BAYTEMİR, s.474; TANER, s. 202-203

⁸¹⁸ AKKAYA, s.226; ARTUÇ, s.602, 604; TUĞRUL, s.282

⁸¹⁹ KÜSKÜ, s. 97

⁸²⁰ TUĞRUL, s.283

⁸²¹ MEMİŞ KARTAL, s.195

sonra mağdurun failin işyerinden ayrılması ve aradan belirli bir süre geçmesi halinde hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle eylemin gerçekleştirildiğinden bahsedilemeyecektir.⁸²² Yargıtay, sanığın, dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsurunun bulunmadığına karar vermiştir.⁸²³

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için failin hizmet ilişkisinde işveren konumunda olması koşulu aranmamaktadır. Hizmet ilişkisinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak suçu işlemesi yeterlidir.⁸²⁴ Eşit kimseler arasında; aralarında astlık üstlük, amir, memur, patron, çalışan vs. ilişkisi bulunmayan aynı işyerinde aynı statüde çalışan kimseler arasında; ayrı birimlerde çalışan kimseler ve aralarında astlık üstlük ilişkisi olmayan kimseler arasında bu nitelikli hal uygulanmaz.⁸²⁵

F. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle İşlenmesi

TCK'nın 103/4. fıkrasında onbeş yaşından küçük veya on beş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cinsel istismar suçunun cebir veya tehditle işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu çocuklara karşı cinsel istismar suçunun cebir veya tehdit eylemlerinin araç kullanılarak işlenmesi, mağdurun direncini kıracağından ve fiilin işlenmesini kolaylaştıracağından kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.⁸²⁶ Bu ağırlaştırıcı nedenin fail hakkında uygulanabilmesi için cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, TCK'nın 103/5. fıkrası gereğince fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁸²⁷

⁸²² AKKAYA, s.227, 228; TUĞRUL, s.283

⁸²³ YARGITAY 5. CD. E.2007/7481 K.2007/6548 T.20.09.2007

⁸²⁴ KORKUSUZ, s.831

⁸²⁵ TAŞTAN, s.296

⁸²⁶ İŞTEN, s.151

⁸²⁷ Madde Gereğinden

TCK'nın 103/4. fıkrasında sadece cebir veya tehdit eylemlerinden bahsedilmiş ancak hile veya iradeyi etkileyen başka neden hallerine yer verilmemiştir. Bu nedenle örneğin, hile kullanılmak suretiyle suçun işlenmesi halinde bu artırım nedeni uygulanmayacaktır.⁸²⁸ Doktrinde, TCK'nın 103/4. fıkrasında hileye yer verilmemiş olması eksiklik olarak görülmüş;⁸²⁹ bu durumun nedeninin çocuğun iradesinin hile ile elde edilmesinin cebir veya tehdit kullanılması halinde ki kadar ağır bir haksızlık görülmemesi olabileceği⁸³⁰ ifade edilmiştir.

Yargıtay, suçun işlenmesi amacına yönelik olarak on beş yaşından küçük olan mağdurun, kolundan tutup yatağa çekilmesi, ağzının kapatılması,⁸³¹ failin kendi üzerine çekmesi,⁸³² felçli olan mağdurun faili itmesine ve karşı koymasına rağmen failin eylemini gerçekleştirmesi,⁸³³ mağdurun itilip saçlarından tutulması,⁸³⁴ mağdurun ağzının kapatılarak üzerine abanılması⁸³⁵ gibi hallerde TCK'nın 103/4. maddesi kapsamında cebir uygulandığını kabul etmektedir.⁸³⁶ Suçun teşebbüs aşamasında kalması TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanmasını engellemeyecektir.⁸³⁷

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için cebir veya tehdidin cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla kullanılması gerekmektedir. Suçun işlenmesinden sonra mağdura cebir veya tehdit uygulanması halinde fail hakkında bu ağırlaştırıcı neden uygulanmayacak⁸³⁸ fail hakkında ayrıca cebir veya tehdit suçu oluşacaktır. Örneğin, suçun işlenmesinden sonra, olanları kimseye anlatmaması için mağdurun öldürmekle tehdit edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacak ve failin tehdit eylemi TCK'nın 106/1. maddesinde öngörülen tehdit suçunu oluşturacaktır.⁸³⁹ Cebir ve tehdit eyleminin bir arada

⁸²⁸ YOKUŞ SEVÜK, s.159; DONAY, s.167 (Yazara göre, hile veya iradeyi etkileyen başka neden halleri de madde kapsamına dâhil edilmelidir.)

⁸²⁹ MEMİŞ KARTAL, s.198-199

⁸³⁰ MALKOÇ, s.1723

⁸³¹ YARGITAY 14. CD. E.2016/10081 K.2016/8289 T.06.12.2016

⁸³² YARGITAY 14. CD. E.2011/28 K.2011/54 T.18.07.2011

⁸³³ YARGITAY 5. CD. E.2006/11064 K.2006/9345 T.21.11.2006

⁸³⁴ YARGITAY 5. CD. E.2009/12427 K.2010/209 T.21.01.2010

⁸³⁵ YARGITAY 5. CD. E.2011/3833 K.2011/4242 T.25.05.2011

⁸³⁶ ARTUÇ, 605; AKKAYA, s.232-233

⁸³⁷ YOKUŞ SEVÜK, s.159

⁸³⁸ YARGITAY 14. CD. E.2016/9432 K.2016/8267 T.05.12.2016

⁸³⁹ YARGITAY 14. CD. E.2011/9398 K.2013/3191 T.22.03.2013

bulunması durumunda tek bir ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Cebir ve tehdit ile birlikte başka bir ağırlaştırıcı sebep varsa ayrıca diğer ağırlaştırıcı sebepte uygulanacaktır. Örneğin, veli veya vasinin cinsel istismar suçunu birden fazla kişi ile birlikte cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde bütün ağırlaştırıcı sebepler eklenmek suretiyle ceza belirlenmesi yapılacaktır.⁸⁴⁰

G. Suçun On Beş Yaşını Tamamlamakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlam Yeteneği Gelişmiş Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

TCK'nın 103/4. fıkrasında onbeş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cinsel istismar silah kullanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu çocuklara karşı cebir ve ya tehdit eyleminin araç olarak kullanılması suretiyle suçun işlenmesi halinde bu fiiller zaten suçun unsuru kabul edildiğinden⁸⁴¹ ayrıca ceza artırımını yoluna gidilemeyecektir.⁸⁴²

28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eyleminin silahla işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmişken TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı cinsel istismar eyleminin silahla işlenmesi hali nitelikli hal olarak kabul edilmemişti.⁸⁴³ Bu durumun bir boşluk olduğu,⁸⁴⁴ yasal bir eksiklikten kaynaklandığı ve yasanın düzenlemesinde bu hususun gözden kaçırıldığı⁸⁴⁵ ifade edilmiştir. Yapılan eleştiriler dikkate alınarak TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı suçun silahla işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁸⁴⁶ Suçun silahla işlenmiş olması silahın

⁸⁴⁰ MEMİŞ, s.200

⁸⁴¹ AKKAYA, s.231; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1656-1657; BAYTEMİR, s.475; ARTUÇ, s.605; PARLAR, BANKO, s.108; TUĞRUL, s.291

⁸⁴² KOCA, ÜZÜLMEZ, s.363; TUĞRUL, s.291; AKKAYA, s.231; HOROZGİL, s.134; ÜZÜLMEZ, s.36; NUHOĞLU, s.289; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.221, 318; YOKUŞ SEVÜK, s.158-159; ÖZGENÇ, (İlgilinin Rızası), s.278

⁸⁴³ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.132

⁸⁴⁴ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.134

⁸⁴⁵ TUĞRUL, s.286

⁸⁴⁶ AKKAYA, s.230; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.530-531

korkutucu etkisinden dolayı mağdurun mukavemet yeteneğinin kırılması ve suçun icrasını kolaylaştırması bakımından nitelikli hal kapsamında kabul edilmiştir.⁸⁴⁷

Madde metnindeki ‘‘silah’’ ibaresinden kasıt olarak TCK’nın 6/1-f⁸⁴⁸ bendinde ifade edilen silah anlaşılacağı ifade edilmiştir.⁸⁴⁹ TCK’nın 6/1-f bendinde ifade edilen silah tanımında yer almasa da fiilin işlenmesinde elverişli olan oyuncak ya da kuru-sıkı tabanca da bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁵⁰ Zira burada önemli olan husus mağdurun gerçek olmayan silahın gerçek olduğuna inandırılarak iradesinin etki altına alınmasıdır.⁸⁵¹ Yargıtay, bir kararında gerçek tabancadan görünüm olarak ayırt edilmeyen kurusıkı tabancayla yapılan tehdit eylemini silahla tehdit kapsamında değerlendirmiştir.⁸⁵²

TCK’nın 103/1-a bendi kapsamında sayılan çocuklara karşı silah kullanılması cebir ve tehdit hipotezine dâhildir ve nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir. TCK’nın 103/1-b bendi kapsamında sayılan çocuklar bakımından ise cebir ve tehdit suçun unsuru olduğundan, suçun silahla işlenmesi ayrıca nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁸⁵³

Öğretide bir görüşe göre, suç mağdurunun çocuk olması dikkate alınarak nitelikli halin oluşabilmesi için silahın tek başına varlığı yeterli görülmelidir.⁸⁵⁴ Farklı bir görüşe göre de nitelikli halin oluşması için suçun silahla işlenmiş olması arandığından tek başına silahın varlığı yeterli olmayacaktır.⁸⁵⁵ İfade etmek gerekir ki suçun silah kullanmak suretiyle işlenmiş sayılabilmesi için silahın varlığı tek başına yeterli olmayacaktır. Silahın mağdurun iradesini etki altına almak için mağduru etkileyecek herhangi bir şekilde kullanılması

⁸⁴⁷ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1611; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3642; YENİDÜNYA, s.3297; ALŞAHİN, s.867; BAYTEMİR, s.293; CENTEL, ZAFER, s.248; BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.531

⁸⁴⁸ 5237 sayılı TCK’nın 6/1-f bendinde silah deyiminden; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı aşındırıcı yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı, nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılmaktadır.

⁸⁴⁹ DONAY, s.163; PARLAR, BANKO, s.108; ÖZBEK, BACAKSIZ, DOĞAN, s.371; ÖZBEK, KANBUR, s.631; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.530; CENTEL, s.279

⁸⁵⁰ KORKUSUZ, s.831; BAYTEMİR, s.293; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1611; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3642; CENTEL, s.280

⁸⁵¹ TANER, s.209

⁸⁵² YARGITAY 14. DE. E.2006/6916 K.2007/10801 T.10.12.2007

⁸⁵³ TANER, s.342

⁸⁵⁴ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.531

⁸⁵⁵ BAYTEMİR, s.293

gerekmektedir.⁸⁵⁶ Silahın mutlaka kullanılmış olması (ateşlenmesi gibi) ⁸⁵⁷ mağdura yöneltilmesi veya tutulması şart değildir. Mağdura silahın gösterilerek istismar eylemine karşı koyması halinde silahın kullanılacağıının hissettirilmesi yeterlidir.⁸⁵⁸

Başkalarının eyleme müdahalesini önlemek için ya da suç sonrası suçun ortaya çıkmasını engellemek için silah kullanılması durumunda bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁸⁵⁹ Suçun birden fazla fail tarafından işlenmesi halinde faillerden biri dahi silahlı olsa, bunu bilen tüm failer bakımından bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerekmektedir.⁸⁶⁰

Cinsel istismar suçunun TCK'nın 103/1-b bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda bu ağırlaştırıcı neden uygulandığından temel ceza ayrıca TCK'nın 61. maddesi uyarınca suçun işlenmesinde kullanılan araçlar (silah) dolayısıyla arttırılamayacaktır.⁸⁶¹

Türkiye'nin de tarafı olduğu Lanzarote Sözleşmesinin 28. maddesinde çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurun fiziksel ve akıl sağlığına ciddi zarar vermiş olması halinin ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. TCK'nın 103/5. fıkrasında cinsel istismar için başvuru cibir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak suçun mağdurun akıl sağlığında ciddi bozulmalara sebebiyet vermesi hali düzenlenmemiştir. Lanzarote Sözleşmesinin 28. maddesi doğrultusunda kanımızca da suçun mağdurun akıl sağlığında ciddi bozulmalara sebebiyet vermesi halinin cezanın artırılması gereken nitelikli hal olarak düzenlenmesi icap etmektedir.⁸⁶²

⁸⁵⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.531

⁸⁵⁷ TANER, s.209

⁸⁵⁸ AKKAYA, s.71

⁸⁵⁹ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1611

⁸⁶⁰ TANER, s.209

⁸⁶¹ TANER, s.209

⁸⁶² YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.136

III. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ

Cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşan halleri TCK'nın 103/5. fıkrasında düzenlenen "cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması" ve TCK'nın 103/6. fıkrasında düzenlenen "suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü" hâlleridir.

6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde TCK'nın 103/6. fıkrasında "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali" suçun netice sebebiyle ağırlaşan halini meydana getirmekteydi. 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklikle TCK'nın 103/6. fıkrasında düzenlenen mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli kaldırılmış, "suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü" şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşan hali düzenleyen 7. fıkra 6. fıkra olarak düzenlenmiştir.⁸⁶³

A. Cinsel İstismar İçin Başvurulmuş Cebir ve Şiddetin Kastens Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması Hâli

TCK'nın 103/5. fıkrasında cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kastens yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kastens yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı düzenlenmiştir. Burada gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail hem cinsel istismar suçundan hem de kastens yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halinden cezalandırılacaktır.⁸⁶⁴ Bu nedenle cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için başvurulmuş cebir ve şiddetin TCK'nın 86. maddesi kapsamında kalması halinde fail ayrıca kastens yaralama suçundan cezalandırılmayacak; cebir ve şiddetin TCK'nın 87. maddesinde belirtilen nitelikli halleri meydana getirmesi durumunda fail ayrıca kastens yaralama suçundan cezalandırılacaktır.⁸⁶⁵

⁸⁶³ AYDIN, s.62; ARSLANTÜRK, s.263

⁸⁶⁴ CENTEL, ZAFER, s.254; TANERİ, KAMIŞLI, s.347; ERCAN, s.95; SÖZÜER, s.276

⁸⁶⁵ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.317; TUĞRUL, s.292; ARTUÇ, s.607; CENTEL, ZAFER, s.236 ; ÜZÜLMEZ, s.37 (Yazara göre, suçun cebir kullanılarak gerçekleştirilmesinin cinsel istismar suçunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal (TCK m.103/4) olarak kabul edildikten sonra ayrıca TCK'nın 103/5. fıkrası gereğince failin kastens yaralamadan cezalandırılması çifte değerlendirme yasağının ihlâli anlamına gelmektedir.)

6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde, cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin “*mağdur direncini kırarak ölçününün ötesinde*” olması halinde fail hakkında ayrıca kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağı öngörölmüştü. Cinsel istismar suçunda başvuru alan cebir ve şiddetin “*kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması*” halinde fail hakkında ayrıca kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmişti. Öğretilen, bu durumun çelişkili ve adaletsiz olduğu,⁸⁶⁶ kanunun sistematığına ve amacına aykırı olduđu⁸⁶⁷ ve bu şekilde çocukların korunduğundan bahsedilemeyeceği⁸⁶⁸ haklı olarak ifade edilmiştir. 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikle “*cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde*” fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenerek her iki suç arasında uyum sağlanmıştır.⁸⁶⁹

Yargıtay, TCK’nın 103/5. maddesinin uygulanabilmesi için cinsel istismar suçu işlenirken uygulanan cebir ve şiddetin TCK’nın 87. maddesinde belirtilen nitelikli halleri meydana getirmesini aramaktadır.⁸⁷⁰ Bir görüşe göre, cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin TCK’nın 86/1. maddesinde belirtilen kasten yaralama kapsamında kalması halinde de bu netice sebebiyle ağırlaşan halin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁷¹ Kanımızca da suç mağdurunun çocuk olduğu gözetilerek TCK’nın 86/2 (kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek hali) fıkrası boyutunu aşmayan yaralama eylemlerinin TCK’nın 103/1-b bendi kapsamında ki çocuklara karşı işlenmesi durumunun suçun unsuru olarak görülmesi,⁸⁷² cebir ve şiddetin TCK’nın 86/1. ve 87. fıkralarını ihlal etmesi durumunun ise TCK’nın 103/5. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi yerinde olurdu. Bu şekilde cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için başvuru alan cebir veya şiddetin TCK’nın 86/1 (kasten yaralamanın basit hali) fıkrası kapsamında yer alan yaralamaya sebebiyet vermesi durumunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğı sağlanabilecektir.

⁸⁶⁶ MEMİŞ KARTAL, s.231

⁸⁶⁷ HOROZGİL, s.135

⁸⁶⁸ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.265

⁸⁶⁹ YOKUŞ SEVÜK, s.104; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.133

⁸⁷⁰ YARGITAY 5. CD. E.2011/837 K.2011/2569 T.31.03.2011

⁸⁷¹ TANERİ, KAMIŞLI, s.315-326

⁸⁷² ÖZBEK, KANBUR, s.633

TCK'nın 103/5. fıkrasının uygulanabilmesi için cebir ve şiddetin mağdura cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek amacıyla uygulanması gerekmektedir. Failin asıl amacının cinsel istismar eyleminde bulunmak değil de mağduru yaralamak olması halinde artık bu netice sebebiyle ağırlaşan hal uygulanamayacaktır.⁸⁷³

B. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

TCK'nın 103/6. fıkrasında “*Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.

Bitkisel hayat kavramı ‘*beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü*’ olarak tanımlanmaktadır.⁸⁷⁴ Bitkisel hayatta beyin ölümünden farklı olarak kişi düşük bir ihtimal de olsa iyileşerek normal hayata dönebilmektedir. Bitkisel hayattaki insanda beyin hafıza, zekâ ve kişilik gibi özelliklerin kontrol edildiği korteks (kabuk) kısmı ölmüştür. Ancak beyin sapı denilen ve hayati organların kendi kendine çalışmalarını, bir takım hayati refleks görevlerini yerine getiren organ çalışmaya devam etmektedir. Hastanın kalbi atmaya devam etmekte, solunum ve sindirim sistemleri çalışmaya devam etmekteyken düşünme, hareket etme ve bilinç merkezi çalışmamaktadır. Bu nedenle bitkisel hayatta bulunan kişilerin hukuken ve tıbben öldükleri kabul edilememekle birlikte az da olsa hastanın bitkisel hayattan kurtulma veya ölmeme ihtimali bulunmaktadır.⁸⁷⁵

TCK'nın 23. maddesi gereğince ortaya çıkan neticenin, failin istemi ve iradesi dışında meydana gelmiş olması, fiil ile netice arasında illiyet bağı ve failin en azından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır.⁸⁷⁶ Failin meydana gelen netice bakımından taksir derecesinde dahi kusurunun bulunmaması ya da eylem ile netice arasında ki illiyet bağının bulunmaması halinde fail, meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacaktır.⁸⁷⁷ Burada failin istemediği halde bitkisel hayat veya ölüm neticesinin meydana gelmesi, cinsel

⁸⁷³ AKKAYA, s.236

⁸⁷⁴ ARTUÇ, s.582

⁸⁷⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.268

⁸⁷⁶ NİŞANCI, s.246; AKÇİN, s.133; AYDIN, s.75

⁸⁷⁷ AYDIN, s.75

istismar fiili ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve failin ağır netice bakımından en azından taksir derecesinde kusurunun olması gerekmektedir.⁸⁷⁸ Fail, eyleminin daha ağır neticeleri ortaya çıkarabileceğini öngörmüş olmasına rağmen bu durumu önemsememiş ve kabullenmişse artık olası kast söz konusu olduğundan, fail meydana gelen ağır neticeden sorumlu olacaktır.⁸⁷⁹

Failin amacının hem cinsel istismar eyleminde bulunmak hem de mağduru öldürmek olması⁸⁸⁰ veya suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla⁸⁸¹ ya da failin suçun işleyememekten kaynaklı duymuş olduğu kızgınlık⁸⁸² nedeniyle mağduru öldürmesi durumunda gerçek içtima uygulanarak fail iki ayrı suçtan cezalandırılacaktır. Ancak bu durumda fail hakkında TCK'nın 103/6. fıkrası uygulanamayacaktır. Bunun gibi gerçek içtima uygulanacak hallerde esas alınacak hüküm 103/6. fıkra değil 103. maddenin ilk iki fıkrası olacaktır. Aksi durum aynı sonuçtan iki kez ceza verilmiş olmasına sebebiyet verecektir.⁸⁸³ Örneğin, failin cinsel istismar eyleminden sonra mağduru öldürmeye veya bitkisel hayata sokmaya yönelik doğrudan kastının bulunması durumunda hem cinsel istismar hem de diğer suç oluşacaktır.⁸⁸⁴ Failin mağduru öldürdükten sonra ayrıca mağdura cinsel istismar eyleminde bulunması halinde ise hem kasten öldürme suçunu hem de kişinin hatırasına hakaret (TCK m.130/2) suçunu oluşturacaktır.⁸⁸⁵

TCK'nın 103/6. fıkrasının uygulanabilmesi için failin istemediği halde mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi gerekmektedir. Bu nedenle mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi ile cinsel istismar fiili arasında illiyet bağının varlığı şarttır.⁸⁸⁶ Örneğin, mağdurun cinsel eylemden kurtulmak amacıyla camdan atlaması veya cinsel eylemin mağdurun iç organlarına zarar vermesi nedeniyle ölüm meydana gelmişse eylemle netice

⁸⁷⁸ PARLAR, BANKO, s.109; NİŞANCI, s.246

⁸⁷⁹ ARTUÇ, s.582; CENTEL, s.281; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.268

⁸⁸⁰ BAYTEMİR, s.313-314; CENTEL, ZAFER, s.251; CENTEL, s.282

⁸⁸¹ CENTEL, ZAFER, s.251; PARLAR, BANKO, s.109; AYDIN, s.75; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1658; ARTUÇ, s.582; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3645-3646 (dipnot)

⁸⁸² AYDIN, s.75

⁸⁸³ TANER, s.216

⁸⁸⁴ TANER, s.216

⁸⁸⁵ CENTEL, ZAFER, s.251; ÇALIŞKAN, s.178; ÖZEN, s.452; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3645-3646 (dipnot)

⁸⁸⁶ BAYTEMİR, s.313-314; CENTEL, ZAFER, s.251; CENTEL, s.281

arasında bağ kurulmuş olduğundan bu hal tatbik edilebilecektir.⁸⁸⁷ Cinsel istismar eylemi ile meydana gelen netice arasında illiyet bağının kurulamaması durumunda fail hakkında bu netice sebebiyle ağırlaşan hal uygulanamayacaktır. Örneğin cinsel istismar sonucunda bunalıma giren mağdurun intihar etmesi veya cinsel istismar eylemi nedeniyle hamile kalan mağdurun doğum sırasında ölmesi durumunda fail ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır.⁸⁸⁸ Mağdurun kalp hastalığı nedeniyle ölmesi halinde failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için cinsel istismar fiilini işlerken mağdurun kalp hastası olduğunu bilmesi ve dolayısıyla böyle bir ağır sonucunu ortaya çıkabileceğini öngörmesi gerekir. Failin mağdurun hastalığını bilmemesi halinde ise neticeyi öngöremeyeceğinden TCK'nın 103/6 maddesinden sorumlu olması mümkün olmayacaktır.⁸⁸⁹

Bu ağırlaştırıcı neden suçun hem basit hali hem de nitelikli hali bakımından uygulama alanı bulabilecektir.⁸⁹⁰ Mağdurun bitkisel hayata girmesinin veya ölmesinin cinsel istismar eyleminden hemen sonra olması gerekmekte; aradan süre geçmiş olması halinde dahi cinsel istismar eylemi ile netice arasında illiyet bağının kurulabilmesi mümkünse fail ağır neticeden sorumlu tutulabilecektir.⁸⁹¹

Ölümün mutlaka cinsel istismar eylemi neticesinde olması şart değildir. Failin cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek için kullandığı vasıtalar sebebiyle de bu sonuç meydana gelmiş olabilir. Bu durumda da illiyet bağının varlığı kabul edilecektir.⁸⁹² Örneğin fail mağdurun cinsel istismar eylemine karşı koymasını engellemek veya onu bayıltarak etkisiz hale getirmek amacıyla mağdurun kafasına sert bir cisimle vurmuş, cinsel istismar eylemini gerçekleştirmiş ve darbe nedeniyle mağdur beyin kanaması geçirerek bitkisel hayata girmiş veya ölmüşse suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali meydana gelmiş olacaktır.⁸⁹³

⁸⁸⁷ ERDOĞAN, Yavuz, s.50

⁸⁸⁸ ALŞAHİN, s.875

⁸⁸⁹ PARLAR, BANKO, s.109; AKÇİN, s.126; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1658

⁸⁹⁰ TANER, s.216

⁸⁹¹ CENTEL, ZAFER, s.251; CENTEL, s.281

⁸⁹² BAYTEMİR, s.313-314; MEMİŞ, KARTAL, s.207; CENTEL, s.282

⁸⁹³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.343

Cinsel istismar eyleminin teşebbüs aşamasında kalması bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.⁸⁹⁴ Örneğin, failin cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek için mağduru darp ettiği, fakat çevreden yetişenlerle kurtarılan mağdurun darp nedeniyle ölmesi veya bitkisel hayata girmesi durumunda fail ortaya çıkan ağır neticeden sorumlu olacaktır.⁸⁹⁵

Cinsel istismar suçunun birden fazla fail tarafından birlikte işlenmesi halinde failden birinin mağdura cebir uygularken diğeri cinsel ilişkiye girmişse, netice bakımından en azından taksir derecesinde kusuru olan tüm fail ve suç ortakları bu neticeden sorumlu olacaklardır.⁸⁹⁶

TCK'nın 103/6. fıkrasında cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü suçun netice sebebiyle ağırlaşan hali olarak düzenlenmişken mağdurun suç neticesinde yaşamsal tehlike içine sokulması halinin düzenlenmemiş olmasının hatalı olduğu ifade edilmiştir. Zira mağdur için hayati risk taşıyan ve tedavisi olanaksız bir hastalık virüsü (örneğin AIDS, HIV) bulaştırma gibi hallerin öngörülememiş olması bir eksikliklerdir.⁸⁹⁷ Bilindiği üzere 6545 sayılı kanundan önce TCK'nın 103/6'ncı maddesinde, suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma meydana gelmesi halinde fail hakkında daha fazla ceza verilmesini öngören nitelikli hal düzenlemesi mevcuttu. Beden sağlığının bozulması, mağdurun fiilden kaynaklanan bir bedensel hastalığa maruz kalmasını ifade etmekte, istismar eylemi neticesinde mağdurun AIDS, hepatit, verem, frengi gibi hastalıklara yakalanmış olması bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması gerektirmekteydi.⁸⁹⁸ 6545 sayılı kanun değişikliği ile birlikte suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma meydana gelmesi halinin kaldırılmış olması nedeniyle bu gibi durumlar TCK'nın 103/5. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.

⁸⁹⁴ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3646; YENİDÜNYA, s.3299; MEMİŞ KARTAL, s.206; BAYTEMİR, s.313-314

⁸⁹⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.345

⁸⁹⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.432; NİŞANCI, s.247

⁸⁹⁷ ÜNVER, s.36

⁸⁹⁸ CENTEL, s.281

C. Suç Sonucu Mağdurun Ruh veya Beden Sağlığının Bozulması

6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde TCK'nın 103/6. fıkrasındaki düzenleme *''suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur''* şeklindeydi. 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklikle TCK m.103/6'da düzenlenen mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli kaldırılmıştır.⁸⁹⁹ 6545 sayılı değişiklik öncesinde suç kapsamında düzenlenmiş olan bu ağırlaştırıcı nedenin meydana getirmiş olduğu problemler üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Madde metninde, hangi hallerin mağdurun ruh ve beden sağlığını bozacağıının sınırları belirtilmeyerek belirsiz bir durum oluşturulmuştu.⁹⁰⁰ Madde gerekçesinde de *''beden sağlığı''* ve *''ruh sağlığı''* kavramlarıyla ne ifade edilmeye çalışıldığı hususunda bir açıklama yapılmamıştı.⁹⁰¹ Bu durum, mağdurun ruh sağlığındaki bozulmada aranan ölçütün ne olduğu, bu bozulmanın kalıcı olup olmadığı, tedavi gerektirip gerektirmediği ya da bir süre devam edip etmediği gibi tartışmalara sebebiyet vermektedir.⁹⁰²

Uygulamada mahkeme ilk olarak mağduru Adli Tıp Kurumuna göndermekte ve mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı noktasında rapor istemekteydi. Adli Tıp Kurumu ise mağdurun ruh sağlığının kalıcı olarak bozulup bozulmadığının tespiti amacıyla olaydan en erken 6 ay sonrası için gün vermektedir. Adli Tıp Kurumu, çoğu olayda ruh sağlığının kalıcı olarak bozulup bozulmadığını, bozulmuş ise bunun karşılaşılan cinsel istismar eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı noktasında kanat oluşturamadığı için sorunu ortada bırakmaktaydı.⁹⁰³

⁸⁹⁹ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.134, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.429; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.254-255; KURT, s.197; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.165; BAYTEMİR, s.481; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 364; YURTCAN, s.19; ARTUÇ, s.606; ÖZEN, s.490; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.117

⁹⁰⁰ AKÇİN, 123

⁹⁰¹ AYDIN 3. BASKI, 64

⁹⁰² MEMİŞ, 203

⁹⁰³ KOCA ÜZÜLMEZ 2019, 320,321

Mağdurun her olayda ruh sağlığının tespitine gidilmesi ve bu durumun birden çok kez tekrarlanması mağdurun yaşadığı travmayı tekraren yaşamasına neden olmakta ve mağdurun ruh sağlığını üzerinde olumsuz etki doğurmaktaydı.⁹⁰⁴

Mağdurun birden çok sanık tarafından farklı zamanlarda cinsel istismar eylemine maruz kalması halinde mağdurun hangi sanığın eylemi neticesinde beden veya ruh sağlığının bozulduğunun tespiti sorun oluşturmaktaydı.⁹⁰⁵

6545 sayılı değişiklikle birlikte suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinin kaldırılmasıyla mağdurların ikinci kez mağdur olmalarının önüne geçilmiş ve eylemin doğal olarak mağdurun ruh sağlığını bozacağı kabul edilmiştir.⁹⁰⁶ 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik gerekçesinde ‘‘suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.’’ açıklamalara yer verilmiştir.

6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik gerekçesinde bu artırım nedeninin kaldırılması sonrasında şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmasının engellenmesi amacıyla suçun birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen cezaların artırılmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Doktrinde, 6545 sayılı kanun değişikliği çıkartılan bu kavramın daha öncesinde haksız yere ağır cezalar uygulanan kişiler bakımından lehe sonuç doğurmaması amaçlanmaktayken bu kavramın kanun maddesinden çıkartılması arasında tezatlık olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Öncelikle fiili sarkıntılık kapsamında kalanlar için yeni kanunun lehe olduğu son derece açıktır. Eylemi

⁹⁰⁴ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.143

⁹⁰⁵ AKKAYA, 244

⁹⁰⁶ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.136

cinsel istismar suçunun basit halini oluşturan kişiler bakımından yeni düzenlemenin daha lehe olabileceği durumlar olabilecektir. Zira değişiklik öncesi aynı eylemi gerçekleştiren faile mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması durumunda bu nitelikli halin uygulanması neticesinde uygulanacak olan ceza miktarıyla değişiklik sonra -her ne kadar istismar suçunun basit halinin cezası artırılmış olsa dahi- bu nitelikli halin uygulanmaması nedeniyle belirlenecek ceza miktarı daha lehe olabilecektir. Bu nedenle 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde yer alan "lehe sonuç doğmaması" yönündeki ifade hukuken olduğu kadar mantıken de hatalıdır.⁹⁰⁷ Yine, değişiklik gerekçesinde eleştirilen başka bir hususta "akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır" şeklinde ki açıklamadır. Eğer üzerinde tam bir mutabakat bulunmayan ruh sağlığının bozulması kavramı kanundan çıkartılıyorsa, daha önce daha fazla ceza almış kişiler için neden lehe hüküm doğmaması istenildiği ve lehe bir sonuç doğurması istenilmiyorsa neden bu kavramın kanun metninden çıkartıldığı noktasında eleştirilmektedir.⁹⁰⁸

Öğretide bu netice sebebiyle ağırlaştırılmış halin kaldırılmış olması yerinde görülmüştür.⁹⁰⁹ Suç neticesinde bütün mağdurların travma yaşayacağı ve ruh sağlığının

⁹⁰⁷ TANER, s.343; TANER, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.67-69

⁹⁰⁸ TANER, (Cinsel Suçlar), s.62

⁹⁰⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.431; SEVÜK, s.160; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.320-321; ÖZEN, s.451; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.166; PAKIR, s.239-240; ERCAN, s.95; AĞCAOĞLU, s.68 (Söz konusu hüküm gereği mağdurun beden veya ruh sağlığın bozulup bozulmadığının tespiti uzun ve zorlu bir süreç olup yargılamanın uzamasına sebebiyet vermekteydi. Bunun yanında çocuk mağdurlarda ruhsal travmaların olaydan hemen sonra olabileceği gibi aylar ve hatta yıllar sonra ortaya çıkma durumu da söz konusu olabilmekteydi. Neticesinde yargılamanın uzamasına sebebiyet veren bu hükmün kaldırılması yerinde olmuştur.); COŞKUN, COŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s.25 (6545 sayılı kanun değişikliği ile bu nitelikli halin madde metninden çıkarılması yerinde olmuştur. Ancak kaldırılan düzenleme kapsamında yapılan incelemede elde edilen ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin rapor suçun ispatı bakımından kullanılan bir delil niteliğindeydi. Suçun bu nitelikli halinin madde metninden çıkarılmasından sonra soruşturma organları mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin bir incelemeyi yapmaz olmuşlardır. Bu durum, suçun cezasız kalması ile sonuçlanmıştır.); AYDIN, s.74 (Ceza hukukuna yabancı bir kavram olan, gerek yargılamanın uzamasına gerekse mağdurun daha fazla mağdur olmasına sebebiyet veren "beden veya ruh sağlığının bozulması" kavramının madde metninden çıkartılması yerinde olmuştur.); KURT, s.296 (Mağdurun birden fazla kez dinlenmesi, tekraren aynı olayı yaşamasına ve psikolojik olarak travmalar geçirmesine sebebiyet vermesi nedeniyle suç neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinin kaldırılması isabetli olmuştur.); CENTEL, s.287 (Cinsel suçların, her mağdurun az veya çok beden veya ruh sağlığını bozan suçlar olması nedeniyle farklı uygulamalara yol açan ve tespiti zor olan bu halin kanundan çıkartılması isabetlidir.); TANER, (Cinsel Suçlar), s.61 (Mağdurun ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin raporlama sürecindeki sıkıntılar, raporların belirli standarttan uzak olması, kanunda ruh sağlığında ki

bozulacağı bir gerçek olup mağdurun eylem sonrası ruh sağlığının bozulmaması mümkün değildir. TCK'nın 103/6. fıkrasında düzenlenen mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinin tespiti için uygulamada mağdurlar birçok defa adli tıp kurumuna veya sağlık kuruluşlarına götürülerek olayı tekrar yaşamak zorunda bırakılmış ve ikinci kez mağdur olmalarına neden olmuştur.⁹¹⁰ Kanımızca ruh sağlığının bozulması kavramının belirsizliği ve kanunilik ilkesine aykırı bir durum oluşturması, uygulamada her cinsel istismar vakası sonrasında uygulanabilir hale gelmesi, ruh sağlığında ki kalıcı bozulmanın tespitinin uzun bir süreç gerektirmesi ve mağdur çocukların ikinci kez mağdur olmalarına sebebiyet verecek olması nedeniyle bu netice sebebiyle ağırlaşmış halin kaldırılmış olması kanımızca son derece yerinde olmuştur.

Bu netice sebebiyle ağırlaşan halin madde metninden kaldırılmış olması suç neticesinde mağdurun, beden ve ruh sağlığının bozulmasının dikkate alınmayacağı anlamına gelmeyecektir. Zira suç nedeniyle mağdurda meydana gelen bu sonuçlar TCK'nın 61. maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.⁹¹¹

bozulmanın kalıcı olmasına yönelik bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle uygulamada sorun haline gelen bu ağırlaştırıcı nedenin madde kapsamından çıkartılması yerinde olmuştur.); BACAŞIZ, BAYZİT, s.406 (Cinsel saldırıya maruz kalmış kişinin, ruh sağlığının etkilenmemesinin mümkün olmaması, mağdurun içinde bulunduğu psikolojik durum ile maruz kaldığı cinsel suç arasında nedensellik bağlantısının her zaman kurulamaması ve mağdurların muayene sürecinde çokça yıpranmaları nedeniyle bu nitelikli halin kaldırılması yerinde olmuştur.); YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.136 (Bu hükmün madde metninden çıkartılması, cinsel saldırının, mağdurun ruh sağlığını etkilemesi söz konusu değilmiş gibi bu saldırıdan mağdurun subjektif olarak nasıl etkilendiğine yönelik rapor alınmasının önüne geçilmesi ve ruh sağlığının bozulduğuna yönelik rapor alınması sonucunda mağdurun ikinci kez mağduriyet yaşamamasının önlenmesi bakımından isabetlidir.); ERCAN, s.90 (Suç mağdurlarının ruh sağlığında bozulma olması kaçınılmaz bir sonuç olup bu durumun ayrıca araştırılması, mağdurların birden çok kez hastaneye gitmeleri ve gözleme tabi tutulmaları, maruz kaldıkları eylemi tekrar yaşayarak mağduriyetlerine sebebiyet vermesi nedeniyle yapılan değişiklik yerinde olmuştur.)

⁹¹⁰ PAKIR, s.239, 240

⁹¹¹ TANER, s.230; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.431; ÖZEN, s.451

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

1. Genel Olarak

TCK'nın 35. maddesinde suça teşebbüs hükümleri düzenlenmiştir. Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir.⁹¹² Fail hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yapılan eylemin suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarını gerçekleştirmeye elverişli olması, aracın fail tarafından neticeyi gerçekleştirmeye elverişli şekilde kullanılması ve failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin meydana gelmemesi gerekmektedir.⁹¹³ Cinsel istismar suçunda hareketten ayrı neticenin gerçekleşmesi aranmamış olsa da elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde suça teşebbüsten söz edilecektir.⁹¹⁴

2. Suçun Sarkıntılık Düzeyinde Kalan Haline Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu tartışmalı durumdadır. Bu noktada suçun bu haline teşebbüsün mümkün olduğu⁹¹⁵ savunulduğu gibi teşebbüsün mümkün olmadığı⁹¹⁶ da savunulmaktadır. Yargıtay

⁹¹² Madde Gereğesinden

⁹¹³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.114-115; YARGITAY CGK. E.2015/515 K.2015/418 T.24.11.2015

⁹¹⁴ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.317; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3721

⁹¹⁵ TEMEL, s.301; PAKIR, s.185

⁹¹⁶ ŞEN, Ersan, Yorumluyorum-11, s.113; CENTEL, ZAFER, s.252; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.344 (Eylemin sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığı eylemin tamamlanmış şekline göre belirlenebilecek bir husus olduğundan suçun bu hali bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacaktır.)

suçun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüsün mümkün olabileceğini kabul etmektedir.⁹¹⁷

Failin mağdurun vücuduna yönelik temas eylemini engel bir nedenden kaynaklı olarak gerçekleştirememesi ve failin kastının suçun basit haini işleme yönelik olduğunun ispatlanamadığı hallerde failin suçun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir.⁹¹⁸ Zira failin amacı mağdurun vücuduna ani dokunmak suretiyle cinsel davranışta bulunmak olabilecektir. Bu nedenle failin amacının cinsel istismar suçunun basit halini işleme yönelik olduğu net olarak ispatlanmadıkça şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince failin eyleminin, suçun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin failin yolda yürüyen mağdurun poposuna hiçbir şey söylemeden eliyle tam dokunacakken üçüncü bir şahısça durumun fark edilerek temas gerçekleşmeden engellenmesi durumunda suçun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüs durumu meydana gelecektir. Aynı örnekte failin mağdurun poposuna dokunduktan sonra hemen önüne geçerek mağdura göğüslerine elleyeceğini ve sarılacağını söylemiş ancak eylemini devam ettirirken üçüncü bir şahıs tarafından engellenmişse suçun basit haline teşebbüs durumu meydana gelecektir.⁹¹⁹

3. Suçun Basit Haline Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun basit şekli sırf hareket suçu (neticesi hareketle birleşik suç) olarak düzenlenmiştir. Yani çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın yapılmasıyla suç tamamlanmakta, ayrıca bir neticenin gerçekleşmiş olması aranmamaktadır. Kural olarak sırf hareket suçlarında teşebbüs mümkün olmasa da cinsel istismar suçunun basit şekli açısından icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.⁹²⁰ Öğretide bir görüşe göre, suçun basit hali bakımından mağdur vücuduna cinsel amaçlı bedensel temasın gerçekleşmesiyle suç tamamlandığından

⁹¹⁷ YARGITAY 14 CD. E.2016/2584 K.2016/4499 T.03.05.2016; YARGITAY 14. CD. E.2015/8942 K.2019/8556 T.27.03.2019

⁹¹⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.466

⁹¹⁹ TEMEL, s.302-303

⁹²⁰ NUHOĞLU, s.295; ERDOĞAN, Yavuz, s.43; BAYTEMİR, s.415; SÖZÜER, s.275; YENİDÜNYA, s.3293, 3306; CENTEL, s.282, 283; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.317

teşebbüsün mümkün olmadığı da savunulmaktadır.⁹²¹ Öğretide farklı bir görüşe göre ise cinsel içerikli fiilin sarkıntılık düzeyini aşması halinde suçun basit hali meydana geldiğinden suçun basit halinin teşebbüs aşamasında kalması halinde sarkıntılık suçu meydana gelecektir. Bu nedenle suçun basit haline teşebbüs mümkün değildir.⁹²²

Failin basit cinsel istismar kastıyla başladığı icra eylemlerini (faili kastı süreklilik arz edecek cinsel davranışa yönelikken) elinde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamaması halinde cinsel istismar suçunun basit şekline teşebbüs söz konusu olacaktır. Teşebbüs nedeniyle ceza da yapılacak indirim o ana kadar yapılan hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği tehlike göz önünde bulundurularak yapılacaktır.⁹²³ Örneğin failin çocuğu öpmek ve okşamak amacıyla hürriyetini yoksun kılması sırasında yakalanması durumunda failin cinsel istismar hareketlerin teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilecektir.⁹²⁴

Failin suçun basit şekline teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için cinsel istismar niteliğindeki davranışı doğrudan doğruya icra etmeye başlaması yani suç tipine belirli yakınlık ve bağlantı içindeki fiilleri yapması gerekmektedir. Failin salt bu suçu işleme düşünce ve amacı suçun teşebbüs aşamasına ulaşması için yeterli değildir.⁹²⁵

4. Suçun Nitelikli Haline Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun nitelikli hali, çocuğun vücuduna organ veya sair bir cismin kısmen de olsa girmesiyle tamamlanmaktadır. Ancak elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketinin engel bir nedenle tamamlanamamış olması mümkündür.⁹²⁶ Bu itibarla failin

⁹²¹ TUĞRUL, s.309; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.160; HAFIZOĞULLARI, s.78

⁹²² ŞEN, (Yorumluyorum-11), s.113

⁹²³ BAYTEMİR, s.415; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.466; AKKAYA, s.256; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.143 (Yazara göre, Lanzarote Sözleşmesinin 24. maddesi gözetilerek cinsel istismar suçuna teşebbüs indirimi yapılmamalı ve fail suçun cezası ile cezalandırılmalıdır.); TEMEL, s.314, 334; (Yazara göre, Lanzarote Sözleşmesinde yer alan yükümlülük gereğince cinsel istismar suçunda TCK'nın 310. maddesinde (cumhurbaşkanına suikast) olduğu gibi teşebbüsün veya TCK 227/1. maddesindeki (fuhuş) suçlarında olduğu gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı gibi bir kalkışma suçu ihdas edilmesi suçla mücadele açısından yerinde olacaktır. Ancak suç ve ceza arasında orantılılık sağlanma açısından suçun nitelikli hali hariç tutulması gerekmektedir.)

⁹²⁴ MEMİŞ KARTAL, s.221

⁹²⁵ AYDIN, s.88-89

⁹²⁶ PARLAR, BANKO, s.109

kastı mağdur vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelikken eylemini elinde olmayan nedenlerle gerçekleştirememesi halinde suçun nitelikli haline teşebbüs meydana gelecektir.⁹²⁷ Failin cezasında teşebbüs nedeniyle yapılacak olan indirim o ana kadar yapılan hareketlerin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önüne alınarak belirlenecektir.⁹²⁸ Fail hakkında tayin edilecek ceza miktarı hakkaniyet gereği suçun basit hali için kanunda öngörülmüş olan asgari ceza miktarından daha az olamayacaktır.⁹²⁹ Yargıtay uygulaması bu şekildedir.⁹³⁰

Nitelikli cinsel istismar eyleminin ayrı bir suç mu oluşturduğu yoksa suçun nitelikli halini mi meydana getirdiği tartışması teşebbüs hususunda da tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu eylemin suçun nitelikli halini oluşturduğunun kabulünde teşebbüsten bahsedilemeyecek ve fail suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır. Eylemin bağımsız bir suç olduğunun kabulünde ise nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs durumu meydana gelecektir.⁹³¹

Bazı yazarlar nitelikli cinsel istismar eyleminin ayrı bir suç olduğunu ve eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde failin nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten cezalandırılması⁹³² gerektiğini savunurken; bazı yazarlarda nitelikli cinsel istismar eyleminin cinsel istismar suçunun nitelikli halini meydana getirdiğini ve eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde failin suçun basit halinden cezalandırılması gerektiğini⁹³³

⁹²⁷ TAŞTAN, s.306; YOKUŞ SEVÜK, s.117; TEMEL, s.304; ARTUÇ, s.584; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.465; İŞTEN, s.153

⁹²⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.465; TEKİN, s.3814

⁹²⁹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.104; ARSLANTÜRK, s.322; TEMEL, s.309-310

⁹³⁰ YARGITAY 14. CD. E.2011/4082 K.2012/7924 T.10.07.2012; YARGITAY 14. CD. E.2014/10527 K.2017/4790 T.16.10.2017; YARGITAY 14. CD. E.2016/12037 K.2019/114 T.09.01.2019; YARGITAY 14. CD. E.2016/1063 K.2016/3680 T.13.04.2016

⁹³¹ CENTEL, s.282

⁹³² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.418; CENTEL, ZAFER, s.252

⁹³³ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3721-3722; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.317; ALŞAHİN, s.877-878; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.344; KORKUSUZ, s.839; ERDOĞAN, Yavuz, s.54; HAFIZOĞULLARI, s.79 (Vücuda organ veya cisim sokma şeklinde ki cinsel istismar suçu cinsel davranışlarda bulunma suçuna göre geçitli bir suçtur. Cinsel davranışlarda bulunmadan bir kimsenin vücuduna organ veya sair cisim sokulması mümkün değildir. Burada birinin tamamlanması diğerinin teşebbüs halini oluşturması nedeniyle failin kastı değerlendirilerek iki suç birbirinden ayrılacaktır.); BAYTEMİR, s.237; (Yazara göre, bu düşünceyi kabul etmek TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs ve TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin inkarı anlamına gelmektedir. Zira bu durum gönüllü vazgeçme ile engel nedenler yüzünden kastettiği eylemi gerçekleştiremeyen iki faile aynı cezanın verilmesi sonucunu doğuracaktır ki bu da kanun koyucunun amacı değildir.)

savunmaktadır. Ancak bizimde savunduğumuz görüşe göre TCK'nın 103/2. düzenlemesi nitelikli haldir ve bu nitelikli hale teşebbüs mümkündür.⁹³⁴ TCK'nın 103/2. Fıkrasındaki düzenleme TCK'nın 103/1. fıkrasındaki temel düzenlemeye göre özel norm niteliğindedir. Bu noktada somut olayda nitelikli hal (özel norm) düzenlemesinin teşebbüs bağlamında tatbik edilmesi mümkünse artık suçun basit haline (genel norm) ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Bu nedenle failin kastı mağdur vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelikken eylemini elinde olmayan nedenlerle gerçekleştirememesi halinde cinsel istismar suçunun nitelikli şekline teşebbüs durumu meydana gelecektir. Nitekim Yargıtay da suçun nitelikli şekline teşebbüsün varlığını kabul etmektedir.⁹³⁵ Öte yandan nitelikli cinsel istismar eyleminin failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemesi durumunda failin suçun basit halinden cezalandırılması gerektiği görüşü gönüllü vazgeçme kurumuyla da çatışmaktadır. Çünkü bu görüşe göre failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastını elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde fail suçun basit halinden cezalandırılacaktır. Failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastını gönüllü olarak tamamlamazsa ve o ana kadar olan eylemler suçun basit hali boyutuna ulaşmışsa fail suçun basit halinden cezalandırılacaktır. Görüleceği üzere her iki durumda da failin sorumluluğu aynı kalacak olacağı görülecektir. Bizim savunduğumuz görüşe göre ise failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastını elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde fail suçun nitelikli haline teşebbüsten; failin eylemini gönüllü olarak tamamlamaması ve eyleminin suçun basit şekli boyutuna ulaşmış olması durumunda o ana kadar tamamlanan kısım açısından suçun basit halinden cezalandırılacaktır. Dolayısıyla savunduğumuz bu görüş gönüllü vazgeçme kurumuyla da çatışmamaktadır.

Failin kastı mağdur vücuduna organ veya sair cisim sokmaya değil de cinsel duygularını tatmin etmeye yönelik olması halinde basit cinsel istismar suçu, failin kastı mağdur vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yönelikken eylemini elinde olmayan nedenlerle eylemini gerçekleştirememesi halinde nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs durumu meydana gelecektir.⁹³⁶ Failin amacının cinsel istismar suçunun basit veya nitelikli

⁹³⁴ KÜSKÜ, s.120-121; ÖZEN, s.480-481; YOKUŞ SEVÜK, s.117

⁹³⁵ ÖZEN, s.480-481

⁹³⁶ ARSLANTÜRK, s.234-235; TAŞTAN, s. 252-253; TUĞRUL, s.276; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.114-115; YARGITAY CGK, E.2014/14-8 K.2014/186 T.15.04.2014

haline yönelik olup olmadığı her somut olaya göre olayın oluş biçimi, failin hazırlık hareketleri, failin davranışları, olay yeri, olay anında söylenen sözler gibi hususlar gözetilerek değerlendirilmelidir.⁹³⁷ Failin suçun nitelikli haline teşebbüsten cezalandırılabilmesi için failin vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastının şüpheye mahal vermeyecek şekilde kanıtlanması gerekmektedir.⁹³⁸ Böyle bir değerlendirmede bir sonuca ulaşamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince fail suçun basit halinden sorumlu olacaktır.⁹³⁹

Failin cinsel istismar suçunun nitelikli şekline teşebbüsten sorumlu tutulması için ise işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamaması gerekmektedir. Sanığın eylemini tamamlamaması mağdurun aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel olmaksızın kendi isteği ile yarım bırakması halinde TCK'nın 36. maddesi (gönüllü vazgeçme) gereğince fail sadece tamamlanmış olan kısımdan sorumlu olacaktır.⁹⁴⁰

Failin erken boşalması nedeniyle eylemini gerçekleştirememesi durumunda suçun nitelikli haline teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁹⁴¹ Burada failin kastının suçun nitelikli halini icra etmeye yönelik olması gerekmektedir. Failin kastı suçun nitelikli halini icra etmeye yönelik değilse basit cinsel istismar suçunun tamamlanmış halinden sorumlu tutulması gerekecektir.⁹⁴² Örneğin, failin mağdurun anüsüne cinsel organını sokmaya çalıştığı sırada boşalması ve penetrasyonun kısmen de olsa gerçekleşmemiş olması durumunda suçun nitelikli haline teşebbüs meydana gelecektir.⁹⁴³ Yargıtay, failin, zorla anal yoldan ilişkiye girmek istediği mağdurun kendisini sıkması nedeniyle boşalması sonucu eylemini tamamlayamadığı olayda failin çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılma gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁴⁴

⁹³⁷ GERÇEKER, s.1054; AKKAYA, s.259; ARTUÇ, s.584; HOROZGİL, s.133; KURT, s.186

⁹³⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.465

⁹³⁹ ÇITAKLAYIM, s.219

⁹⁴⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.114

⁹⁴¹ KURT, s.186

⁹⁴² KÜSKÜ, s.122

⁹⁴³ TANER, s.173

⁹⁴⁴ YARGITAY 14. CD. E.2013/7100 K.2015/2273 T.26.02.2015

Yargıtay, iktidarsızlık nedeniyle işlemeyi kastettiği organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu işleyebilmesi için gerekli olan elverişli hareketin bulunmadığı ve bu nedenle sanığın tamamlanan eyleminin basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.⁹⁴⁵ Doktrinde ise failin iktidarsızlığının işlenemez suç kapsamında değil de teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁴⁶ Kanımızca failin iktidarsızlığının mutlak mı yoksa nispi mi olduğu ayrımı yapılarak sonuca varılması gerekmektedir. Failde ki iktidarsızlık mutlaka failin o ana kadar yapılan eylemleri değerlendirilerek failin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Zira fail mağdurun vücuduna cinsel organ ithal etmeye çalışmakta ancak mutlak iktidarsızlık sebebiyle eylemini gerçekleştirememektedir. Öte yandan failde ki iktidarsızlık korku, heyecan, alkol gibi sebeplerle nispi imkânsızlık şeklinde ise bu durumda fail teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.⁹⁴⁷ Nitekim Yargıtay'da bir kararında failin nitelikli cinsel istismar eylemini gerçekleştirememesinin nedeni mutlak elverişsizlik olarak değerlendirilen iktidarsızlıktan mı yoksa olay anında ki korku, heyecan, alkol gibi nispi elverişsizlikten mi kaynaklandığının tespit edilerek sonucuna göre değerlendirilme yapılmasına karar vermiştir.⁹⁴⁸ Failin iktidarsız olduğu noktasında bir savunması bulunuyorsa bu hususun mahkemece araştırılması gerekmektedir.⁹⁴⁹

5. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşan Haline Teşebbüs

Failin suç teşkil eden bir fiili işlerken kastettiği neticenin dışında daha ağır ve başka bir neticenin meydana gelmesi halinde netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olacaktır.⁹⁵⁰ Neticesi sebebiyle ağırlaşan hallere ilişkin düzenlemeler ancak ağır bir neticenin meydana gelmesiyle uygulanabileceğinden cinsel istismar suçunun neticesi

⁹⁴⁵ YARGITAY 14. CD. E.2012/13669 K.2014/9914 T.15.09.2014; PAKIR, s.240(Yazara göre, iktidarsız olma, nitelikli hal açısından elverişsiz hareket kabul edilemez. Çünkü fail bu eylemi penis dışındaki bir organ veya sair bir cisimle de gerçekleştirebilir.)

⁹⁴⁶ ÖZEN, s.433, 483; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK s.442; TEKİN, s.3814; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.261; YOKUŞ SEVÜK, s.131-132; MERAN, s.521; KANBUR, s.4182

⁹⁴⁷ TEMEL, s.309

⁹⁴⁸ YARGITAY 5. CD. E.2010/4449 K.2010/6553 T.20.09.2010

⁹⁴⁹ YARGITAY 14. CD. E.2014/4942 K.2014/11730 T.28.10.2014

⁹⁵⁰ ÖZGENÇ, s.295

sebebiyle ağırlamış halinde teşebbüs mümkün değildir.⁹⁵¹ Yargıtay'da suçun netice sebebiyle ağırlanmış halinde teşebbüsün mümkün olmadığına karar vermektedir.⁹⁵²

Sanığın eylemi teşebbüs aşamasında kalsa dahi bu eylem nedeniyle suçun netice sebebiyle ağırlanmış hali meydana geldiğinde sanık neticeden tam olarak sorumlu olacaktır. Suçun netice sebebiyle ağırlanmış haline teşebbüs mümkün olmadığından teşebbüs indirimi, önceki kısım üzerinden yapılmaktadır. Örneğin, 103/2-3a madde ile belirlenen ceza üzerinden teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının ardından 103/6. maddesinin tatbikiyle sonuç ceza belirlenecektir.⁹⁵³

B. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme hükümleri TCK'nın 36. maddesinde; "*Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suçu oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir.⁹⁵⁴ Fail, cinsel istismar fiilinin icra hareketini kendi isteğiyle sonlandırması veya suçun tamamlanmasını kendi çabalarıyla önlemesi halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır ve cezalandırılmaz. Ancak failin eylemi vazgeçme anına kadar yapmış olduğu hareket ayrı bir suç oluşturuyorsa fail o suçtan sorumlu olacaktır.⁹⁵⁵

Fail cinsel istismar suçunun basit halini işlemeye yönelik icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmiş olması halinde failin o ana kadar yapmış olduğu hareketler sarkıntılık düzeyinde kalmışsa suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halini oluşturacaktır.⁹⁵⁶

⁹⁵¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.101,221; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.345

⁹⁵² YARGITAY 14. CD. E.2016/8370 K.2020/1700 T.03.03.2020; YARGITAY 14. CD. E.2018/6990 K.2019/2560 T.11.02.2019

⁹⁵³ YELDAN, Didem, **99 Soruda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2021, s.115

⁹⁵⁴ BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.516; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.221; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.366

⁹⁵⁵ BOZTANCI BOZBAYINDIR 516; YOKUŞ SEVÜK, s.131; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.261; TAŞKIN, s.91; ŞİMŞEK, s.349; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.221; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.373; BAYTEMİR, s.416,441; ÖZBEK, KANBUR, s.633; SÖZÜER, s.275

⁹⁵⁶ TEMEL, s.317

Failin vazgeçme anına kadar yapmış olduğu davranışlar suçun basit halini meydana getirmişse artık suç tamamlanmış olduğundan gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecek ve fail suçun basit halinden cezalandırılacaktır.⁹⁵⁷ Failin vazgeçme anına kadar mağdur vücuduna cinsel amaçlı bir temasının bulunmaması durumunda ise şartların oluşması halinde cinsel taciz suçu meydana gelecektir.⁹⁵⁸ Örneğin sanığın mağdura bıçak çekerek ‘pantolonunu indir, cinsel organını öpeceğim’ demesi, mağdurun pantolonunu indirdikten sonra sanığın vazgeçip oradan gitmesi halinde cinsel taciz suçu oluşacaktır.⁹⁵⁹

Suçun nitelikli halini işleme kastıyla doğrudan doğruya icraya başlayan failin suça yönelik hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi halinde vazgeçme anına kadar gerçekleşen eylemi suçun basit hali boyutuna ulaşırsa fail suçun basit halinden⁹⁶⁰, sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinden cezalandırılacaktır. Failin vazgeçme anına kadarki davranışlarının sarkıntılık düzeyinde mi kaldığı yoksa suçun basit hali kapsamında mı kaldığı noktasında ispat sorunu yaşanması halinde failin şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sarkıntılık halinden cezalandırılması gerekmektedir.⁹⁶¹

Fail, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokma eylemini gerçekleştirdikten sonra eyleminden gönüllü olarak vazgeçmesi halinde fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacak ve suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.⁹⁶²

İştirak halinde işlenen cinsel istismar suçunda gönüllü vazgeçen şerik hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri TCK'nın 41. maddesinde (bağlılık kuralı) aranan şartların gerçekleşmesi halinde uygulanacaktır.⁹⁶³

Suçun iştirak halinde işlenmesi halinde sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir. Bunun için gönüllü vazgeçen ortağın suçun

⁹⁵⁷ TANER, s.240

⁹⁵⁸ TEMEL, s.317

⁹⁵⁹ AKKAYA, s.257-258; TUĞRUL, s.310

⁹⁶⁰ İŞTEN, s.153; ARTUÇ, s.584; ÖZBEK, KANBUR, s.633; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.373; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3722; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.367; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.317

⁹⁶¹ TEMEL, s.317-318

⁹⁶² MEMİŞ KARTAL, s.225

⁹⁶³ MEMİŞ KARTAL, s.227

işlenmemesi için bütün gayreti göstermesi gerekmektedir. Buna rağmen neticenin meydana gelmesi halinde fail bu hükümlerden yararlanabilecektir. Ancak failin eyleminin vazgeçme anına kadar başka bir suç oluşturması halinde bu suçtan sorumluluğu devam edecektir.⁹⁶⁴ Örneğin bir çocuğun iki kişi tarafından vücuduna organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmak için evinin önünden alınıp arabaya konularak ıssız bir yere götürmesi ve cinsel istismar eylemi başladığında çocuğun ağlaması ve yalvarması nedeniyle faillerden birinin eyleminden vazgeçerek olay yerinden uzaklaşması halinde fail sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için vazgeçmenin yanı sıra diğer faili de suçu işlemekten vazgeçirmesi veya diğer faili etkisiz hale getirerek çocuğu kurtarması ya da diğer faili suçu işlemekten vazgeçirmeye çalışırken başkaları tarafından yakalanması nedeniyle suçun işlenememiş olması gerekmektedir. Ancak suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadarki eylemleri başka bir suç teşkil ediyorsa suç ortağı o suçtan sorumludur. Bu durumlarda vazgeçen fail o zamana kadar tamamlanmış olan çocuğu cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel istismar suçunun temel şeklinden sorumlu olacaktır.⁹⁶⁵

C. İştirak

İştirak, suçun işlenebilmesi için gerekli olan kişi sayısından daha fazla kişinin o suçu işlemesi halinde, cezai sorumluluğunun esasını düzenleyen ceza hukuku kurumudur. Genel olarak, suçlar bir kişi tarafından işlenebilir. Bu suçların işlenmesine, ikinci bir kişinin katkı sağlaması, ikinci kişi açısından iştiraki meydana getirmektedir.⁹⁶⁶ TCK'da iştirak, faillik ve şeriklik olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Faillik türlerini, faillik/müşterek faillik ve dolaylı faillik oluşturmaktayken; şeriklik türlerini, azmettirme ve yardım etme oluşturmaktadır.⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ YOKUŞ SEVÜK, s.133; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.255-256; CENTEL, ZAFER, s.254

⁹⁶⁵ AYDIN, s.90

⁹⁶⁶ ÖZEN, Mustafa, ‘‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakış Açısı’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:70 Yıl:2007, s.239

⁹⁶⁷ BİRTEK, s.398

1. Müşterek Faillik

Müşterek faillik TCK'nın 37/1. fıkrasında '*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*' şeklinde düzenlenmiştir. Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi faildir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım eden kişiyi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir.⁹⁶⁸

TCK'nın 103/3-a bendinde cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olduğundan her bir müşterek fail hakkında buna ilişkin hüküm uygulanacaktır. Suçu birlikte işleme dışında kalan azmettirme veya yardım etme halinde ise iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.⁹⁶⁹ Diğer bir deyişle, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak halinde bu ağırlaştırıcı nedene başvurulamayacaktır.⁹⁷⁰ Ancak birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen cinsel istismar suçunda bu nitelikli hal bu durumu bilen azmettiren veya yardım eden kişi hakkında da uygulanacaktır.⁹⁷¹

TCK'nın 103/3-a bendinde düzenlenen nitelikli hal açısından failer arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve fiilin birlikte icra edilmiş olması halinde müşterek faillik gerçekleşmiş olmaktadır.⁹⁷² Müşterek faillik için suç ortağı diğer failin eyleminin de cinsel nitelikte davranış olması şart değildir.⁹⁷³ Birden fazla kişinin bir kısmı cebir, şiddet ile mağdurun direncini kırmış, diğerleri de cinsel istismar eylemini meydana getirmişse

⁹⁶⁸ Madde Gereğesinden

⁹⁶⁹ CENTEL, s.283

⁹⁷⁰ HOROZGİL, s.140

⁹⁷¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.428

⁹⁷² KÜSKÜ, s.128

⁹⁷³ PAKIR, s.194

sanıkların hepsi TCK'nın 37/1. fıkrası gereğince asli fail olarak kabul edilip TCK'nın 103/3-a bendi gereğince cezalarında artırım yapılacaktır.⁹⁷⁴

Birbirinden habersiz şekilde suç işleyen birden fazla kişi hakkında müşterek faillik hükümleri tatbik edilemeyecektir. Örneğin mağdura birbirinden habersiz ve bağımsız olarak önce bir failin daha sonra başka bir failin suç teşkil eden fiili icra etmesi halinde, failer birlikte suç işleme kastı ile hareket etmediğinden bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.⁹⁷⁵ Yine suça katılanların aynı suçu işleme iradesi içerisinde olmaları gerekeceğinden şeriklerden biri, anlaşılardan başka bir suç işlerse, diğer şerikler o suçtan sorumlu olmayacaklardır.⁹⁷⁶

2. Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik TCK'nın 37/2. Fıkrasında düzenlenmiştir. Kişi suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır.⁹⁷⁷ Dolaylı faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi, aslında cezai anlamda kusurlu değildir. Dolaylı fail, görünürde suçu işleyen kişinin iradesini etkileyerek veya ortadan kaldırarak onu bir araç gibi kullanmaktadır.⁹⁷⁸

Cinsel istismar suçunda dolaylı faillik söz konusu olabilir. Kişi cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla cinsel istismar suçunu kusur yeteneği olmayan bir kişiyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olabilir.⁹⁷⁹ Failin, iktidarsızlık gibi sebeplerden kaynaklı olarak mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokma eyleminde bir başkasını araç olarak kullanması halinde dolaylı faillik hükümleri uygulanacaktır.⁹⁸⁰

⁹⁷⁴ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.157; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.447

⁹⁷⁵ KÜSKÜ, s.129

⁹⁷⁶ ÖZEN, (İştirak), s.242

⁹⁷⁷ Madde Gereğesinden

⁹⁷⁸ ÖZEN, (İştirak), s.245

⁹⁷⁹ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.255; CENTEL, ZAFER, s.254

⁹⁸⁰ YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.262

3. Yardım Etme ve Azmettirme

Yardım etme hükümleri TCK'nın 39. maddesinde düzenlenmiş ve maddenin ikinci fıkrasında⁹⁸¹ hangi hallerde kişinin işlenen suçtan yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağı belirtilmiştir. Yardım eden, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların işlenmesinde ortak hâkimiyet kurmayan ve fakat suçun işlenmesine illi katkı sağlayan kişidir.⁹⁸² Suç teşkil eden fiilin hazırlık hareketlerinin başladığı andan itibaren suçun tamamlanması anına kadar yardım eden sıfatıyla suça iştirak etmek mümkündür.⁹⁸³

Azmettirme hükümleri TCK'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde azmettirme *“belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan suç işleme niyeti bulunmayan bir kişiyi yönlendirerek suç işleme kararı aldırarak azmettirme kapsamında; suç işleme kararı mevcut olan kişinin bu kararını kuvvetlendirmek veya suç için teşvik etmek yardım etme kapsamında değerlendirilecektir.⁹⁸⁴ Örneğin; bir babanın oğullarına, kin duyduğu ailenin kızını kaçırmaları ve cinsel saldırı gerçekleştirmeleri yönünde emir vermesi ve faillerin bu emir doğrultusunda eylemleri gerçekleştirmeleri olayında baba eylemlerden azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.⁹⁸⁵

Fail, azmettirildiği suçtan tamamen farklı bir suç işlemişse veya azmettirildiği suçun nicelik sınırını aşmışsa azmettiren kastı dışındaki kısımlardan sorumlu olmayacaktır. Ancak azmettirilenin işlemiş olduğu suç azmettirildiği suçtan daha hafif cezayı gerektiren suç işlemesi halinde azmettiren işlenen suçtan sorumlu olacaktır.⁹⁸⁶ Azmettiren, cinsel istismar

⁹⁸¹ “Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
- b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
- c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”

⁹⁸² ÖZEN, (İştirak), s.248

⁹⁸³ KÜSKÜ, s.135

⁹⁸⁴ ŞEN, Ersan, AKSÜT, Ertekin, “Azmettirenin Kastı ve Azmettirilen Fiilin Nitelik Değişirmesi”, Yorumluyorum-19, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018, s.92

⁹⁸⁵ PAKIR, s.196

⁹⁸⁶ ŞEN, AKSÜT, s.92-93

eylemine maruz kalacak mağdurun eylem neticesinde bitkisel hayata gireceğini veya failin mağduru öldüreceğini öngörmesine rağmen bu durumun gerçekleşmesini istememişse ağır neticeden sorumlu olacaktır. Buna karşılık azmettirenin ağır netice bakımından taksiri dahi yoksa meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacaktır. Kural olarak azmettiren failin alacağı ceza miktarı failin alacağı ceza miktarıyla aynıdır. Ancak cinsel istismar suçuna azmettiren sıfatıyla katılan ebeveynlerin cezası TCK'nın 38/2. fıkrası gereğince artırılabacaktır.⁹⁸⁷

Suçta azmettirmek ve yardım etmek suretiyle iştirak eden kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı için aranan şartların gerçekleşmesi ve eylemin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir.⁹⁸⁸ TCK'nın 40/2. fıkrasında özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği ve bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Öncelikle cinsel istismar suçu failinin kadın veya erkek herkes olabileceğinden özgü suçlardan değildir. Bu bakımdan bu suçta azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak eden şerikin, bağıllık kuralı gereğince failin şahsından kaynaklanan ve fiili ağırlaştırıcı nedenlerden sorumlu tutulabilmesi için ağırlaştırıcı nedenlerin şerik tarafından bilinmesi gerekmektedir.⁹⁸⁹ Failin veya azmettirenin TCK'nın 103/3-c,d,e bentlerinde ifade edilen kişilerden olması halinde suçun nitelikli halinden sorumluluk genel hükümler doğrultusunda belirlenecektir. Örneğin amcanın öz yeğenini istismar ettirmek amacıyla başka birini azmettirmesi halinde bağıllık kuralı gereğince şerikin sorumluluğu esas fiile bağlı olduğundan TCK'nın 103/3-e maddesindeki nitelikli hal hem azmettiren hem de azmettirilen bakımından uygulanmayacaktır. Tam tersi durumda yani failin TCK'nın 103/3-c,d,e bentlerinde ifade edilen kişilerden birini suçta azmettirmesi halinde hem azmettiren hem de azmettirilen nitelikli halden sorumlu olacaktır. (Aynı durumlar yardım eden içinde geçerlidir) Azmettiren asıl faili suçun basit halini işlemesi için azmettirmişse ve fail suçun nitelikli halini işlemişse azmettiren genel hükümlere göre sadece

⁹⁸⁷ KÜSKÜ, s.133, 134

⁹⁸⁸ KÜSKÜ, s.132

⁹⁸⁹ AKÇİN, s.132-133; MEMİŞ KARTAL, s.228 (Failin sıfatından kaynaklanan ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebeplerin, şeriklere sirayet edebilmesi için şeriklerin bu sebepleri bilmeleri adalete ve hakkaniyete daha uygun sonuç verecektir. Bu yorum sirayete ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmayışından kaynaklanmaktadır.)

kastının kapsamına göre sorumlu tutulacağından azmettiren suçun basit haline azmettirmekten sorumlu olacaktır. Tam tersi durumda ise yani azmettiren asıl faili suçun nitelikli halini işlemesi için azmettirmişse ve azmettiren suçun basit halini işlemişse azmettirenin sorumluluğu esas fiile göre belirleneceğinden hem azmettiren hem de azmettirilen suçun basit halinden sorumlu olacaktır.⁹⁹⁰

Çocuk üzerinde bakım, gözetim ve koruma yükümlülüğü bulunan TCK'nın 103/3-c,d,e bentlerinde sayılan kişilerden birisinin ihmali davranışlarla cinsel istismar suçuna sebebiyet vermeleri halinde kanunda bu duruma ilişkin suç ve ceza tanımı bulunmadığından cezalandırılmalarının mümkün olmadığı, bu boşluğu gidermeye yönelik yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu ifade edilmiştir.⁹⁹¹ Kanımızca da suça yardım eden kişinin suçu önleme yükümlülüğü varsa ve bunu kasten yerine getirmiyorsa ihmali hareketle cinsel saldırı suçuna katılabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, aynı ev içerisinde diğer kardeşe karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırı eylemini defalarca görmesine rağmen önlemek için herhangi bir harekette bulunmayan annenin ihmali hareketle suça iştirak ettiği kabul edilmelidir.⁹⁹²

Yasal evlenme yaşının altındaki batıl evliliklerde gerek mağdur çocuğun anne ve babasının gerekse failin anne ve babasının cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle somut olayın özelliğine göre aslen veya yardım eden olarak katılmaları mümkündür.⁹⁹³ Örneğin, on dört yaşında bir kızın, evlenmek amacıyla anne ve babanın azmettirmesi neticesinde kaçırılması ve cinsel istismar eyleminin gerçekleştirilmesi durumunda faille birlikte anne ve babanın da cezalandırılması konusu tartışmasıdır.⁹⁹⁴

Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında, evlenme yaşının altındaki kızın yasa dışı evlenmesini sağlayan taraf ailelerinin cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle sorumlulukları aslen iştirak kapsamında görülmekteyken;⁹⁹⁵ sonraki tarihli kararlarında

⁹⁹⁰ TEMEL, s.329

⁹⁹¹ ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum-13**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2016, s.147; TEMEL, s.332-333

⁹⁹² ÜNVER, s.30

⁹⁹³ GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, s.140, GÜNDÜZ, s.82

⁹⁹⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.319

⁹⁹⁵ YARGITAY 14. CD. E.2011/46 K.2011/41 T.13.07.2011

yardım eden kapsamında değerlendirmiştir.⁹⁹⁶ Ancak Yargıtay'ın sanık veya mağdurun annesinin aile içerisindeki konumları ve kırsal bölgedeki örf ve adet kuralları göz önüne alarak beraat kararı verdiği de görülmektedir.⁹⁹⁷

Yargıtay küçük mağdur ve sanığın anne ve babalarının izni olmaksızın rızalarıyla cinsel ilişki yaşamaları ve sonrasında anne ve babalarının eğitim durumları ve toplumdaki konumları, yaşanan bölgenin kültür yapısı, örf ve âdeti, yöredeki bakış açısı nedeniyle suç işleme kastıyla hareket etmedikleri görüşünü benimsemiştir.⁹⁹⁸ Bir görüşe göre Yargıtay'ın görüşünün mutlak olarak benimsenmesi ve her olayda kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan her somut olay ayrı şekilde değerlendirilmeli ve her ebeveyn açısından suç işleme kastının var olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁹⁹ Başka bir görüşte, Yargıtay görüşünden farklı olarak, birbiriyle evlenmek isteyen çocukların ilişkilerine sessiz kalan ebeveynlerin durumlarının kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtmektedir.¹⁰⁰⁰ Ancak belirtmek gerekir ki sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluk gibi sebepler hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu ortadan kaldıran neden gibi kabul edilerek çocuk yaşta evliliğin meşruluğunu düzenleyen bir sebep olarak görülmesi kabul edilmez. Ayrıca bu nedenler kastın yokluğunu gösteren hususlar değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşü hükmün konuluş amacına, tarafı olduğumuz Uluslararası sözleşmelere ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰⁰¹

Evden kendi isteğiyle kaçan kızının imam nikâhıyla yaşamasına rıza göstermesi durumunda ise ebeveynin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekmektedir. Zira artık babanın rızası olsa da olmasa da birlikte yaşama başlamış ve devam etmektedir. Babanın evden rızasıyla kaçan kızının imam nikâhıyla dahi yaşamasına rıza göstermiyorsa artık

⁹⁹⁶ YARGITAY 14. CD. E.2016/7401 K.2017/1238 T.09.03.2017; YARGITAY 14. CD. E.2015/4290 K.2015/10517 T.12.11.2015

⁹⁹⁷ YARGITAY 14. CD. E.2011/5866 K.2012/11958 T.26.11.2012; YARGITAY 14. CD. E.2015/7321 K.2019/11302 T.03.10.2019

⁹⁹⁸ YARGITAY 14. CD. E.2014/6994 K.2017/1884 T.06.04.2017; YARGITAY 14. CD. E.2015/4234 K.2019/7639 T.26.02.2019; YARGITAY 14. CD. E.2015/7813 K.2019/4183 T.13.02.2019; YARGITAY 14. CD. E.2018/4175 K.2018/5311 T.19.09.2018; YARGITAY 14. CD. E.2014/12024 K.2018/645 T.25.01.2018

⁹⁹⁹ GÜNDÜZ, s.83

¹⁰⁰⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.373

¹⁰⁰¹ YOKUŞ SEVÜK, s.155

herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.¹⁰⁰² Bu noktada Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2014/12024 E. 2018/645 K. 25.01.2018 T. Kararında yapılan karşı oy gerekçesinin¹⁰⁰³ incelenmesi yerinde olacaktır. Kanımızca bu konuda her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalı ve her anne ve babanın durumu detaylı şekilde incelenmelidir. Özellikle yasal evlenme yaşının altındaki mağdurun zorla ve özellikle başlık parası gibi karşılıklarla gayri resmi şekilde sözde evlilik hayatı yaşamaya maruz bırakılması halinde suça iştirakin kapsamının asli iştirak olarak belirlenmesi gerekmektedir. Mağdur ve sanığın anne ve babalarının izni olmaksızın rızalarıyla cinsel ilişki yaşamaları ve sonrasında anne ve babalarının gayri resmi evliliğe onay vermeleri durumunda ise iştirakin kapsamının yardım eden olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

D. İçtima

5237 sayılı TCK'da hâkim olan ilke gerçek içtimadır. Bu nedenle "*kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza*" söz konusu olacaktır. Gerçek içtima kuralının

¹⁰⁰² ERDOĞAN, Yavuz, s.55

¹⁰⁰³ KARŞI OY: “ Bozma kararındaki yasal olmayan diğer bir husus sanık ...'nın kastı kaldırılırken gösterilen gerekçelerdir. Gerekçe de sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı evliliğe onay vermesi nedeniyle suç kastının olmadığı açıklanmıştır. 5237 sayılı TCK'nun 22. maddesine göre kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." Bu tanıma göre, bozma kararında gösterilen kavramların kastla ilgileri bulunmamaktadır. Sanık ... kızı mağdurenin yaşının küçük olduğunu, sanık ...ile evlendirmesi durumunda nitelikli cinsel istismara maruz kalacağını bilmektedir. Buna rağmen evlenmelerini sağlayarak ve cinsel eyleme suç öncesi yardımda bulunarak, suçun tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. Öte yandan bu kavramlar soyut içerikli olup hukuki bir durumu açıklamamaktadır. Bunlardan ilki olan “sosyal yaşam koşulları” kavramının suçun unsurlarıyla ilgisi bulunmadığı gibi suça etkisi olan herhangi bir olguyu da yansıtmıyor. Sanığın sosyal yaşam koşulları nelerdir, ne gibi özelliği var ve suça neden etkili, bir babanın çocuğunun başkasının cinsel istismarına maruz kalmasına olanak ve imkan sağlamasını hukuka uygun hale getiren kabul edilebilir yaşam koşulları olabilir mi? Bu hususlar kararda anlaşılmıyor ve açıklanmıyor. Kavramlardan ötekisi “ toplumsal bakış açısı ”. Az önceki açıklamalar ve hatalı durum bunun içinde geçerlidir. Ayrıca toplumsal bakış açısı, toplumdan topluma ve aynı toplumda zamanla değişebileceği gibi, çağ dışı olabilir veya yasalara aykırılıklar öngörebilir. Suçun oluşumuna etki etmesi kabul edilemez. Gerekçede kullanılan diğer kavram ise “ içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluk” tur. TCK.nun 103. maddesi ile “on beş yaşını tamamlamamış (olayımızın mağduresi bu konumdadır) veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ” cinsel istismar sayılarak yaptırma bağlanmıştır. Toplumda 13 yaşındaki çocukların evlendirilmesini gerektiren ve dolayısıyla nitelikli cinsel istismara maruz kalmaya zorlayan bir gelenek bulunmadığı gibi, bulunsa dahi bu gerekçeyle kastın ortadan kaldırılması yanlış geleneklerin yasalara üstün tutulması anlamına gelir. Çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışı yasaklayan ve yaptırma bağlayan Anayasa ve yasa hükümleri ile taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar yok sayılarak geleneklere göre hüküm verilmesi sonucunu doğurur. Bu yorum kanuna ve “ hakimlerin, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini” öngören Anayasanın 138/1. maddesine de açıkça aykırıdır. Bu bozma nedenlerinin hukuki hiçbir yönü bulunmamaktadır.”

istisnalarına TCK'nın "suçların içtimaı" bölümünde, 42. (bileşik suç), 43. (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir. Bu istisnalar dışında, failin işlemiş olduğu her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilecektir.¹⁰⁰⁴

1. Cinsel İstismar Suçu Açısından Gerçek İçtima

Cinsel istismar suçu ile gerçekleştirilen çeşitli suç tipleri özel olarak içtima hali düzenlenmemişse gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.¹⁰⁰⁵ TCK'nın 103/5. fıkrası gereğince cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Yani gerçek içtima hükümleri uygulanarak, fail hem cinsel istismar suçundan hem de kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halinden cezalandırılacaktır.¹⁰⁰⁶

İşkence suçunun cinsel istismar şeklinde işlenmesi halinde fail, gerçek içtima kuralları uyarınca hem işkence suçundan hem de çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu olacaktır.¹⁰⁰⁷ Cinsel istismar suçuyla birlikte yağma, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma ya da konut dokunulmazlığının ihlali gibi suçların işlenmesi halinde fail gerçek içtima kuralı gereğince ayrıca bu suçlardan cezalandırılacaktır.¹⁰⁰⁸

Cinsel istismar suçunun özünde aynı zamanda hürriyetten yoksun kılma suçu da bulunmaktadır. Bu nedenle cinsel istismar suçunun işlenmesi için zorunlu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza verilmeyecektir. Çünkü bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel istismar suçu içerisinde erimiştir. Ancak cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için zorunlu olmayan hürriyetten yoksun kılma durumunda

¹⁰⁰⁴ YARGITAY CGK. E.2013/384 K.2014/2 T.14.01.2014

¹⁰⁰⁵ MEMİŞ KARTAL, s.229

¹⁰⁰⁶ CENTEL, ZAFER, s.254; TANERİ, KAMIŞLI, s.347; ERCAN, s.95; SÖZÜER, s.276; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.324; TUĞRUL, s.291-292; AKKAYA, s.231; HOROZGİL, s.134; ÜZÜLMEZ, s.37; PARLAR, BANKO, s.110

¹⁰⁰⁷ SÖZÜER, s.276; ERDOĞAN, Yavuz, s.58; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.298; ÖZEN, s.523; TANERİ, KAMIŞLI, s.327; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.118; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.534; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.446; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.464; BAYTEMİR, s.545; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s. 3798; YOKUŞ SEVÜK, s.137

¹⁰⁰⁸ PARLAR, HATİPOĞLU, s.1659; PARLAR, BANKO, s.110

hem cinsel istismar hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacaktır.¹⁰⁰⁹

2. Cinsel İstismar Suçu Açısından Bileşik Suç

Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. (m.42) Bileşik suçta iki farklı suç birleşerek yeni bir suç meydana getirmekte ya da bir suç diğer bir suçun ağırlaştırıcı halini oluşturmaktadır. Failin cezai sorumluluğu, araç suçlardan değil sadece birleşen suçtan olacaktır.¹⁰¹⁰

Cinsel istismar suçunda cebir ve tehdit, TCK'nın 103/1-b bendinde suçun unsuru, aynı maddenin 4. fıkrasında ise ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Böylece her iki halde de bileşik suç oluşturulmuştur. Burada fail hakkında içtima hükümleri uygulanamayacağı için cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilemeyecektir.¹⁰¹¹

Çocukların cinsel istismarı suçunun, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturmaktadır (TCK m. 77/1). Burada çocukların cinsel istismarı suçunun unsur olduğu bir bileşik suç söz konusudur ve faile araç suç konumunda ki cinsel istismar eyleminden ayrıca ceza verilemeyecektir.¹⁰¹²

3. Cinsel İstismar Suçu Açısından Zincirleme Suç

Zincirleme suç hükümleri TCK'nın 43. maddesinde “ *Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında kasten öldürme, kasten

¹⁰⁰⁹ ÖZEN, s.486-487

¹⁰¹⁰ BİRTEK, s.433

¹⁰¹¹ SÖZÜER, s.276; PARLAR, BANKO, s.110

¹⁰¹² TAŞTAN, s.330; BOZTANCI BOZBAYINDIR, s.534; HOROZGİL, s.139; YOKUŞ SEVÜK, (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz), s.264

yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

29.06.2005 tarihli 5377 sayılı kanun değişikliği öncesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması TCK'nın 43/3. maddesi ile yasaklanmıştı. 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile bu yasak kaldırılarak cinsel istismar ve cinsel saldırı suçu açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale getirilmiştir.¹⁰¹³ Bu durumun nedeni değişiklik gerekçesinde “Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza artırılmaktadır. Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hâkim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olmuştur. Bu endişeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı" ibaresi metinden çıkarılmıştır” şeklinde belirtilmiştir.¹⁰¹⁴ Maddenin değişikliğe ilişkin gerekçelerine katılmak mümkün değildir. Öncelikle ispat meselesi Ceza Muhakemesi Hukuku alanını ilgilendirmektedir. Nelerin suç olacağını ve bunların yaptırımını düzenleyen ceza hukukunda suç teşkil eden ispat zorluğu ileri sürülerek düzenleme yapılamaz. Bu nedenle cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının ispatının zorluğu gerekçe gösterilerek mağdur çocuğu daha az koruyan zincirleme suç kapsamında görülmesi yerinde olmayacaktır. Gerçek içtima uygulanması halinde ölçsüz ceza miktarlarının ortaya çıkmasının ciddi endişelere neden olması da kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Nitekim zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında da ciddi ceza miktarları ortaya çıksa da gerçek içtima yapılmaktadır. Ayrıca bu suçların doğrudan doğruya insan yaşamı ve vücut bütünlüğünü hedef alan suçlar olduğu

¹⁰¹³ ÖZBEK, KANBUR, s.633; BOSTANCI BOZBAYINDIR, s.533; HOROZGİL, s.135; YELDAN, 99 Soruda Cinsel Suçlar, s.131; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.374; YOKUŞ SEVÜK, s.134, (Dipnot); KURT, s.224

¹⁰¹⁴ 5377 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Gerekçesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>, Erişim Tarihi: 17.03.2021

YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.131 (Değişiklikle birlikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasından cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının çıkartılmasının iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi, failin suçu aynı mağdura karşı farklı zamanlarda birden fazla kez işlemiş olduğu durumlarda sanığın eylem sayısının (gerçekleşen suç sayısının) tespitinde ki zorluk, ikincisi de her eylemin ayrı ayrı suç kabul edilmesi halinde her suç için verilecek cezanın toplam ceza miktarındaki fazlalıktır.)

görülmektedir. Bu nedenle suçun mağdurunun doğrudan doğruya insan olduğu suçlar yapısı itibariyle zincirleme suça müsait değildir.¹⁰¹⁵ İfade etmek gerekir ki cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlardan (kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma) önemsiz değildir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların bilhassa kendisini korumaktan aciz olan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasından çıkartılması yerinde olmamıştır.¹⁰¹⁶ Bu nedenlerle kanunun değişiklik öncesi haline dönülerek cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı suçları zincirleme suç kapsamından çıkartılmalıdır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için birden fazla eylemin her birinin cezalandırılabilmesi gerekmektedir. Cezalandırılma olanağı bulunmayan eylemler nedeniyle zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁰¹⁷ Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılmaktadır. Suçlardan bir kısmının suçun basit hali bir kısmının da suçun daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olması durumunda ceza nitelikli hal üzerinden belirlenecektir. Suçlardan bir kısmının suçun basit hali bir kısmının da suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olması durumunda ceza suçun basit hali üzerinden belirlenecektir. Suçlardan birisi tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmışsa tamamlanmış suçtan hüküm kurulacaktır. Tamamlanmış eylem suçun basit halini, teşebbüs aşamasında kalan eylem suçun nitelikli halini oluşturuyorsa her bir suç bakımından o suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanun maddesindeki cezalar dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılarak hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyorsa o suç üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Zincirleme suç hükümlerinin tatbiki ile verilecek ceza miktarı teselsülü oluşturan her bir suç için müstakil olarak belirlenen cezaların en ağırından az ve cezaların toplamından fazla olamayacaktır.¹⁰¹⁸

Cinsel istismar eyleminin aynı sanık tarafından bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı değişik zamanlarda birden fazla kez uygulanması halinde

¹⁰¹⁵ ÖZEN, Mustafa, ‘‘5237 sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:65, Yıl:2006, s.212, 213; İŞTEN, s.154

¹⁰¹⁶ MEMİŞ KARTAL, s.232

¹⁰¹⁷ TAŞTAN, s.337; AKKAYA, s.270

¹⁰¹⁸ YARGITAY 14. CD. E.2016/10550 K.2017/1484 T.21.03.2017

tek bir suç oluşacak ve failin cezası TCK 43. maddesi gereğince artırılabilecektir.¹⁰¹⁹ Fail eylemlerini aynı mağdura karşı değişik zamanlarda birden fazla kez gerçekleştirmiş olmasına rağmen eylemler arasında bir suç işleme kastı bulunmamışsa, irade ve kast her eylemde yenilenmiş ise eylemler ayrı ayrı suç oluşturur ve zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹⁰²⁰ Farklı bir deyişle aynı kişiye karşı cinsel istismar suçunun farklı suç işleme kararıyla gerçekleştirilmesi durumunda eylem sayısınınca cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Yargıtay, suç teşkil eden fiillerin zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli zaman aralığı hususunda bir kıstas belirlememiştir.¹⁰²¹ Bu sürenin makul bir süre olması ve failin makul sürede gerçekleştirmiş olduğu cinsel istismar suçunu aynı suç işleme kastıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği tespit edilmelidir.¹⁰²²

Failin mağdura karşı aynı zaman dilimi içerisinde ardı ardına birden fazla eylemlerde bulunması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak ve tek suç oluşacaktır. Ancak bu durum TCK'nın 61. maddesi gereğince temel cezanın alt sınırdan uzaklaşma nedeni kabul edilebilecektir.¹⁰²³ Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹⁰²⁴ Örneğin, failin aynı zaman dilimi içerisinde ani hareketle vücudun birden fazla bölgesine dokunması durumunda tek bir sarkıntılık oluşacaktır. Söz konusu davranışlar araya zaman girmeksizin yoğunluk ve süreklilik kazanmışsa artık sarkıntılık değil suçun basit hali oluşacaktır.¹⁰²⁵ Ancak araya zaman girmesi halinde, farklı zamanlarda gerçekleştirilen cinsel davranışların bütün halde süreklilik arz ettiğinden bahisle fail hakkında tek bir suçun oluşacağı söylenemeyecektir. Bu durumda birden fazla suç oluşmakla birlikte mevcut duruma göre zincirleme suç hükümleri veya gerçek içtima uygulanacaktır.¹⁰²⁶

¹⁰¹⁹ ÖZBEK, KANBUR, s.633; YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.130; SÖZÜER, s.276; İŞTEN, s.154; MEMİŞ KARTAL, s.232; PARLAR, HATİPOĞLU, s.1659; PARLAR, BANKO, s.110; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.368; ÜZÜLMEZ, s.39

¹⁰²⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.130; ARSLANTÜRK, 341

¹⁰²¹ KURT, s.225

¹⁰²² KÜSKÜ, s.136

¹⁰²³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.130

¹⁰²⁴ YARGITAY 14. CD. E.2012/6633 K.2012/6871 T.18.06.2012; YARGITAY 14. CD. E.2011/10334 K.2013/3878 T.03.04.2013

¹⁰²⁵ ALŞAHİN, s.879

¹⁰²⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.469

TCK'nın 43.maddesi gereğince bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılacağından, bir suç işleme kararı kapsamında cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan hali, basit hali ve nitelikli halinin aynı kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Failin aynı mağdura karşı farklı zamanlarda cinsel istismar suçunun basit hali ile sarkıntılık düzeyinde kalmış halini işlemesi durumunda hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve ceza artırımını suçun basit hali üzerinden yapılacaktır.¹⁰²⁷

Fail, mağdura karşı değişik zamanlarda hem cinsel istismar suçunun basit halini, hem de nitelikli halini işlemesi durumunda hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve ceza artırımını suçun nitelikli hali üzerinden yapılacaktır.¹⁰²⁸ Ancak TCK'nın 103/1. Fıkrasında düzenlenen suç ile aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçun ayrı suçlar olduğu düşüncesiyle bu suçlar arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını savunan yazarlarda bulunmaktadır.¹⁰²⁹

Failin aynı mağdura karşı değişik zamanlarda hem cinsel taciz suçunu hem de cinsel istismar suçunu işlemesi halinde her iki suçunda farklı suçlar olması nedeniyle zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak ve fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹⁰³⁰ Zira TCK'nın 43. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için sanığın tüm eylemlerinin aynı suça yönelik olması gerekmektedir. Ancak failin cinsel taciz eylemi, cinsel istismar eyleminin devamı niteliğindeyse ayrıca cinsel taciz suçu oluşmaz ve fail sadece cinsel istismar suçundan cezalandırılır.¹⁰³¹ Failin cinsel taciz ve cinsel istismar suçlarından ayrı ayrı cezalandırılabilmesi için cinsel taciz eylemin cinsel istismar eyleminin devamı niteliğinde değil de araya belli bir zaman dilimi girdikten sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir.¹⁰³²

¹⁰²⁷ TAŞTAN, s.342

¹⁰²⁸ HOROZGİL, s.136; YELDAN, s.231; GERÇEKER, s.1054; ARTUÇ, s.609; TUĞRUL, s.321; ÜZÜLMEZ, s.39; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.368; YOKUŞ SEVÜK, s.164; TUĞRUL, s.321

¹⁰²⁹ HOROZGİL, 136; TECZAN, ERDEM, ÖNOK, s.444

¹⁰³⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.154; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3723; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler) s.319; AKKAYA, s.269; ARTUÇ, s.608; YOKUŞ SEVÜK, s.135; ERDOĞAN, Yavuz, s.57

¹⁰³¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.154; AKKAYA, s.269

¹⁰³² YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.154

Yargıtay, cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçları konusunun aynı olması nedeniyle her iki suç arasında zincirleme suç hükümlerinin yapılabileceğine karar vermektedir.¹⁰³³ Kanımızca zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için sanığın tüm eylemlerinin aynı suça yönelik olması gerektiğinden ve bu suçlar ayrı suçlar olarak düzenlenmiş olduğundan her iki suç arasında zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

Yargıtay'ın cinsel istismar suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçu arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına yönelik çelişkili kararları bulunmaktadır. Bu doğrultuda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik kararı bulunduğu gibi¹⁰³⁴ zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayarak ayrı ayrı verilmesi gerektiğine¹⁰³⁵ yönelik kararı da bulunmaktadır. Öğretide de bu hususta birlik bulunmamaktadır. Nitekim burada zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı savunulduğu¹⁰³⁶ gibi işlenen fiillerin doğal mahiyetinde bir değişiklik olmadığı gerekçesiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır.¹⁰³⁷ Kanımızca cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları farklı suçlar olduğundan bu suçlar arasında zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁰³⁸

Fail hakkında cinsel istismar suçundan dolayı iddianame düzenlenerek kamu davası açıldıktan sonra sanık aynı mağdura karşı cinsel istismar eylemlerine devam etmişse iddianame ile kamu davası açılmasıyla birlikte hukuki kesinti meydana geldiğinden iddianame düzenlenmesinden sonraki cinsel istismar eylemleri ayrı birer suç oluşturmaktadır.¹⁰³⁹ Yine iddianamede anlatımın bulunmaması nedeniyle dava konusu yapılmayan, mağdurun ilk kez mahkeme huzurunda anlatmış olduğu eylemlere ilişkin ayrıca dava açılıp birleştirme kararı verilmeksizin ek savunmayla sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmesi davasız yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil edecektir.¹⁰⁴⁰

¹⁰³³ YARGITAY 14. CD. E.2016/10406 K.2017/408 T.02.02.2017

¹⁰³⁴ YARGITAY 14. CD. E.2017/8400 K.2018/1816 T.13.03.2018

¹⁰³⁵ YARGITAY 14. CD. E.2016/1782 K.2020/557 T.21.01.2020

¹⁰³⁶ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.145

¹⁰³⁷ ÖZGENÇ, İzzet, ‘‘Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar’’, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı:1, Yıl: 2020, s.270

¹⁰³⁸ ARSLANTÜRK, s.347

¹⁰³⁹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.130

¹⁰⁴⁰ AKKAYA, s.270

Sanığın bu eylemlerinden ötürü ek iddianame düzenlenmesi ve dosyanın önceki dosya ile birleştirilmesine karar verilerek sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır.¹⁰⁴¹

Cinsel istismar suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa bile, değişik çocuklara karşı birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu durumda her bir çocuğa karşı işlenmiş olan cinsel istismar suçundan ayrı ayrı sorumluluk doğacaktır.¹⁰⁴² Örneğin failin, sınıfındaki 3 farklı kişiye karşı bu suçu işlemesi halinde üç ayrı cinsel istismarı suçu meydana gelecektir.¹⁰⁴³

Öğretide tartışma konusu yapılan bir diğer husus da failin, penisini önce mağdurun vücuduna vajinal yoldan sonra anal veya oral yoldan ithal etmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir.¹⁰⁴⁴ Kanaatimizce bu gibi durumlarda failin suç teşkil eden fiili, zamansal ve mekânsal olarak tek bir fiil şeklinde meydana gelmektedir. Dolayısıyla birden fazla fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir. Yargıtay içtihatlarında da aynı zaman dilimi içerisinde icra edilen fiiller bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁴⁵ Yargıtay önceki tarihli kararlarında failin aynı mağdura karşı aynı zamanda hem vajinal hem oral yoldan gerçekleştirilen cinsel istismar suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına¹⁰⁴⁶ karar vermişken sonraki kararlarında aynı şekilde aralıksız yapılan eylemlerin tek bir eylem olarak değerlendirilmesi gerektiğine ve dolayısıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına¹⁰⁴⁷ karar

¹⁰⁴¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.148

¹⁰⁴² YOKUŞ SEVÜK, s.164; MALKOÇ, s.1718; ÇALIŞKAN, s.112

¹⁰⁴³ KÜSKÜ, s.136-137

¹⁰⁴⁴ ÖZEN, s.485-486, (Yazara göre, araya zaman girmeksizin ilk önce vajinal daha sonra anal yoldan yapılan cinsel birleşmelerde tek bir suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Yeter ki hareketler arasında zaman yer ve amaç birliği bulunsun. Suç teklifi ve çokluğu arasında cinsel yönden tatmin ölçü alınmalıdır. Bu nedenle eğer vajinaya cinsel organ sokulduktan sonra boşalma olmuş ve arkasından anüse cinsel organ sokulmuşsa iki ayrı suçun varlığı kabul edilmelidir.); YOKUŞ SEVÜK, s.135-136 (Yazara göre, bir kişiye önce anal sonra oral yoldan cinsel saldırıda bulunulması halinde araya kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmemişse eylem tekdir ve zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.)

¹⁰⁴⁵ KÜSKÜ, s.37

¹⁰⁴⁶ YARGITAY 5. CD. E.2005/19512 K.2006/1058 T.3.02.2006

¹⁰⁴⁷ YARGITAY 5. CD. E.2008/11972 K.2008/10675 T.02.12.2008

vermiştir.¹⁰⁴⁸ Yargıtay'ın önceki kararlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin kararına katılmak mümkün değildir. Burada amaçta ve zamanda birlik kriteri gereğince tek bir suçu meydana getiren hareketler bulunmaktadır. Faildeki kastın yenilendiğine ilişkin bir veri olmadığı sürece, birden fazla suç oluştuğunun kabulü mümkün olmayacaktır.¹⁰⁴⁹ Bu nedenle birden fazla suçun varlığından değil; ancak bir suç işleme kastına yönelik, birbirini yakın aralıklarla izleyen, harekete bir bütün olma özelliği (hedefin tekliği, amaçta birlik) veren birden fazla davranıştan söz edilebilir ve TCK'nın 43. maddesinin uygulanmaması gerekmektedir.¹⁰⁵⁰

Yargıtay bir kararında sanığın önce cinsel organını mağdurun bacaklarının arasına sürtmek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, sonrada cinsel organını mağdurun ağzına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁵¹ Failin kastı en başından beri suçun nitelikli halini işlemekken eylemine suçun basit halini oluşturan davranışlarla başlayıp hemen ardından organ sokma eylemini gerçekleştirmesi halinde birden fazla suçun oluştuğunu söylemek doğru değildir.¹⁰⁵² Burada suçun işlendiği zaman diliminde geçen sürenin makul bir süre olması ve failin makul sürede gerçekleştirdiği istismar suçunu aynı suç işleme kastıyla gerçekleştirmiş olup olmadığına tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim failin kastını yenilemesi halinde zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir.¹⁰⁵³ Failin kastı en başında suçun basit halini işlemeye yönelikken eylem esnasında kastını suçun nitelikli şeklini işlemeye yöneltmesi durumunda ise artık yenilenen kasttan bahsedilebilecek ve fail artık suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Bu durumda birden fazla suçun oluştuğundan bahsedilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacaktır. Aynı olayda fail ilk önce suçun basit halini işlemiş ve belirli bir süre sonra yani hukuki kesinti olduktan sonra yeni bir kastla suçun nitelikli halini işlemiş olması durumunda ise artık iki ayrı suçtan bahsedilecek ve fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

¹⁰⁴⁸ AKKAYA, s.271

¹⁰⁴⁹ TANER, s.249

¹⁰⁵⁰ HOROZGİL, s.135

¹⁰⁵¹ YARGITAY 5. CD. 653/1714 T.10.03.2008

¹⁰⁵² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.444

¹⁰⁵³ KÜSKÜ, s.136

Failin on beş yaşını doldurmuş mağdurla rıza doğrultusunda başladığı cinsel ilişkiye mağdurun ilişkinin devamı sırasında vazgeçmesine rağmen rıza dışı yani zorla devam etmesi durumunda suç artık cinsel istismar suçunun nitelikli halini meydana getirecektir. Failin başlangıçtaki kastı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlemeye yönelikken eklenen kast ile eylemi cinsel istismar suçunun nitelikli halini meydana getirmiştir. Burada tek bir fiille birden fazla suç meydana gelmiş olduğundan TCK'nın 44. maddesi gereğince en ağır suç olan cinsel istismar suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Failin ilk duhulden sonra kastını değiştirecek ikinci bir duhule başlaması durumunda ortada ayrı ayrı iki farklı suç oluşacağından gerçek içtima uygulanacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁵⁴ Kanımızca burada suçun duhulle sona ereceği kabul edilerek ilk duhulün ardından ara vermeksizin eyleme devam edilmesi ve ikinci duhulün gerçekleşmesi halinde iki ayrı suçun oluştuğunu ifade etmek doğru olmayacaktır. Burada temel alınacak husus eylemler arasında kesintinin meydana gelmesi olmalıdır. Bu da duhulle değil failin mağdura yönelik istismar eylemlerinin tümüyle kesintiye uğramasıyla mümkün olacaktır. Bu nedenle burada failin eyleminin hukuki anlamda tek suç oluşturduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay, mağdurla aynı gece birden fazla ilişkiye giren sanığın eylemlerini ardı ardına gerçekleştirmesi nedeniyle suçun değişik zamanlarda işlenme şartının oluşmadığına karar vermişken;¹⁰⁵⁵ sanığın mağdura yönelik ilk livata eyleminden sonra –aradan bir, iki saatlik süre geçmiş- aynı suç işleme kararının icrası kapsamında ikinci kez nitelikli cinsel istismarda bulunarak eylemini gerçekleştirmesi nedeniyle iki ayrı eylemin oluştuğunu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁵⁶

Yargıtay uygulamasında, sanıkların aynı yer ve zamanda aynı mağdura karşı ^{birbiri} ardına çocuğun cinsel istismarı suçunu işlemeleri halinde her bir fail hem kendi eyleminden hem de diğerlerinin eyleminden sorumlu olacaklardır. Bu nedenle sanıklar hakkında TCK'nın 103/3-a bendi uygulanacak ve sanıkların cezalarında zincirleme suç hükümleri (TCK m.43) uygulanarak artırım yapılacaktır.¹⁰⁵⁷ Bu durumda her bir sanık hakkında verilen ceza hem TCK'nın 103/3-a bendi gereğince hem de TCK'nın 43. maddesi gereğince

¹⁰⁵⁴ BEYAZIT, Özgür, ‘‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, Nisan 2010, s.304

¹⁰⁵⁵ YARGITAY 14. CD. E.2013/10773 K.2015/6530 T.18.05.2015

¹⁰⁵⁶ YARGITAY 14. CD. E.2012/14544 K.2013/1504 T.19.02.2013

¹⁰⁵⁷ YARGITAY 5. CD. E.2010/4329 K.2011/1551 T.02.03.2011

artırılmaktadır. Ancak bu durum TCK'nın 37. maddesi kapsamında suça iştirak halinde özgü bir durumdur. TCK'nın 38. ve 39. maddeleri gereğince suça iştirak hallerinde TCK'nın 103/3-a ve 43. maddeleri uygulanamayacaktır.¹⁰⁵⁸ Ancak öğretide, Yargıtay uygulamasından farklı olarak burada tek fiil olduğu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁵⁹

Yargıtay, zincirleme suçun 765 sayılı TCK döneminde başlayıp 5237 TCK döneminde sona erdiği hallerde, lehe kanun karşılaştırması yapmaksızın, doğrudan teselsülün son bulunduğu tarihte yürürlükteki kanun olan 5237 sayılı TCK'yı uygulamaktadır.¹⁰⁶⁰

Cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halinin teselsül etmesi halinde öncelikle temel cezadan TCK'nın 43. maddesi gereğince artırım yapılarak ceza miktarı belirlenecek, belirlenen ceza artırımını TCK'nın 103/6. maddesi uygulanarak bulunan cezaya eklenecektir.¹⁰⁶¹

4. Cinsel İstismar Suçu Açısından Aynı Neviden Fikri İçtima

Aynı neviden fikri içtima aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunu ifade etmektedir. Bu durumda bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabacaktır.(TCK m.43/2)

¹⁰⁵⁸ YELDAN, 99 Soruda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, s.149

¹⁰⁵⁹ KURT, s.225; KÜSKÜ, s.138 (Yazar, Yargıtay uygulamasının, zincirleme suç hükümleri için öngörülen şartları taşımadığını, kanun koyucu tarafından zincirleme suç hükümleri veya istismar suçunun nitelikli halleri arasında, failerin birbirini takip eden fiilleri bakımından cezayı artıran bir düzenleme yapılmasının gerektiğini ifade etmektedir.); KAFES, s.70-71,75 (Yazar, TCK'nın 103/3-a bendinde suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinin, nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasına rağmen aynı durumun TCK'nın 37. ve 43/1. maddelerinin uygulanmasıyla ikinci kez artırılması nedeniyle Yargıtay uygulamasına katılmamaktadır. Suçu fikir ve eylem birliği içerisinde ardı ardına gerçekleştiren birlikte failerin hareketlerinin hukuki anlamda çokluğundan bahsedilemez. Dolayısıyla zincirleme suç koşullarından olan "aynı suçun değişik zamanlarda birden çok işlenmesi" koşulu gerçekleşmemektedir. Bu nedenle her bir sanık tek bir cinsel saldırı suçundan cezalandırılmalı ve bu durum ceza adaleti bakımından TCK'nın 61. maddesi kapsamında cezanın bireyselleşmesinde dikkate alınmalıdır.); KOCA, ÜZÜLMEZ, s.368 (Yazara göre, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, hukuki anlamda tek bir fiil olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmaması gerektiğini savunmakta ve Yargıtay uygulamasına katılmamaktadır.)

¹⁰⁶⁰ TANER, s.245

¹⁰⁶¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.150; PAKIR, s.240; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.3650-3651; YARGITAY CGK. E.2007/5-142 K.2007/240 T.20.11.2007

Aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için birden fazla mağdur ve tek bir fiilin varlığı gerekmektedir.¹⁰⁶² Cinsel istismara yönelik fiillerin farklı çocuklara ve tek bir fiille işlenmesi halinde aynı neviden fikri içtima uygulanabileceği¹⁰⁶³ savunulduğu gibi tek hareketle birden fazla kişiye karşı cinsel istismar suçu işlenemeyeceğinden aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı¹⁰⁶⁴ da savunulmaktadır. Kanımızca bu durum teorik olarak mümkün gözükse de uygulama açısından pek mümkün gözükmemektedir.

5. Cinsel İstismar Suçu Açısından Farklı Neviden Fikri İçtima

TCK'nın 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima ‘*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*’ şeklinde düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtima halinde çocukların cinsel istismarı suçunda fiil tek olmalı ve bu fiille birden fazla suç meydana gelmelidir.¹⁰⁶⁵

Cinsel istismar suçunun aile bireyleri arasında işlenmesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir. Bu durumda aile fertlerine kötü muamele suçu (TK 232) ile cinsel istismar suçlarından (TCK m.103/3) daha ağır cezayı gerektiren cinsel istismar suçundan sorumluluk doğacaktır.¹⁰⁶⁶ Aynı şekilde eziyet suçunun cinsel istismar şeklinde gerçekleştirilmesi halinde fikri içtima hükümleri gereğince fail artık eziyet suçundan değil cezası daha ağır olan cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.¹⁰⁶⁷

Cinsel istismar suçunun işlendiği süreyle sınırlı olarak mağdur hürriyetinden yoksun bırakılmışsa fikri içtima hükümleri uygulanarak fail daha ağır cezayı gerektiren cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır. Buna karşın mağdurun hürriyetten yoksun kılınması cinsel istismar suçunun işlenmesi için gerekli süreyle sınırlı olmaksın bundan önceki veya sonraki bir zamanda devam etmişse gerçek içtima uygulanacaktır.¹⁰⁶⁸ Başka bir ifadeyle,

¹⁰⁶² TURHAN, s.182

¹⁰⁶³ ÖZBEK, KANBUR, s.633; ERDOĞAN, Yavuz, s.57; MEMİŞ KARTAL, s.232

¹⁰⁶⁴ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.130, 408; TANER, s.243

¹⁰⁶⁵ KURT, s.225

¹⁰⁶⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.375; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s.118; ÖZBEK, KANBUR, s.634; TAŞKIN, s.92

¹⁰⁶⁷ TAŞTAN, s.330; TUĞRUL, s.318; KURT, s.235

¹⁰⁶⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.443; ALŞAHİN, s.879

mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığı süre ile cinsel istismar eyleminin uygulandığı sürenin eşit olması durumunda kişi hakkında ayrıca cinsel istismar suçu oluşmayacak, bu süreden daha fazla mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması halinde kişi her iki suçtan da sorumlu olacaktır.

II. KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

A. Kovuşturma ve Soruşturma Usulü

Cinsel istismar suçu şikâyete bağlı olmadığından resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Ancak suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Burada şikâyet hakkının birden çok kimseye tanınmış olması nedeniyle şikâyet hususunda mağdur ile mağdurun velisi veya vasisi arasında çelişki bulunması durumunda ne olacağı hususunda tartışma bulunmaktadır.¹⁰⁶⁹ Kanımızca, mağdurun TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında ifade edilen çocuklardan birisi olması halinde, bu çocukların kendilerine yönelen cinsel eylemlere karşı rızaları mutlak olarak geçersiz olduğundan şikâyet hakkı mağdurun velisi veya vasisine ait olacak; mağdurun TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında

¹⁰⁶⁹ ŞEN, (Yorumluyorum- 7), s.26 (Yazara göre, şikâyet hakkı öncelikle kendisini bilebilecek ve iradesini ortaya koyabilecek durumda olan mağdur çocuğa aittir. Şikâyet hakkını kullanan veli veya vasinin şikâyetten vazgeçmesi halinde bu konuda mağdur çocuğun beyanı alınmadan geçerli olmaması ve hukuki sonuç doğurmaması gerekmektedir.); TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.452 (Yazarlara göre, mağdur çocuğun fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine haiz olması kaydıyla iradesine üstünlük tanınmalıdır.); KOCA, ÜZÜLMEZ, s.370-371 (Yazarlara göre, şikâyetin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmiş mağdurla veli veya vasisinin şikâyet hakkını kim kullanmışsa şikâyetten vazgeçme hakkı da ona aittir. Bu kişiler birlikte şikâyette bulunmuşsa bunlardan birisinin şikâyetten vazgeçmesi diğerinin şikâyetini etkilemeyecektir.); ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.377 (Yazarlara göre, burada sayılan kişilerin her birinin şikâyet hakkı bulunmakla birlikte şikâyet hakkından feragat veya şikâyetten vazgeçmenin mümkün olabilmesi için şikâyet hakkı sahibi olan herkesin bu yönde irade göstermesi gerekmektedir. Bu kişilerden herhangi birisi dahi şikâyetini geri almaması halinde soruşturma veya kovuşturmaya devam edilecektir.) TANER, s.353-354 (Yazara göre, burada hem ayırt etme yeteneği gelişmiş çocuk hem de veli veya vasi şikâyet hakkına birbirinden bağımsız olarak sahiptir.); ARSLANTÜRK, s.349 (Cinsel istismar suçu mağdurunun onbeş yaşından küçük olması halinde mağdur, mümeyyiz ise şikâyetten vazgeçme hakkı kendisine ait olduğundan velisinin şikâyetten vazgeçmesinin kabul edilebilmesi için mağdurun muvafakatinin alınması gerekecektir. Mağdurun mümeyyiz olmaması halinde ise muvafakati aranmayacaktır. Mağdurun on beş yaşından büyük olması halinde ise şikâyet hakkı tamamen mağdur çocuğun kendisine ait olduğundan şikâyetten vazgeçmesi halinde mağdur velisinin herhangi bir hakkı bulunmamaktadır.); YOKUŞ SEVÜK, s.166 (Yazara göre, şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle mağdur çocuğun iradesi ile veli veya vasinin iradesinin çelişmesi halinde sezgin olan çocuğun iradesine üstünlük tanınmalıdır.)

ifade edilen çocuklardan birisi olması halinde ise şikâyet hakkı mağdurun bizzat kendisine ait olacaktır.¹⁰⁷⁰

Katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur çocuk ile CMK'nın 234/2. madde ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde vekilin iradesine üstünlük tanınacaktır. Ayırt etme gücü olmayan mağdur çocuğun kanuni temsilcisi ile zorunlu vekilin iradelerinin çelişmesi halinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerekmektedir.¹⁰⁷¹ Yargılama sırasında mağdurun onbeş yaşın tamamlanması halinde artık şikâyet ve şikâyetten vazgeçme hakkı mağdurun kendisinde olacak,¹⁰⁷² mağdurun şikâyetten vazgeçmesi halinde mağdura zorunlu vekilin hükmü istinaf/temyiz etme hakkı olmayacaktır.¹⁰⁷³

Ergin olmayan çocuklar, anne ve babasının velayetleri altındadır (TMK m.335/1). Velayet hakkı, anne ve baba tarafından birlikte kullanılacaktır (TMK m.336/1). Onbeş yaşını tamamlamayan mağdurlarla ilgili şikâyet veya şikâyetten vazgeçme için mağdurun anne ve babasının bu haklarını birlikte kullanmaları gerekmektedir. Mağdurun anne ve babasının şikâyet konusunda iradelerinin çelişmesi durumunda mağdura temsil kayyımı atanması gerekecek; şikâyet ve şikâyetten vazgeçme artık temsil kayyımı tarafından yapılabilecektir.¹⁰⁷⁴

Mağdurun kanuni temsilcisinin, mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisinin bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile mağdurun menfaatinin çatışması durumunda mağdura temsil kayyımı atanması sağlanmalı ve kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir.¹⁰⁷⁵

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 2/1-d ve 20/2. maddeleri gereğince Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 6284 sayılı kanun

¹⁰⁷⁰ GÜNDÜZ, s.85

¹⁰⁷¹ YARGITAY CGK. E.2013/287 K.2014/273 T.20.05.2014

¹⁰⁷² BAYTEMİR, s.570-571

¹⁰⁷³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.305

¹⁰⁷⁴ BAYTEMİR, s.570-571

¹⁰⁷⁵ YARGITAY CGK. E.2013/287 K.2014/273 T.20.05.2014

kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarına katılma hakkı bulunmaktadır.¹⁰⁷⁶ Onbeş yaşını tamamlamış olduğu için mümeyyiz kabul edilen mağdurun ya da on beş yaşından küçük mağdurun, veli veya vasisinin şikâyetçi olmamaları halinde zorunlu vekilin şikâyetçi olup davaya katılması mümkün olmadığı halde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın şikâyetçi olup davaya katılma hakları bulunmaktadır.¹⁰⁷⁷ Bu konuda incelenmesi gereken bir husus, kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemenin, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nı davadan haberdar etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Uygulamada bazı mahkemeler bakanlığı davadan haberdar ederken bazı mahkemeler haberdar etmiyordu. Bu konuda görüş ayrılıklarının artması üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 2019/6. E. 2019/7 K. 13.12.2019 T. sayılı kararı Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına karar verilmiştir.¹⁰⁷⁸ Ancak buna rağmen Bakanlığın 6284 sayılı yasa kapsamında yer alan fiiller nedeniyle açılan kamu davasından bir şekilde haberdar olup davaya katılma talebinde bulunması halinde katılma talebinin kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷⁹ Bakanlığın açılan kamu davasından kanun yolu aşamasında haberdar olması ve bu aşamada katılma talebinde bulunması durumunda; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun ilgili kararı ile davanın Bakanlığa ihbarın zorunlu olmadığı kabul edilmediğinden ve CMK'nın 237/2. maddesine göre kanun yolu aşamasında davaya katılma talebinde bulunulamayacağından bakanlık vekilinin davaya katılma ve hükmü istinaf/temyiz etme hakkı bulunmayacaktır.¹⁰⁸⁰

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi özel bir hüküm mahiyetinde olup Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na gerekli gördüğü takdirde 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarına katılma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin kullanılma zamanı doğal olarak Bakanlığın davadan haberdar olduğu zaman olması gerekir. İlgili içtihadı birleştirme kararıyla mahkemelerin Bakanlığa davayı ihbar etme zorunlulukları kalkmış

¹⁰⁷⁶ TAŞTAN, s.573

¹⁰⁷⁷ BAYTEMİR, s.360

¹⁰⁷⁸ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.39

¹⁰⁷⁹ TAŞTAN, s.576

¹⁰⁸⁰ YARGITAY 14. CD. E.2020/11196 K.2021/1602 T.25.02.2021; YARGITAY 14. CD. E.2019/7113 K.2020/1118 T.12.02.2020

olduğundan Bakanlık davadan ne zaman haberdar olursa o zaman davaya katılma talebinde bulunabilmelidir. Aksi yorum tamamen mağdurların aleyhine bir durum oluşturmakta ve 6284 sayılı yasanın 20/2. maddesinin uygulama imkânını kaldırmaktadır.¹⁰⁸¹ Öte yandan suç mağdurunun Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı bir yurda yerleştirilmiş olması halinde Bakanlık İl Müdürlüğüne davanın ihbarı veya yokluğunda verilen kararlar bakımından gerekçeli hükmün tebliğ edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁸²

Cinsel saldırı suçunun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan mağdura karşı işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçunda ise böyle bir nitelikli hal düzenleme yapılması bir yana suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinde failin çocuk olması durumunda -mağdur beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olsa bile- suç takibatının yapılmasının şikâyete bağlı kılınması anlaşılabilir bir durum değildir.¹⁰⁸³ Öte yandan Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Sözleşmesi'nin (Lanzarote Sözleşmesi) 25/6. fıkrasında cinsel istismar suçunun soruşturması ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olmadan yapılması öngörülmektedir. Cinsel istismar suçunun suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinde failin çocuk olması durumunda suç takibatının yapılması şikâyete bağlanması fail çocuğu koruyucu bir düzenleme olsa da her iki çocuk arasında yaş farkının fazla olduğu durumlarda suç takibatının resen yapılabilmesi düzenlenerek sözleşmeyle uyum sağlanması gerekmektedir.¹⁰⁸⁴

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyet süresi zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, şikâyete hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aydır. (TCK m.73) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacaktır. (CMK m.158/6) Soruşturma aşamasında takibi şikâyete bağlı bir suç oluşturduğu açıkça anlaşılan eylemler bakımından bir şikâyet bulunmadığı

¹⁰⁸¹ YELDAN, (99 Soruda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu), s.747-748

¹⁰⁸² YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.40; YARGITAY 14. CD. E.2016/10719 K.2020/1592 T.27.02.2020

¹⁰⁸³ GÜNDÜZ, s.85

¹⁰⁸⁴ KURT, s.239

halde bu husus dikkate alınmaksızın kamu davası açılmış ve kovuşturma evresine geçilmiş olması, şikâyetin süresinde yapılmadığı hususunu değiştirmeyecektir. Zira burada eylemin şikâyete bağlı bir suç oluşturduğunun kovuşturma aşamasında anlaşılması durumu söz konusu değildir.¹⁰⁸⁵ Çocuk fail hakkında cinsel istismar suçunun basit şekline ilişkin yapılan bir soruşturma sonunda açılan davada, fiilin suçun sarkıntılık düzeyinde halan hali kapsamında kaldığının kabul edilmesi halinde CMK'nın 158/6. maddesi uygulama alanı bulabilecektir.¹⁰⁸⁶

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin iştirak halinde işlenmesi durumunda fail çocuk, azmettiren veya yardım eden yetişkinse fiil hakkında şikâyette bulunmadıkça azmettiren veya yardım eden hakkında dava açılmayacaktır. Azmettiren veya yardım edenin çocuk, failin ise yetişkin olması durumunda suç takibi resen yapılacağından çocuk hakkında şikâyet aranmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Suç çocuk ve yetişkin tarafından müşterek fail olarak birlikte işlenmesi durumunda da suç takibatı resen yapılacaktır.¹⁰⁸⁷

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, uzlaşma kurumuna ilişkin düzenlemeler, TCK'dan CMK'ya taşınmış ve CMK'nın 253/3. maddesindeki düzenleme uyarınca cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tamamı uzlaşma kapsamı dışına çıkartılmıştır. Öte yandan yapılan değişikliğin sanık lehine olması nedeniyle bu tarihten önce işlenen suçlar bakımından, uzlaşma hükümleri uygulanmaktadır. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır.¹⁰⁸⁸ Baştan itibaren uzlaşma kapsamında düzenlenmemesi gereken cinsel istismar suçunun yapılan değişiklikle uzlaşma kapsamında sayılan suçlar arasından çıkartılması yerinde olmuştur.¹⁰⁸⁹

CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmiş olan uzlaşma hükümleri gereğince kural olarak soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda uzlaşma mümkündür. Ayrıca şikâyete bağlı olup olmamasına bakılmaksızın bir kısım suçların uzlaşma kapsamında olduğu belirtilmiştir. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin failinin çocuk olması

¹⁰⁸⁵ YARGITAY CGK. E.2013/835 K.2014/320 T.10.06.2014

¹⁰⁸⁶ TANER, s.355

¹⁰⁸⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.370

¹⁰⁸⁸ TANER, s.260-261

¹⁰⁸⁹ MEMİŞ KARTAL, s.242

durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olsa da CMK'nın 253/3. maddesinde “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez*” şeklindeki açık düzenleme nedeniyle uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.¹⁰⁹⁰ Ancak fail onbeş yaşını doldurmamışsa 19.12.2006 tarihine kadar işlenmiş olan suçun basit hali (evleviyetle suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali de bu kapsama girmektedir) 5395 sayılı ÇKK'nın 24/2. fıkrası gereğince uzlaşmaya tabi olacaktır.¹⁰⁹¹

CMK'nın 196/2. maddesinde sanığın alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebileceği düzenlenmiştir. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinde mağdurunun on iki yaşından büyük olması durumunda suçun alt sınırı üç yıl olarak öngörülmüş olduğundan cinsel istismar suçunda sadece bu durumda sanığın sorgusu istinabe yoluyla yapılabilecektir.¹⁰⁹²

17.10.2019 tarihli 7188 sayılı kanun değişikliği ile birlikte getirilmiş olan basit yargılama usulü CMK 251/1. fıkrası gereğince çocuğun cinsel istismarı suçu açısından uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁰⁹³

CMK'nın 7188 sayılı yasanın 23. maddesi ile yeniden düzenlenen 250/1. fıkrasında, seri muhakeme usulünün uygulanacağı suçlar tek tek belirtilmiş ve bu suçlar arasında cinsel suçlar sayılmadığından cinsel istismar suçunda seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır.¹⁰⁹⁴

Cinsel istismar suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde CMK'nın 100/3a-6 maddesi gereğince tutuklama nedeni sayılabilecektir.¹⁰⁹⁵

Cinsel istismar suçunda -suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali hariç olmak üzere- alt sınır 5 yıldan fazla olması nedeniyle CMK'nın 150/3. fıkrası gereğince müdafisi bulunmayan şüpheli veya sanığa istemi olmaksızın müdafî görevlendirilir. Suçun sarkıntılık

¹⁰⁹⁰ TAŞTAN, s.345

¹⁰⁹¹ KURT, s.241; YARGITAY 14 CD. E.2011/890 K.2011/590 T.10.10.2011

¹⁰⁹² TAŞTAN, s.568

¹⁰⁹³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.33-34

¹⁰⁹⁴ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.36

¹⁰⁹⁵ BAYTEMİR, s.455

düzeyinde kalan halinde müdafisi bulunmayan şüpheli veya sanığa istemi aranmaksızın vekil tayin edilebilmesi için CMK'nın 150/2. fıkrası gereğince şüpheli veya sanığın çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması gerekmektedir.

CMK'nın 234/2. maddesi gereğince cinsel istismar suçu mağduru çocuğa vekilinin bulunmaması halinde istemi olmaksızın bir vekil tayin edilmesi gerekmektedir. Mağdurun zorunlu vekili olmaksızın beyanının alınması Yargıtay tarafından bozma nedeni sayılmaktadır.¹⁰⁹⁶

CMK'nın m.236/3. maddesi gereğince mağdurun dinlenildiği esnada yanında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması gerekmektedir. Bu düzenleme ile işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan çocukların yargılama sürecinde ikinci kez örselenmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁰⁹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sayılan uzman kişilerin çocuğun dinlenmesi sırasında hazır bulunmamasını bozma nedeni saymaktadır.¹⁰⁹⁸ CMK'nın 236/2. fıkrası gereğince zorunluluk arz eden haller hariç olmak üzere mağdur çocuk, soruşturma veya kovuşturma aşamasında bir defa dinlenebileceğinden mağdurun beyanının tek başına hükme esas alınmadığı durumlarda CMK'nın 236/3. maddesi gereğince uzman bir kişinin duruşmada hazır bulundurulmamış olması bozma nedeni yapılmamaktadır.¹⁰⁹⁹

Mağdurun ifadesi alındığı sırada on sekiz yaşını tamamlamış olması halinde uzman bilirkişi görevlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.¹¹⁰⁰ Yargıtay, mağdurun onsekiz yaşından küçük olduğu dönemde ifadesi alınırken CMK'nın 236/3 maddesine aykırı şekilde uzman görevlendirilmemesi, CMK'nın 234/2. maddesi gereğince vekil bulundurulmadan

¹⁰⁹⁶ YARGITAY 14. CD. E.2013/7744 K.2015/2134 T.24.02.2015

¹⁰⁹⁷ TAŞTAN, s.546; NUHOĞLU, s.297-298 (Lanzarote Sözleşmesinin 30. maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmanın çocuğun yaşamış olduğu travmayı ağırlaştırmaması gerektiğini ifade etmesi nedeniyle mağdur çocuğun ifadesi alınırken özel metotlar kullanılarak çocuğun yaşamış olduğu olayı tekrar tekrar anlatarak anımsamasına izin verilmemelidir.)

¹⁰⁹⁸ YARGITAY CGK. E.2008/56 K.2008/156 T.03.06.2008

¹⁰⁹⁹ AKKAYA, s.182-183

YARGITAY 14. CD. E.2011/9453 K.2013/3967 T.04.04.2013; YARGITAY 14. CD. E.2011/363 K.2011/90 T.19.07.2011; YARGITAY 5. CD. E.2007/11696 K.2008/4617 T.20.05.2008

¹¹⁰⁰ TAŞTAN, s.552

ifadesinin alınması ve sonrasında mağdurun on sekiz yaşını tamamlamasıyla bahse konu eksikliklerin telafisi mümkün olmadığından bozma nedeni yapılmamaktadır.¹¹⁰¹

Cinsel dokunulmazlığa karşı suç mağdurunun, maruz kaldığı suçu anlatması yeni bir travmaya yol açmaktadır. Suça ilişkin maddi gerçeğin aydınlatılması konusundaki gereklilik ile mağdurun olayı tekrar tekrar anlatması ile ortaya çıkan ikincil mağduriyet arasında bir denge kurulması gereklidir. CMK'nın 52/3. maddesi gereğince mağdur çocukların dinlenmesi sırasında sesli ve görüntülü kayıt yapılmasının zorunlu olması ve CMK'nın 236/2. maddesinde, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğinin düzenlenmesiyle mağdur çocuğun bir kez dinlenmesi amaçlanmıştır.¹¹⁰² Yine CMK'nın 236/5. fıkrasında cinsel istismar suçunun nitelikli halinin mağduru olan çocuğun beyanının alınmasında sırasında görüntü ve ses kaydının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma aşamasında bir defa dinlenebilecektir. Zorunluluk arz eden durumlarda mağdur çocuğun birden fazla kez dinlenmesi durumu söz konusu olabilmektedir.(CMK m.236/2) Burada ifade edilen zorunluluk bulunması haller dar yorumlanmalıdır. Zira geniş yorumlama, cinsel istismar mağduru çocuğun defalarca mahkemeye çağrılmasına sebep olacaktır.¹¹⁰³ Örneğin mağdur çocuğun ifadesinin belli hususlarda netlik kazanması, suç tarihinin kesin olarak tespit edilmemesi veya sonradan ortaya çıkan delilin mağdura sorulması gerekmesi gibi durumlarda mağdur yeniden dinlenmelidir.¹¹⁰⁴

CMK'nın 236/5. fıkrasına göre, cinsel istismar suçunun nitelikli halinin mağduru çocuğun, soruşturma evresinde beyanları alınmış ise kovuşturma evresinde ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde beyanının uzmanlar aracılığı ile alınabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde, CMK'nın 236/2. fıkrasından farklı olarak mağdur çocuğun psikolojisinin

¹¹⁰¹ YARGITAY 5. CD.2007/3121 K.2007/3793 T.21.05.2007; YARGITAY 5. CD. E.2009/13999 K.2009/14790 T.22.12.2009

¹¹⁰² ÇOŞKUN, ÇOŞKUN, ÇOLAK, TANER, AYDIN, ACAR, AKÇO, ŞİŞMANLAR, s.24

¹¹⁰³ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.31

¹¹⁰⁴ TAŞTAN, s.580-581

bozulmuş olma neticesi aranmamış ve mağdur çocuğun soruşturma evresinde bir kere dinlenmiş olması yeterli kabul edilmiştir.¹¹⁰⁵

Zorunluluk arz eden bir durum mevcut değilse mağdurun mahkemece yeniden dinlenmesinde gerek bulunmamaktadır. Soruşturma aşamasında usulüne uygun bir şekilde vekil huzurunda ve uzman eşliğinde ifadesi alınan mağdurun kovuşturma aşamasında tekrar ifadesinin alınmasına gerek olmadığına karar verilmesi halinde mağdurun ifade tutanaklarının mahkemece okunması icap etmektedir. Bu hususa uyulmaması, CMK'nın 209/1. ve 217/1. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Zira mahkeme huzurunda tartışılmayan ve getirilmeyen bir delille dayanılarak hüküm kurulması mümkün değildir. Bu husus aynı zamanda doğrudan doğruyalık, yüzyüzelik ve sözlülük ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir.¹¹⁰⁶

CMK'nın 210/1. fıkrasında “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Aynı Kanunun 217/1. fıkrasında “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edilir*” hükümlerine yer verilmiştir. Bu nedenle cinsel istismar suçunda mağdur beyanından başkaca bir delil olmaması durumunda mağdurun duruşmada dinlenilmesi gerekmektedir.¹¹⁰⁷

CMK'nın 182/1. fıkrası gereğince duruşmalar herkese açıktır. Sadece on sekiz yaşını doldurmamış failer hakkındaki duruşmaların tamamı (CMK m.185) ile genel ahlakın ve kamu düzeni kamu güvenliği nedir kesin olarak gerekli kıldığı hallerde (CMK m.182/2) duruşmanın bir kısmını veya tamamını kapalı yapılabilecektir. CMK'da mağdurun çocuk olmasının duruşmanın açıklığına etkisine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat CMK'nın 182/2. maddesi gereğince çocuğun mahremiyetinin ihlali göz önüne alınarak, bazı duruşmaların veya duruşmaların tamamının kapalı yapılması söz konusu

¹¹⁰⁵ KÜSKÜ, s.154

¹¹⁰⁶ BAYTEMİR, s.329

¹¹⁰⁷ YARGITAY 14. CD. E.2016/6728 K.2019/12311 T.11.11.2019

olabilir.¹¹⁰⁸ Yargıtay uygulamasında, CMK'nın 182/2-3 ve 185. maddelerine göre sadece genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebileceği, mağdurların yaş küçüklüğünün tek başına duruşmanın gizli yapılmasını gerektirmediği ifade edilmektedir.¹¹⁰⁹ Cinsel istismar mağduru çocukların duruşmalarının tıbbi danışman eşliğinde kapalı olarak yapılması, ceza muhakemesi bakımından amaçlanan yararı yerine getirmek bakımından önemli bir adım olacaktır. Zira çocuk mağduriyetini bu şekilde daha rahat ifade edebilecek, başkaları tarafından izlenmediği için olayı daha rahat anlatabilecektir.¹¹¹⁰

Sanığın sorgusu esansında mağdur çocuğun duruşma salonunda hazır bulunması mağdurun ruhsal durumunu olumsuz etkileyebilecektir. Bu durumlarda mağdurun veya vekilinin isteği üzerine mağdur çocuk beyanı alınıncaya kadar duruşma salonu dışarısında bekleme imkânı sağlanmalıdır.¹¹¹¹ Mağdurun aynı zamanda olayın tanığı olması hasebiyle, mağdurun dinlenmesi sırasında CMK'nın 200'üncü maddesine binaen sanığın duruşma salonundan çıkarılabilmesi mümkündür.¹¹¹² Özellikle adli görüşme odalarının olmadığı yerlerde mağdurun beyanının alınması esnasında bu hükme işlerlik kazandırmak mağdurun korunması bakımından yerinde olacaktır.¹¹¹³ Ancak mağdurun beyanları sona erdikten sonra sanığın duruşma salonuna alınarak, yokluğunda verilen ifade içeriğinin sanığa anlatılması iktiza etmektedir.¹¹¹⁴ Öte yandan CMK 236/4. fıkrasında ”*Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır*” hükmü düzenlenmiştir.

¹¹⁰⁸ TANER, s.349; MEMİŞ KARTAL, s.240

¹¹⁰⁹ YARGITAY 5. CD. E.2009/3427 K.2009/14972 T.24.12.2009

¹¹¹⁰ MEMİŞ KARTAL, s.240

¹¹¹¹ TAŞTAN, s.547

¹¹¹² KÜSKÜ, s.154; TAŞTAN, s.564

¹¹¹³ TAŞTAN, s.564

¹¹¹⁴ KÜSKÜ, s.154

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Genel görevli mahkemelerin madde itibariyle yetkileri 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 10, 11¹¹¹⁵ ve 12.¹¹¹⁶ maddeleri uyarınca belirlenmektedir. ¹¹¹⁷ Aynı Kanun'un 14. maddesi gereğince “*mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gözetenilmeksizin suçun kanunda yer alan üst sınırı göz önünde bulundurulur*” hükmü düzenlenmiştir.

Cinsel istismar suçunun kanunda yer alan yaptırım miktarlarının üst sınırı göz önüne alındığında da TCK'nın 103/1. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun basit hali ile TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun nitelikli halinde görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir. TCK'nın 103/1-c.2 de düzenlenen cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan halinde ise görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması halinde ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 48/5. maddesi gereğince görevli mahkeme Çocuk Mahkemesi veya Çocuk Ağır Ceza mahkemesidir.¹¹¹⁸

TCK'nın 103/3. ve 4. fıkraları cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller olduğundan görevli mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. TCK'nın 103/6. fıkrasına göre suç neticesinde mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesi halinde sanık hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörüldüğünden görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi'dir. 6545 sayılı kanun değişikliği ile kaldırılan suç neticesinde mağdurun

¹¹¹⁵ “**Madde 11-** Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”

¹¹¹⁶ “**Madde 12-** Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”

¹¹¹⁷ TANER, s.261

¹¹¹⁸ TAŞTAN, s.346

beden veya ruh sağlığının bozulması halinde suç tarihi göz önüne alındığında görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir.¹¹¹⁹

CMK'nın 6. maddesinde, duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştirdinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle asliye ceza mahkemesinde görölmesi gereken bir cinsel istismar suçundan ağır ceza mahkemesinde açılması halinde mahkeme görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemeyecek ve davaya kendisi bakacaktır.¹¹²⁰

CMK'nın m.12/1. fıkrasında davaya bakmakla yetkili olan mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesi olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir.

Cinsel istismar suçunda yetkili mahkeme, CMK'nın 12/1. fıkrası gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir.¹¹²¹ Ancak cinsel istismar suçu genellikle mütemadi suçlarla birlikte işlendiğinden (örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu) yetkili mahkeme temadinin sonlandığı yer mahkemesidir.¹¹²²

C. Yaptırım

TCK'nın 103/1. fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun basit halinde sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası, aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür. Mağdurun oniki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, suçun basit halinde beş yıldan, sarkıntılık düzeyinde kalan halinde ise on yıldan az olamayacaktır.

TCK'nın 103/2. fıkrasında düzenlenen cinsel istismar suçunun nitelikli halinde onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörölmüştür. Mağdurun oniki yaşını

¹¹¹⁹ KURT, s.261

¹¹²⁰ MEMİŞ KARTAL, s.240

¹¹²¹ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.235; AYDIN, s.98; TAŞTAN, s.346- 347; TUĞRUL, s.322; SAVAŞCI, s.121; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.378

¹¹²² TAŞTAN, s.346-347; TUĞRUL, s.322; SAVAŞCI, s.121; AKKAYA, s.281

tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza onsekiz yıldan az olamayacaktır. Kanun koyucunun madde metninde alt sınırı belirttiği ancak üst sınır belirtmediği hallerde TCK 49/1. fıkrası gereğince süreli hapis cezası yirmi yıldan fazla olamayacağı için nitelikli cinsel istismar suçunun cezasının üst sınırı yirmi yıldır.¹¹²³

TCK'nın 103/3 fıkrası gereğince cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde verilecek olan ceza yarı oranında arttırılacaktır.

TCK'nın 103/4. fıkrası gereğince suçun, onbeş yaşından küçük ve onbeş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa karşı cebir veya tehditle ya da onbeş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde verilecek olan ceza yarı oranında arttırılacaktır.

TCK'nın 103/6. fıkrası gereğince suç nedeniyle mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına verilecektir.

TCK'nın 61/7. fıkrasında “*Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.*” hükmü düzenlenmiş olduğundan mahkeme tarafından neticeten belirlenen süreli hapis cezası otuz yıldan fazla olamayacaktır.¹¹²⁴

Fail hakkında temel ceza belirlendikten sonra suç olası kast ile işlenmişse tayin edilen ceza miktarından indirim, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu ise ceza miktarında artırım (aynı suçta birden fazla nitelikli halin bulunması halinde bu husus temel

¹¹²³ TAŞTAN, s.347; TANER, s.355-356; AYDIN, s.99

¹¹²⁴ KURT, s.251; YARGITAY 14 D. E. 2020/7474 K.2021/4231 T.10.06.2021

cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirecektir) yapıldıktan sonra sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve takdiri indirim hükümleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. TCK'nın 103/4. fıkrasında onbeş yaşını doldurmakla birlikte fiilin hukuki sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiş olduğundan TCK'nın 61. maddesine göre temel ceza belirlenirken suçun işlenişinde kullanılan araçlar kriterinin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekmektedir.¹¹²⁵

CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kurallarda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuğun cinsel istismar suçu faili açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilecektir.¹¹²⁶ CMK 236/1. maddesinde *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir”* düzenlemesine yer verilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 E. 2009/13 K. Sayılı kararında mağdurun zararı *“belirlenebilir maddi zarar”* ile sınırlandırıldığından cinsel istismar suçu faileri bakımından HAGB kurumunun uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.¹¹²⁷ Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinin (Lanzarote Sözleşmesi) 27. maddesinde, taraf devletlerin, sözleşme kapsamına giren suçlarda (cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, müstehcenlik) etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ile cezalandırılmasını sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirlerin alması düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu suçlar için uygulanmaması gerekmektedir.¹¹²⁸

Fail hakkında hükmedilen hapis cezasına paralel olarak TCK'nın 53. maddesinde doğrultusunda hak yoksunluğu hükümleri uygulanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken

¹¹²⁵ KÜSKÜ, s.165

¹¹²⁶ TAŞTAN, s.595

¹¹²⁷ KAFES, s.79

¹¹²⁸ NUHOĞLU, s.297

husus, suçun TCK'nın 53/1. maddesinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesidir. Bu durumda TCK'nın 53/5. fıkrası gereğince fail hakkında hükmün infazından sonra da uygulanacak şekilde, hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar belirlenecek süreyle sınırlı olarak fail aleyhine hak yoksunluğuna hükmedilmesi gerekmektedir.¹¹²⁹ Örneğin, sanığın cinsel istismar eylemini öz kızına karşı velayet hakkını kötüye kullanarak gerçekleştirmesi halinde cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar velayet hakkını kullanmaktan yasaklanmasına karar verilmektedir.¹¹³⁰ Yine sanığın görev yaptığı okulda öğrencileri olan mağdurlara karşı memuriyet görevinin sağladığı hak ve yetkileri kötüye kullanarak gerçekleştirmesi halinde de cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kullanmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerekmektedir.¹¹³¹

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da 15.04.2020 tarihli 7242 sayılı kanun (ikinci yargı paketi) ile yapılan değişiklikle birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda, suç tarihi 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girmiş olduğu 28.06.2014 tarihinden önce ise şartla tahliye oranı 2/3 olarak uygulanacaktır. Suç tarihi 28.06.2014 tarihinden sonra ise sanık onsekiz yaşından büyükse şartla tahliye oranı 3/4 (CGTİHK m.108/9), sanık onsekiz yaşından küçükse şartla tahliye oranı 2/3 (CGTİHK m.107/2-e) olarak uygulanacaktır. Cinsel istismar suçu 5275 sayılı CGTİHK Geçici 6/1. maddesinde yer alan suçlardan olması nedeniyle denetimli serbestlik süresi 1 yıl olacaktır.¹¹³²

Cinsel istismar suçlarının son dönemde artmış olması nedeniyle cinsel istismarın önüne geçebilmek için suç failine kastrasyonun (hadımlaştırma, kısırlaştırma) uygulamasının ceza ve/veya güvenlik tedbiri olarak uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.¹¹³³

¹¹²⁹ KÜSKÜ, s.163

¹¹³⁰ KÜSKÜ, s.163; YARGITAY 14 D. E. 2020/1495 K.2020/2016 T.30.03.2020

¹¹³¹ YARGITAY 14 D. E.2018/10330 K.2019/9608 T.08.05.2019

¹¹³² YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.37-38

¹¹³³ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.172

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasanın 82. maddesi ile yapılan değişiklikle cinsel saldırı, cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının faillerinin, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde tıbbi tedaviye tabi tutulacağı düzenlemesi getirilmiştir. Tıbbi tedavi, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelikte "*Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem*" şeklinde tanımlanmıştır.¹¹³⁴ Danıştay Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelikte yapılan "tıbbi tedavi" tanımının kanunda yapılması gerektiği ve kanunda belirtilen sınırlar dâhilinde yönetmeliğe aktarılması gerektiği gerekçesiyle düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu kabul ederek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Ayrıca kararın gerekçesinde "*Anayasa'da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına hüküm altına alındığı*" ifade edilmiştir.¹¹³⁵ Mevcut durumda, yönetmelik uyarınca cinsel saldırı, cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının faillerine kastrasyon uygulaması gerçekleştirilemeyecektir.

Kastrasyon, "*Kişinin cinsel salgı bezlerine müdahale edilmesi suretiyle cinsel arz ve cinsel faaliyette bulunma yeteneğini, sürekli veya geçici olarak ortadan kaldırılmasını amaçlayan tıbbi müdahaledir.*"¹¹³⁶ Kastrasyon uygulaması, kişinin hem vücut bütünlüğünü hem de cinsel yaşamı tehlikeye girmesine sebebiyet vermesi nedeniyle doğrudan insan kişiliğine karşı bir müdahaledir.¹¹³⁷ Kastrasyon yönteminin uygulanması sonrası kişide geri dönüşü olmayan fiziki ya da psikolojik hasar bırakması nedeniyle seçenek yaptırım, tedavi ya da tedbir olarak uygulanması insan haklarının ihlaline sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle kastrasyon yönteminin cinsel suç faillerine uygulanması dikkatli şekilde ele

¹¹³⁴ POLAT, s.228

¹¹³⁵ DANIŞTAY 10.D. E.2016/12975 K.2020/3048 T.17.09.2020

¹¹³⁶ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.111

¹¹³⁷ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "**Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:1, Yıl: 2010, s.128

alınması gerekmektedir.¹¹³⁸ Kastrasyon cerrahi kastrasyon ve kimyasal kastrasyon olarak iki şekilde yapılmaktadır.¹¹³⁹

Cerrahi kastrasyon, ‘‘Bireyin bedeni üzerinde gerçekleştirilen cerrahi bir müdahaleyle, testislerinin alınması ve bu yolla kesin ve geri dnşmi olmaksızın testosteron hormonu salgılamasının önüne geçilmesi’’ şeklinde ifade edilmektedir.¹¹⁴⁰ Cerrahi kastrasyonun kişinin cinsel dürtülerini ortadan kaldırma, kişiyi sakinleştirme, uyumlu bir birey haline getirme gibi cinsel suçlarla mücadele açısından olumlu etkileri bulunmaktadır. Ancak bu uygulamanın cinsiyete bağlı olarak fiziksel değişikliklere neden olması ve ciddi yaşamsal riskler ortaya çıkartma gibi yan etkileri de bulunmaktadır.¹¹⁴¹ Ayrıca kişi uygulama sonrasında bir daha ocuk sahibi olamamakta ve cinsel bir faaliyette bulunması imknsız hale gelmektedir.¹¹⁴² Cerrahi kastrasyonun, kişinin testestronları kalıcı olarak alınan ve bireyin vücuduna geri dönülmez bir biçimde müdahale içeren uygulama olması nedeniyle ceza veya güvenlik tedbiri olarak uygulanması insanilik ilkesine aykırı olacaktır.¹¹⁴³

Kimyasal kastrasyon, ‘‘cerrahi müdahale ile kişilerin testislerin alınmasını gerektirmeyen, testestron üretimini ilaç tedavisi ile düşürülmesini sağlayan tıbbi müdahale’’ şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁴⁴ Kimyasal kastrasyonda cerrahi bir müdahale söz konusu olmadığından kişi cinsel ilişkiye girme yeteneğini kaybetmezken düşük testestron seviyesi nedeniyle cinsel ilişki başlatamamakta ya da cinsel haz alamamaktadır.¹¹⁴⁵ Kimyasal kastrasyonun erkekler üzerinde, kilo artışı, migren ağrısı, safra taşı oluşumu, kan pıhtılaşması, alerjik reaksiyonlar, intihar düşünceleri içeren depresyon, hipoglisemi, uykusuzluk, nefes almada güçlük, hipertansiyon, tromboz, prostat damarlarının büzüşmesi

¹¹³⁸ MEMİŞ KARTAL, s.46

¹¹³⁹ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.111

¹¹⁴⁰ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.172

¹¹⁴¹ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.178

¹¹⁴² PAKIR, s.213

¹¹⁴³ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.186; ŞEN, DEMİRBÜKER, s.114

¹¹⁴⁴ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.111-112

¹¹⁴⁵ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.179

ve diyabet, göğüslerde büyüme, karaciğer işlevlerinde bozukluk gibi yan etkilerinin olduğu belirtilmektedir.¹¹⁴⁶

Kimyasal kastrasyon, geri dönüşü olmayan bir müdahale olmaması nedeniyle cerrahi kastrasyona göre daha uygun bir müdahale yöntemidir.¹¹⁴⁷ Kimyasal kastrasyonun cerrahi kastrasyondan ayrılan yönleri; sonuçlarının geçici olması, kişiye verilen ilaçların onun üreme yeteneğini geçici veya tamamen kaybedilmemesi ve müdahale süresince kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin tamamen ortadan kalkmayıp, ciddi şekilde zarar görmesidir.¹¹⁴⁸ Cerrahi kastrasyon yöntemine nazaran daha kolay ve daha insancıl olması nedeniyle asıl tartışmalar suç failine kimyasal kastrasyonun uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır.¹¹⁴⁹

Kimyasal kastrasyona ilişkin bir düzenleme, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*" ve "*Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*" hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen "*hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" hükümlerini ilgilendirmektedir.¹¹⁵⁰ Bu durumda kimyasal kastrasyona ilişkin bir düzenlemenin orantılılık ve kanunla düzenlenmesi yönünden Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği ancak insan onuruna aykırı ceza olamayacağına ilişkin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırı olabileceği ifade edilebilecektir.¹¹⁵¹

Öncelikle kastrasyon yönteminin sadece tıbbi gerekçelerle belirli hastalıkların tedavisi için uygulanan bir yöntem olduğu ve hukuka aykırı yapılmasının suç olduğunu ifade etmek gerekir.¹¹⁵² Burada tüm suç faillerini aynı kapsamda değerlendirerek her cinsel suçlu üzerinde kastrasyon tedbirinin uygulanması tarzında bir düzenleme yapılması doğru bir

¹¹⁴⁶ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.180

¹¹⁴⁷ HAKERİ, s.327

¹¹⁴⁸ TEVFİK SÖNMEZ KÜÇÜK, s.304

¹¹⁴⁹ KÜÇÜK, Füsun Ceren, "**Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma**", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:3, Yıl:2017, s.161

¹¹⁵⁰ HAKERİ, s.322-323

¹¹⁵¹ HAKERİ, s.323; KÜÇÜK, s.161-162

¹¹⁵² MEMİŞ KARTAL, s.45

yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle kimyasal kastrasyon sadece cinsel dürtülerini kontrol edemeyen, aşırı tahrik olan yahut cinsel yönden takıntılı olan kişiler (parafili hastaları) için uygun bir yöntemdir. Bu kişiler dışında ki cinsel suç faillerini ise cinsel suç işlemlerinden vazgeçirmek kastrasyon yoluyla da mümkün olmayabilir.¹¹⁵³ Bu durumda kastrasyon, kişilerin tekrar cinsel suçlar işlemesinin önüne geçen bir uygulama olmaktan çıkacağından, ceza hukuku yaptırımı olarak uygulanması mümkün olmayacaktır.¹¹⁵⁴

Zorunlu kastrasyon, temel hak ve özgürlüklerden olan insan haysiyeti ve vücut bütünlüğü kurallarına aykırı olması nedeniyle hukuka aykırı olması¹¹⁵⁵ ve uygulamanın rıza dışında yapılması halinde sonuç vermeme riski bulunması¹¹⁵⁶ nedeniyle mutlaka rızaya bağlı gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Cinsel suçlar karşılığında ağır cezai yaptırımlar öngörmek eylemin haksızlık içeriği açısından yerinde olsa da bir kimseyi hiç bir tedaviye tabi tutmaksızın yıllarca cezaevinde tutup ardından hiç bir kontrol ve destek olmaksızın şartla salıvermek ilk suçun işlenmesinden daha büyük bir riski topluma mal etmek olacaktır.¹¹⁵⁷ Kamuoyunda kimyasal kastrasyonun bir ceza olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁵⁸ Oysa kastrasyon uygulaması ile amaçlanan durum cinsel suçtan hüküm giymiş kişinin -önleyici bir tedbir olarak- yeniden bu tür bir suç işlemesinin önüne geçmektir. Burada kastrasyonun, salt bir yaptırım yerine güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim kastrasyonun salt bir ceza olarak belirlenmesi durumunda sadece bir sosyal hesaplaşma olarak değerlendirilme ihtimali ortaya çıkmış olacak ve kişiye hem işlenmiş suçtan dolayı ceza verilmesi hem de ceza olarak kastrasyon uygulanması non bis in idem (bir kişiye aynı fiilden iki defa ceza verilemeyeceği) ilkesine aykırı olacaktır. Kastrasyonun güvenlik tedbiri olarak belirlenmesi halinde ise böyle bir sonuç ortaya çıkmayacaktır.¹¹⁵⁹ Yine de kastrasyon hususunda ısrar

¹¹⁵³ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.181-182

¹¹⁵⁴ KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, ‘‘Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi’’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı:4, Yıl: 2015, s.304

¹¹⁵⁵ ÖZDEMİR, s.129

¹¹⁵⁶ ŞEN, DEMİRBÜKER, s.115

¹¹⁵⁷ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.187-188

¹¹⁵⁸ TANER, s.359

¹¹⁵⁹ KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, s.307-308

edilirse kimyasal kastrasyonun, kişinin koşullu salıverilmesi için bir ön şart olarak düzenlenmeli ve rızaya dayalı uygulanmalıdır.¹¹⁶⁰

Cinsel suçun, psikolojik ve biyolojik rahatsızlığından ötürü meydana geldiğinin tıbbi olarak tespit edilmesi ve bu rahatsızlığın etkisini azaltmak için kimyasal kastrasyon tedavisinin gerekli olması halinde belirli bir yaşın üzerindeki kişilere (en azından ergenlik çağını geçmiş) rızaya dayalı şekilde bir denetimli serbestlik tedbiri (muhtemelen şartla salıverme koşulu şeklinde) olarak kimyasal kastrasyon uygulanabilir.¹¹⁶¹ Bunun dışında cinsel suçtan mahkûm olan kişiye kimyasal kastrasyon uygulanması insanlık ilkesine aykırı olacaktır. Bu kişilere diğer fiziksel tedbirlerin (denetimli serbestlik) artırılarak uygulanması, salıverme sonrasında önem oluşturacaktır.¹¹⁶² Öte yandan kimyasal kastrasyon uygulamasında kullanılan ilaçların kişi üzerinde yaratacağı yan etkiler tam olarak belli olmaması ve bu ilaçların uzun süreli kullanım halinde farklı kanser türleri ve birçok ciddi hastalığa neden olabileceğinin belirtilmesi¹¹⁶³ nedeniyle uygulamaya uzun süre devam edilmesi durumunda AİHS ihlal edilmiş olacaktır.¹¹⁶⁴

¹¹⁶⁰ TANER, s.359

¹¹⁶¹ YENİDÜNYA, YAŞAR, s.186; ŞEN, DEMİRBÜKER, s.119. (Kimyasal kastrasyonun, hasta olduğu tespit edilen cinsel suç failine, sadece tıbbi gerekliliğin zorunlu olduğu hallerde sınırlı olarak ve rıza dâhilinde uygulanması uygun olacaktır.); HAKERİ, s.326 (Cinsel suçları işleme noktasında kendisine engel olamayan kişilere, kimyasal kastrasyonun bir ceza veya tedbir olarak uygulanmasının Anayasa ve İHAS'ye aykırı olmaması için suçu sabit olan kişinin isteğine bırakılması yerinde olacaktır. Bu tedbirin kişinin sağlığını etkilemeyecek olması ve bir hekim tarafından uygulanması gerekmektedir. Cezanın infazından sonra kişinin zorunlu olarak psikiyatrik bir tedaviye tabi tutulması da daha uygun olacaktır. Öte yandan psikiyatrik tedavi gibi hafif yöntemlerle bu kişilerin suç işlemeleri önlenilecekse kimyasal kastrasyon anayasaya aykırı olacaktır.); MEMİŞ KARTAL, s.237-238 (Özellikle suçu itiyad haline getirmiş ve hatta pedofilik kişilere uygulanabilecek olan kastrasyon yönteminin cinsel istismar suçu faillerine yaptırım olarak uygulanması kişinin vücut dokunulmazlığının ihlaline sebebiyet vermesi nedeniyle kabulü zordur. Ceza Muhakemesinin amacı kişiyi ıslah etmek ve topluma kazandırmaktır. Bu bağlamda kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik bir tasarrufta bulunmak kabul edilemez.); PAKIR, s.213 (Hem cerrahi hem de kimyasal kastrasyonun yaptırım olarak düzenlenmesi insan haysiyetiyle bağdaşmayacaktır.); YENERER ÇAKMUT, Özlem, “**Türk Hukukunda Kastrasyon Tıbbi Müdahalesi ve Yeni Gelişmeler**”, 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014, s.139 (Bu tip suçluları psikolojik tedavi sürecine almak, tedavi sürecinde durumu hakkında değerlendirmelerde bulunarak rahatsızlıklarının mevcudiyeti halinde aydınlatılmış rızaları ile bu tedaviyi uygulamak gerekmektedir.); KEÇELİGİL, Hasan Tahsin, “**Cinsel Suçlarda Failim Kimyasal Kastrasyonu**”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Editörler: Hakan HAKERİ, Cahid DOĞAN, Adalet Yayınevi, Aralık 2008, s.1065 (Kimyasal kastrasyon cinsel suç failine uygulanacaksa özellikle pedofili hastalar gibi cinsel dürtülerini kontrol edemeyen kişilere uygulanmalıdır.)

¹¹⁶² YENİDÜNYA, YAŞAR, s.187

¹¹⁶³ KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, s.304

¹¹⁶⁴ KEÇELİGİL, s.1065

D. Zamanaşımı

1. Dava Zamanaşımı

Dava zamaşıımı kanunda belirlenen sürelerin geçmesiyle dava açılmamasını veya açılan kamu davasının düşürülmesine neden olan bir kurumdur. Dava zamaşıımı suçun kanunda belirtilen cezasının üst sınırı dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir.¹¹⁶⁵ TCK'nın 66. maddesinde¹¹⁶⁶ cezanın süresi ve çeşidine göre farklı zamaşıımı süreleri belirlenmiş, TCK'nın 67. maddesinde¹¹⁶⁷ ise dava zamaşıımı süresinin durma ve kesilme nedenleri düzenlenmiştir.

¹¹⁶⁵ TAŞTAN, s.182

¹¹⁶⁶ **Madde 66-** (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

- Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
 - Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
 - Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
 - Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
 - Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,
- Geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

(3) Dava zamaşıımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamaşıımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamaşıımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

(6) Zamaşıımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamaşıımı uygulanmaz.

¹¹⁶⁷ **Madde 67-** (1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamaşıımı durur.

(2) Bir suçla ilgili olarak;

- Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,
- Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,
- Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,
- Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi,

Cinsel istismar suçunda dava zamanaşımı, suçun basit hali ve sarkıntılık düzeyinde kalan halinde TCK'nın 66/1-d maddesi gereğince 15 yıl; suçun vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen nitelikli halinde TCK'nın 66/1-c maddesi gereğince 20 yıl; suç neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü şeklinde gerçekleşen netice sebebiyle ağırlaşan halinde ise TCK'nın 66/1-a maddesi gereğince 30 yıldır.¹¹⁶⁸ TCK'nın 66/2. maddesi gereğince failin fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış ise, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

TCK'nın 66/6. maddesinde dava zamanaşımının, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir.

Cinsel istismar suçunda dava zamanaşımının işlemeye başladığı tarih suçun işlendiği tarihtir. Ancak TCK'nın 66/6. maddesi gereğince dava zamanaşımı “*çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren*” başlamaktadır.¹¹⁶⁹ Küçük yaşta cinsel istismar eylemine maruz kalan mağdurun yaşının küçüklüğü, istismar eylemini gerçekleştiren kişinin hüküm ve nüfuzu altında kalması, istismarcı şahsın aile etrafından birisi veya yakını olması nedeniyle şikâyetçi olmaması gibi durumlar göz önüne alındığında bu hüküm mağdur çocukları koruyucu niteliktedir.¹¹⁷⁰ Bu hükümle amaçlanan; özellikle cinsel istismara maruz kalmalarına karşın yaşadıkları olayları algılayamayan, algılasalar bile kendilerini suçlu hisseden, korkan, bu nedenlerle yaşadıkları gizli kalan çocukların, bunları idrak edecek ve anlatacak yaşa geldiklerinde dava zamanaşımının dolmuş olması gibi bir engelin ortaya

Halinde, dava zamanaşımı kesilir.

(3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar.

¹¹⁶⁸ TAŞTAN, s.350

¹¹⁶⁹ ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (Özel Hükümler), s.319; YENİDÜNYA, s.3309-3310; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.3723; ERCAN, s.96; AYRAL, s.91

¹¹⁷⁰ YELDAN, (99 Soruda Cinsel Suçlar), s.229

çıkmasını önlemektedir. TCK'nın 103/3. fıkrasında belirtilen kişiler tarafından cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için kanun koyucu herhangi bir nüfuz ilişkisinin varlığını aramamış, sayılan ilişkilerin varlığını maddenin uygulanması için yeterli saymıştır. Oysa TCK'nın 66/6. maddesinin uygulanabilmesi için suçu işleyen kişi ile çocuk arasında bir hüküm ve nüfuz ilişkisinin bulunması zorunludur. Bu nedenle TCK'nın 103/3. maddenin söz konusu olduğu her halde, TCK'nın 66/6. maddesinin otomatik olarak uygulanacağı yanılgısına düşülmemelidir, her iki hükümde de aranan şartların var olup olmadığına dikkat edilmelidir.¹¹⁷¹

2. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamaşıımı kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle cezanın infazını engelleyen bir kurumdur. Ceza zamaşıımı süresi hükmün kesinleşmesinden veya infazın herhangi bir nedenle kesintiye uğradığı günden itibaren başlar ve kalan ceza miktarı değerlendirilerek hesaplanır.¹¹⁷² TCK'nın 68. maddesinde¹¹⁷³ cezanın süresi ve çeşidine göre farklı ceza zamaşıımı süreleri belirlenmiş, TCK'nın 71. maddesinde¹¹⁷⁴ ise ceza zamaşıımı süresinin kesilme nedenleri düzenlenmiştir.

¹¹⁷¹ TANER, s.360

¹¹⁷² TAŞTAN, s.185

¹¹⁷³ **Madde 68-** (1) Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez:

- a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl.
- b) Müebbet hapis cezalarında otuz yıl.
- c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl.
- d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.
- e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilmez.

(3) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamaşıımı uygulanmaz.

(4) Türleri başka başka cezaları içeren hükümler, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle infaz edilmez.

(5) Ceza zamaşıımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır.

¹¹⁷⁴ **Madde 71-** (1) Mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ceza zamaşıımını keser.

(2) Bir suçtan dolayı mahkûm olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamaşıımı kesilir.

Cinsel istismar suçunda ceza zamanaşımı bakımından bir özellik bulunmamakla birlikte TCK 68 vd. maddelerince ceza zamanaşımı hesaplanacaktır.¹¹⁷⁵ Fail hakkında hükmedilip kesinleşen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl; müebbet hapis cezalarında otuz yıl; yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmi dört yıl; beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl; beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarında on yıl geçmesiyle ceza infaz edilemeyecektir. (TCK m.68/1) Ayrıca fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilemeyecektir. (TCK m.68/2)

¹¹⁷⁵ MEMİŞ KARTAL, s.239

SONUÇ

Çalışmamızda çocukların cinsel istismarı suçunun hukuki boyutu, doktrin ve öğretide yer alan görüşler ve Yargıtay kararlarına yer verilerek incelenmiş, suç ile ilgili olarak yasadan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara dikkat çekilerek çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK'nın 103. maddesinde kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırı birçok husus bulunmaktadır.

- Suçun maddi unsurunu oluşturan cinsel istismar, TCK'nın 103/1. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

Madde metninde “*cinsel davranış*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu kavramın vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirip gerektirmediği gibi hususlar muğlak bırakılarak kanunilik ilkesine aykırı bir durum oluşturulmuştur. Ayrıca “*her türlü cinsel davranış*” ibaresi geniş yorumlanmaya müsait yapısı nedeniyle belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanımızca, cinsel istismarın, genital bölgelere elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografide kullanmak ve ırza geçmeye kadar olan tüm davranışları içerisinde barındıran geniş bir ifade olması nedeniyle çocuğa yönelik her türlü cinsel davranışın cinsel istismar kapsamında görülmesi, olması gereken hukuk açısından doğru bir uygulamadır. Ancak kanun koyucunun suç düzenlemesi ile amacı, çocuğun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleşen cinsel davranışları yaptırım altına almaktır. Yargıtay uygulamasında da suçun oluşması için mağdur vücuduna cinsel amaçlı yapılan temasın varlığı gerekmektedir. Bu nedenle madde metninde tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi “*vücut dokunulmazlığının ihlali*” ibaresine yer verilmesi gerekmektedir.

Madde lafzından hareket edildiğinde, TCK'nın 103/1-a bendi kapsamındaki çocuklara karşı tek bir cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluştururken, TCK'nın 103/1-b bendi kapsamına giren çocuklara karşı birden fazla cinsel davranışın cinsel istismar suçunun oluşacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak madde metni ile gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde her iki durumda da tek bir cinsel davranışın suçun oluşması için yeterli olduğu sonucuna varılmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Aksi yorum, yetişkinlere karşı tek bir hareketle cinsel saldırı suçunun oluşabilecekken çocuklara karşı birden çok hareketin yapılması gerektiği gibi garip bir sonuç meydana getirecektir. Bu nedenle "*cinsel davranışlar*" ifadesinin kanunilik ilkesi gereğince "*cinsel davranış*" olarak değiştirilerek her iki madde bendi arasında uyum sağlanmalıdır.

- TCK'nın 103/1. fıkrasında on beş yaşını tamamlamamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir. Burada sayılan çocuklara karşı cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden araç kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi aranırken aynı eylemin yetişkinlere karşı cinsel saldırı suçunu oluşabilmesi için rızasızlığın yeterli görülmesi çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira bir taraftan, mağdur çocukların, yetişkinlere nazaran direncinin daha zayıf olduğu ifade edilmekte diğer taraftan yetişkinlerin rızasızlığının yeterli olduğu eylemlere karşı çocukların rızasızlığına değer tanınmamaktadır.
- Öte yandan, "*iradeyi etkileyen başka bir neden*" ifadesinden ne anlatılmak istenildiği hususunda gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum hükmün kapsamını geniş ve muğlak bırakmakta, kanunilik ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Kanımızca, kanun koyucunun amacı cinsel istismar suçu mağdurunun çocuk olması nedeniyle cebir, tehdit veya hile dışında mağdur çocuğun iradesini etkileyen diğer tüm durumları kapsam altına almaktır. Sorunun çözümü için "*iradeyi etkileyen başka nedenler*" ibaresinin belirlilik ilkesine uygun olarak tekrar ele alınması düşünülebilir. Ancak bunun yerine, TCK'nın 103/1-b bendinin "*Diğer çocuklara karşı, rızaları hilafına gerçekleştirilen ve vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranış*" şeklinde yeniden düzenlenmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Bu şekilde, onbeş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza dışında gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacak ve cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu arasındaki çelişki durum da ortadan kaldırılmış olacaktır. Mevcut düzenleme ile devam edilmesi halinde, suçun oluşması için mağdur çocuğun eyleme karşı direnmesi veya iradesinin etki altına alınması bekleneyecektir ki bu durum suçla korunmak istenen hukuki menfaatle bağdaşmayacaktır.

- TCK'nın 103. maddesinde suçun sarkıntılık düzeyinde kalması, daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak düzenleme kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira madde metninde sarkıntılık hipotezi ile ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış ve suçun basit hali ile ayırımını belirleyen net bir sınır ortaya koyulmayarak uygulamada şekillenecek şekilde bırakılmıştır. Bu durum, mahkemelerin benzer olayları farklı şekilde değerlendirmesine sebebiyet ve uygulamada birlik sağlanmasının önüne geçecektir. Bu nedenle kanun koyucunun, sarkıntılık hipotezini sınırları net bir şekilde madde metninde düzenlemesi yerinde olacaktır. Bu şekilde uygulamacılar açısından temel alınan bir sınır oluşmuş olacak ve farklı mahkeme kararlarının önüne geçilerek uygulama birliği sağlanabilecektir.

- TCK'nın 103/2. fıkrasında, "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi*" hali düzenlenmiş, ancak vücudun hangi bölgesine hangi organ veya sair cismin sokulması gerektiği madde metninde değil de madde gerekçesinde belirtilmiştir. Esasında madde metninde yer alması gereken bu hususun madde gerekçesinde düzenlenmesi, kanunilik ilkesine aykırılık aykırı bir durum oluşturmaktadır. Zira madde gerekçesi, madde metnine bağlı olmamakla birlikte açıklayıcı bir metindir ve uygulayıcılar bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamasında, failin mağdura oral yoldan cinsel organ sokması, anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokması durumu suçun nitelikli halini meydana getirmektedir. Bu nedenle kanunilik ilkesi gereğince madde gerekçesinde ifade edilen "*vajinal, anal veya oral yoldan*" ifadesinin madde metninde yer alması gerekmektedir.

- Suçun manevi unsuruyla alakalı madde metninde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle suçun oluşumu için genel kast yeterlidir. Ancak madde gerekçesinden suçun basit hali ve sarkıntılık düzeyinde kalan hali için cinsel arzuları tatmin

özel kastının arandığı, suçun nitelikli halinin ise genel kastla işlenebileceği sonucuna varılmaktadır. Madde metninde düzenlenmesi gereken cinsel arzuları tatmin özel kastının madde gerekçesinde belirtilmiş olması, madde gerekçesinin madde metnine dâhil olmaması ve gerekçe ile madde kapsamının genişletilmesi veya daraltılmasının mümkün olmaması nedeniyle yerinde olmamıştır. Yargıtay uygulaması ise madde gerekçesinde ifade edildiği şekildedir. Bu nedenle yeniden ve daha açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

- Cinsel istismar suçu mağduru çocuk, onbeş yaşını doldurması halinde; fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemişse TCK'nın 103/1-a bendi kapsamında, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş olması halinde de TCK'nın 103/1-b bendi kapsamında kabul edilmektedir. Görüleceği üzere, onbeş yaşını tamamlayan çocuğun hangi kapsamda değerlendirileceği hususunda ‘*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği*’ kriteri temel alınmaktadır. Ancak kanımızca, burada temel alınan ifadenin ‘*fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*’ olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Zira mağdurun fiilin hukuki anlamını bilmesine gerek bulunmamakla birlikte cinsel davranışların vücudu üzerinde ne anlam ve önem arz ettiğini bilmesi yeterlidir. Aksi durumda mağdurdan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

- TCK'nın 103/3-b bendinde cinsel istismar suçunun ‘*insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi*’ hali cezanın artırılması gereken nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Madde metninde insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun olduğu yerlerin nereler olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gerekçesinde bu yerlerin yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler olduğu belirtilmiştir. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir. Kanımızca madde bendinin ‘*insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi*’ şeklinde yeniden düzenlenerek, failin, insanların toplu olarak bir arada bulunduğu toplu ulaşım araçları, stadyum, konser alanı vb. gibi ortamlardan faydalanarak eylemini gerçekleştirmesi durumunun da nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

Çocukların cinsel istismarı suçunda Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunması Sözleşmesi'ne (Lanzarote

Sözleşmesi) aykırı olan ve sözleşmeyle uyum sağlanması adına düzenlenmesi gereken bazı durumlar bulunmaktadır.

- Sözleşmenin 25/6. fıkrasında cinsel istismar suçunun soruşturması ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olmadan yapılması öngörülmektedir. TCK'da cinsel istismar suçu resen takip edilebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin failinin çocuk olması halinde suç takibatının yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Bu durum, her ne kadar CMK'nın 253/3. maddesi gereğince cinsel suçlarda uzlaşma yasağı söz konusu olsa da tarafları maddi menfaat temin etmeye yöneltebilecek olması nedeniyle mağdur çocuğun korunmasına aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu düzenleme ile fail çocuğu koruması amaçlanmışsa da sözleşmeye uyum açısından çocuklar arasında cinsel sömürü kastının tespit edilebildiği hallerde suç takibatının resen yapılabilmesinin sağlanması gerekmektedir.

- Sözleşmesinin 28. maddesinde cinsel istismar suçunun, mağdurun fiziksel ve akıl sağlığına ciddi zarar vermiş olması halinde ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. TCK'nın 103/5. fıkrasında cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak suçun mağdurun akıl sağlığında ciddi bozulmalara sebebiyet vermesi hali düzenlenmemiştir. Sözleşmesinin 28. maddesi doğrultusunda suçun mağdurun akıl sağlığında ciddi bozulmalara sebebiyet vermesi halinde ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi icap etmektedir.

- Sözleşmesinin 18/3. maddesinde, sözleşmenin, küçük yaştaki çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik olmadığı ifade edilmiştir. Lanzarote Sözleşmesinin kapsam dışında tutmuş olduğu küçük yaştaki çocukların rızaya dayalı cinsel faaliyetleri, TCK'nın 103. maddesinde düzenlenmeyerek sözleşme ile çelişkili bir durum oluşturulmuştur.

TCK'nın 103. maddesinde sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin, çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Ancak çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sorunu, sadece

sarkıntılık hipotezine özgü bir durum değildir. Suçun basit ve nitelikli hali bakımından da problemler bulunmaktadır. Öte yandan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların, sarkıntılık düzeyinde kalması halinde dahi mevcut düzenleme uyarınca ceza verilmemesi mümkün değildir. Düzenlemenin bir diğer eksikliği de suç failinin nasıl tespit edileceği hususunda açıklık bulunmamasıdır.

Çocukların cinsel istismarını suç olarak düzenleyen hükümlerle asıl hedeflenen çocukları, kendilerinden zihinsel ve fiziksel olarak daha gelişmiş olan yetişkinlere karşı korumaktır. Çocuğun, başka bir çocuk tarafından cinsel istismara maruz kaldığından bahsedebilmek için çocuklar arasında bariz bir yaş farkı olması veya cinsel istismar eyleminde bulunan çocuğun mağdur çocuk üzerinde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusu olması gerekmektedir.

Aralarında fazlaca yaş farkı bulunmayan akran yaştaki çocuklar arasında zorlama olmaksızın ve her iki tarafında isteği doğrultusunda gerçekleşen cinsel eylemler çocuğun cinsel yönden istismarı kastı barındırmadığından cinsel istismar olarak kabul edilemeyecektir. Öte yandan yaşları yakın olan çocuklar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlarda suçun faili ve mağduru birbirine karışabilmektedir. Bu durum ceza hukuku açısından kabul edilemeyecektir. Bu noktada çözüm olarak ileri sürülen, TCK'nın 103. maddesine *''fail ile mağdur arasındaki yaş ve gelişim farkı ile diğer koşullara bakıldığında bir istismar olgusunun belirlenemediği takdirde faile ceza verilmez''* şeklinde bir şahsi cezasızlık sebebi eklenmesi gerektiğine yönelik görüşe katılmaktayız. Bu şekildeki değişiklik, hem sözleşmeyle uyum sağlanması hem de bu husustaki belirsizliğin ortaya kaldırılması bakımından yerinde bir adım olacaktır. Öte yandan bu çözüm, yasal evlenme yaşının altındaki batıl evliliklerde, evlendikleri zannıyla hareket eden ve eylemleri istismar kastı taşımayan, akran yaştaki çocuklar açısından da uygulanabilecek; düzenlemenin şahsi cezasızlık sebebi oluşturması nedeniyle çocukları bu şekilde yaşamaya yönlendiren kişilerin cezalandırılmasına devam edilebilecektir.

Çocuklar arasındaki cinsel davranışlarda taraflar arasındaki yaş ve gelişim farkı ile diğer koşulların hep birlikte değerlendirilmesi neticesinde cinsel yönden istismar olgusunun tespit edilmesi halinde bu davranışı diğer tarafa uygulayan çocuk fail kabul edilebilecektir. Bu yoluna gidilirken TCK'nın 31. maddesi gereğince yaş küçüklüğü hükümlerinin

uygulanması mümkün olsa da çocuğu yüksek miktarlı cezalarla cezalandırmak çocuğun gelişimini etkileyebileceği gibi cezanın genel önleme amacına da hizmet etmeyecektir. Cinsel istismar suçu faili çocuğu cezalandırmak yerine durumuna uygun şekilde güvenlik tedbirine hükmedilerek çocuğun iyileştirilmesi ve suçun tekrarlanmasının önüne geçilmelidir. Bu nedenle ÇKK'da yapılacak değişiklik ile bu suça özgü, ayrıntılı şekilde düzenlenmiş yeni bir güvenlik tedbiri modelinin geliştirilmesi gerekmektedir. Böylece hem çocuğun iyileştirilmesi sağlanacak hem de toplumda cinsel dokunulmazlığa karşı suçların cezasız kaldığı şeklindeki anlayış önlenmiş olacaktır. Fail çocuğun onbeş yaşını doldurmamış olması durumunda cezaya değil de –ifade ettiğimiz şekilde oluşturulan-güvenlik tedbirine hükmedilmesi, çocuğun onbeş-onsekiz yaş aralığında olması durumunda ise seçenek yaptırımlara çevrilmeyen düşük miktarlarda ceza ile cezalandırılması kanımızca yerinde olacaktır.

- Sözleşmesinin 27. maddesinde, taraf devletlerin, sözleşme kapsamına giren suçlarda (cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, müstehcenlik) etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ile cezalandırılmasını sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirlerin alınması düzenlenmiştir. CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun cinsel istismar suçu failine şartların oluşması durumunda uygulanması mümkündür. Çocukların cinsel dokunulmazlığını daha etkin korumak ve sözleşme ile uyum sağlamak adına hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun cinsel istismar suçu bakımından uygulanmaması gerekmektedir.

TCK'nın 103/2. fıkrasında cinsel istismarın, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hali suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Failin kendi vücuduna organ veya cisim sokmak için mağduru zorlaması halinde (örneğin, kadın veya eşcinsel failin kendisi ile cinsel ilişkiye girmesi için erkek çocuğu zorlaması halinde) suçun basit halinin mi yoksa nitelikli halinin mi meydana geleceği hususu tartışmalı haldedir. Yargıtay uygulaması, failin basit cinsel istismar suçundan cezalandırılacağı yönündedir. Failin kendi vücuduna organ veya cisim sokmak için mağduru zorlaması halinde, mağdur çocuğun vücuduna organ veya cisim sokulması durumu olmadığından failin eylemi cinsel istismar suçunun basit halini meydana getirmektedir. Bu durumda çocuğun, kendi vücuduna organ veya sair cisim sokulan çocuktan daha az istismar edildiği

ve daha az mağdur olduğu söylenemez. Dolayısıyla haksızlık içeriği aynı olan eylemler bakımından orantının sağlanabilmesi için failin kendi vücuduna organ veya cisim sokmak için mağduru zorlaması halinin, suçun nitelikli hali kapsamında görülmesini sağlayacak yasal düzenleme yapılmalıdır. Bu doğrultuda, suçun nitelikli hal düzenlemesinin “*failin mağdurun vücuduna penetrasyon şeklinde gerçekleştirilmesi veya mağdurun, fail veya üçüncü bir kişi üzerinde vücuda penetrasyon teşkil eden davranışları gerçekleştirmeye zorlanması*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğine yönelik görüşün yerinde bir çözüm olacağı kanısındayız. Bu şekilde failin, mağduru organ veya cisim sokmaya zorladığı durumların suçun nitelikli hali kapsamında görülmesi sağlanmış olacaktır. Aksi durum, failin daha az cezaya mahkûm edilmesine sebebiyet verecek ve bu durum kanun koyucunun amacına ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

TCK'nın 103/3-d bendinde vesayet organı olarak yalnızca vasiden bahsedilmiş, kayyımdan bahsedilmemiştir. Kayyım vasi sıfatına dâhil olmadığından cinsel istismar suçunun kayyım hakkında bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. Çocukların cinsel istismara karşı azami oranda korunması gerekliliği dikkate alınarak kayyımın atandığı çocuk ile arasında meydana gelen hukuki ilişki ve yakınlık cinsel istismar suçunun kolayca işlenmesine sebebiyet veren bir neden olarak görülerek nitelikli hal kapsamına eklenmesi gerekmektedir.

Cinsel istismar suçunun eğitici, öğretici tarafından işlenmesi TCK'nın 103/3-d bendinde nitelikli hal kapsamında düzenlenmiştir. Yargıtay uygulamasında nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun görev sırasında işlenmesi gerekliliği aranmaktadır. Kanımızca, mağdurla fail arasındaki eğitim öğretim ilişkisinin varlığı nitelikli halin uygulanması için yeterli görülmeli, ayrıca suçun görev sırasında işlenmesi aranmamalıdır. Zira madde bendinde eğitici-öğretici sıfatı yeterli görülmüş, eylemin görev sırasında işlenmesi gibi bir durum aranmamıştır.

TCK'nın 103/5. fıkrasında cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle cebir ve şiddetin TCK'nın 87. maddesinde belirtilen nitelikli halleri meydana getirmesi gerekmektedir. Kanımızca suç mağdurunun çocuk olduğu gözetilerek, madde bendinin “*Cinsel istismar için başvuru alan*

cebir ve şiddetin mağdur direncini kırarak ölçünün ötesinde olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” şeklinde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için başvuru alan cebir veya şiddetin TCK'nın 86/1 (kasten yaralamanın basit hali) fıkrası kapsamında yer alan yaralamaya sebebiyet vermesi durumunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu sağlanabilecektir.

TCK'nın 103/6. fıkrasında cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü, suçun netice sebebiyle ağırlaşan hali olarak düzenlenmişken mağdurun suç neticesinde iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanması halinin düzenlenmemiş olması bir eksikliktir. TCK'nın 87/2-a bendinde kasten yaralama fiilinin, mağdurda iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine neden olması netice sebebiyle ağırlaşan hal olarak düzenlenmiştir. Aynı kapsamda düzenlenen iki durumun cinsel istismar suçunda farklı kapsamda görülmesi yerinde olmamıştır. Zira mevcut düzenleme itibarıyla cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun bitkisel hayata girmesi TCK'nın 103/6. maddesi kapsamında değerlendirilecekken, cinsel istismar eylemi neticesinde mağdurun iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanması halini TCK'nın 103/5. fıkrası kapsamında değerlendirmek haksızlık içeriği olarak orantılı bir uygulama olmayacaktır.

Türk Medeni Kanun hükümleri uyarınca evlenme yoluyla ergin hale gelen kişiye karşı eş tarafından rıza dışı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçunu mu yoksa cinsel saldırı suçunu meydana getirdiği hususu tartışmalıdır. TCK'nın 102/2. maddesinde cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi durumu özelinde düzenlenmişken TCK'nın 103. maddesinde ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır. Yargıtay uygulaması, eylemin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu durumda evlenme yoluyla ergin olan eşe karşı rıza dışında vücuda organ veya cisim sokma dışındaki eylemler bakımından suç oluşmayacak; eylemin vücuda organ veya cisim sokma şeklinde gerçekleşmesi halinde ise TCK 102/2. fıkrası gereğince mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır. Kanımızca, TCK'nın 6/1-b bendinde yapılan çocuk tanımından yola çıkılarak, daha önce ergin olma durumu dikkate alınmaksızın on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmeli ve evlenme yoluyla ergin kılınan çocuk cinsel

istismar suçunun mağduru olabilmelidir. Bu değerlendirme daha adaletli bir sonuç meydana getirecektir. Zira TCK'nın 103. maddesinde suç mağdurunun açıkça çocuk olduğu düzenlenmiş ve daha önce ergin olma ile ilgili ayrık bir düzenleme yapılmamıştır. Kişi her ne kadar TMK hükümleri gereğince evlenme yoluyla reşit kılındığı kabul edilse de bu hususun henüz cinsel olgunluğa eriştiğine referans olamayacağı gibi kendisine yönelen cinsel eylemlere karşı kendini yetişkin bir birey gibi etkin bir şekilde koruyabileceği anlamına gelmemektedir. Kişinin evlenme yoluyla ergin kılınmasına medeni muhakemede bazı sonuçlar bağlanması ceza muhakemesi bakımından da aynı sonuçların bağlanmasını gerektirmemektedir. Kanun koyucu, çocukların cinsel dokunulmazlıklarını daha özel bir şekilde korumak ve erken yaşta cinsel tecrübe yaşamalarının önüne geçerek cinsel gelişimlerine yönelik müdahaleyi engellemek için ayrı ve bağımsız şekilde cinsel istismar suçunu ihdas etmiştir. Bu bakımdan, eş tarafından çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemlerin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi çocuğu korumaktan uzak bir düşünce olacaktır.

Bu hususta son olarak değinilecek bir durumda, evlenme yoluyla ergin hale gelmiş kişiye karşı, eş tarafından rıza dışında gerçekleştirilen cinsel eylemlerle, eş dışındaki üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemlerin farklı değerlendirilmesidir. Çünkü mağdurun, eşi tarafından maruz kaldığı eylemlere karşı cinsel olgunluğa ulaştığı kabul edilirken eş dışındaki üçüncü kişiler tarafından cinsel olgunluğa erişmediğinin kabulü doğru olmayacaktır. Kanımızca, sorunun çözümü için, TMK'da yapılacak değişiklikle evlenme yaşının mutlak olarak onsekiz olarak düzenlenmesi ya da TCK'nın 103. maddesinde suçun eşler arasında işlenmesi hali özelinde düzenlenerek TMK ve TCK arasındaki bu çelişkili durumun giderilmesi sağlanmalıdır.

Yasal evlenme yaşının altındaki batıl evliliklerde, bu evliliğe onay veren kişilerin (genellikle taraf ailelerinin) batıl evlilik içerisinde gerçekleşen cinsel eylemlerin meydana getirdiği suça, somut olayın niteliğine göre aslen veya yardım eden olarak katılmaları mümkündür. Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında, evlenme yaşının altındaki kızın yasa dışı evlenmesini sağlayan taraf ailelerinin cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle sorumlulukları aslen iştirak kapsamında görülmekteyken; sonraki tarihli kararlarında yardım eden kapsamında değerlendirmiştir. Ancak Yargıtay'ın sanık veya mağdurun annesinin aile

içerisindeki konumları ve kırsal bölgedeki örf ve adet kuralları göz önüne alarak beraat kararı verdiği de görülmektedir.

Yargıtay küçük mağdur ve sanığın anne ve babalarının izni olmaksızın rızalarıyla cinsel ilişki yaşamaları ve sonrasında anne ve babalarının eğitim durumları ve toplumdaki konumları, yaşanan bölgenin kültür yapısı, örf ve âdeti, yöredeki bakış açısı nedeniyle suç işleme kastıyla hareket etmedikleri görüşünü benimsemiştir. Belirtmek gerekir ki sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluk gibi sebepler hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu ortadan kaldıran neden gibi kabul edilerek çocuk yaşta evliliğin meşruluğunu düzenleyen bir sebep olarak görülmesi kabul edilmez. Ayrıca bu nedenler kastın yokluğunu gösteren hususlar değildir. TCK'nın 21/1. fıkrasında "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay'ın dayanmış olduğu gerekçelerin ise kastla ilgisi bulunmamaktadır. Aileler, mağdur yaşının küçük olduğunu, sözde evlilik ilişkisi içerisinde sanığın cinsel eylemlerine maruz kalabileceğini bilmektedirler. Buna rağmen yaşı küçük mağdurla sanığın evlenmelerine onay vererek suçun tanımında yer alan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedirler. Burada, kastın yokluğu yönünde bir yaklaşım, yanlış geleneklerin yasalara tercih edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşü, cinsel istismar suçunun düzenleme amacına, Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz Uluslararası Sözleşmelere açıkça aykırıdır.

Kanımızca, yasal evlenme yaşının altındaki mağdurun zorla ve özellikle başlık parası gibi karşılıklarla gayri resmi şekilde sözde evlilik hayatı yaşamaya maruz bırakılması halinde suça iştirakin kapsamının, asli iştirak olarak belirlenmesi gerekmektedir. Mağdur ve sanığın, anne ve babalarının izni olmaksızın rızalarıyla cinsel ilişki yaşamaları ve sonrasında anne ve babalarının gayri resmi evliliğe onay vermeleri durumunda ise iştirakin kapsamının yardım eden olarak belirlenmesi yerinde olacaktır. Öte yandan, taraf ailelerinin hepsinin aynı kapsamda sorumlu olmaları gerekmemektedir. Bu nedenle her bir ebeveynin (özellikle annenin) aile içerisindeki konumu, sosyal şartları, yaşam koşulları ve kırsal bölgedeki örf ve adet kuralları değerlendirilmek suretiyle suça iştirak edip etmedikleri değerlendirilmelidir.

29.06.2005 tarihli 5377 sayılı kanun değişikliği öncesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması TCK'nın 43/3. maddesi ile yasaklanmıştı. 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile bu yasak kaldırılarak cinsel istismar ve cinsel saldırı suçu açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale getirilmiştir. TCK'nın 43/3. fıkrasında sayılan zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçların (kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma) insan vücuduna ve hayatına yönelik suçlar olduğu görülecektir. Cinsel istismar suçu mağdurunun çocuk olması, suçun çocuğun psikolojisini etkileyecek ve telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak olması, cinsel suçların ispatında yaşanan zorluklar göz önüne alındığında ceza adaletinin sağlanması açısından maddenin değişiklikten önceki ilk haline dönülerek çocukların cinsel istismarı suçları zincirleme suç kapsamından çıkartılması kanaatindeyiz.

Yargıtay, cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçları konusunun aynı olması nedeniyle her iki suç arasında zincirleme suç hükümlerinin yapılabileceğine karar vermektedir. Yargıtay'ın cinsel istismar suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçu arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına yönelikse çelişkili kararları bulunmaktadır. Kanımızca zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için sanığın tüm eylemlerinin aynı suça yönelik olması gerektiğinden ve bu suçlar TCK'da ayrı suçlar olarak düzenlenmiş olduğundan her iki suç arasında zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken bir konuda cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının son dönemde artmış olmaları nedeniyle bu suç faillerine yönelik kimyasal kastrasyon uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir. Kanımızca, cinsel suçun failin, psikolojik ve biyolojik rahatsızlığından ötürü meydana geldiğinin tıbbi olarak tespit edilmesi, bu rahatsızlığın etkisini azaltmak için kimyasal kastrasyon tedavisinin gerekli olması ve tedavinin failin rızasına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde kimyasal kastrasyon, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanabilecektir. Bu durumlar olmaksızın, cinsel suç failine kimyasal kastrasyon uygulanması AİHS ve Anayasa'ya aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

AĞCAOĞLU, İpek, Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021

AKBULUT, Berrin, ‘‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’’, Ceza Hukuku Dergisi, Editör: Veli Özer Özbek, Cilt:14, Sayı:40, Ağustos 2019

AKÇİN, İhsan, ‘‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’, Yargıtay Dergisi, Cilt 32, Sayı 1-2, Ocak- Nisan 2006

AKKAYA, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2018

AKSAKAL, Enver, ‘‘ Reşit Olmayanla Cinsel İlişki’’, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88 Sayı:2 Yıl:2014

AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları Ve Korunması, Pegem Akademi, 7. Baskı, Ankara, Kasım 2020

ALBAYRAK, Mustafa, Notlu- Atıflı- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019

ALŞAHİN, Mehmet Emin, ‘‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)’’, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2020

APAYDIN, Necati, ‘‘TCK Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler’’, Türk Ceza Kanunu Reformu –İkinci Kitap- Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Birinci Baskı: Eylül 2004

ARSLANTÜRK, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Mayıs 2019

ARTUÇ, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Temmuz 2019

ARTUK, Mehmet Emin, **ALŞAHİN**, Mehmet Emin, ‘‘ Sarkıntılık Fiili’’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, Yıl:2016

ARTUK, Mehmet Emin, **GÖKÇEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

ARTUK, Mehmet Emin, **GÖKÇEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2014

ATAÇ, Asiye Selcen, ‘‘Ceza Hukuku ve Encest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış’’ <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813304>, , Erişim Tarihi: 23.05.2022

ATAÇ, Selcen, ‘‘Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu’’, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2013

ATALAY, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013

AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku -2- Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2018

AYDIN, Murat, ‘‘Ceza Hukukunda Cinsel İstimara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı’’, Terazî Hukuk Dergisi, Sayı: 40, Yıl:2009

AYDIN, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara, Ocak 2018

AYRAL, Fatma, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu Ve Bu Suçla Mücadele, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2010

BACAKSIZ, Pınar, **BAYZİT**, Tuğba, ‘‘Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı’’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019

BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2019

BAHTİYAR, Murat, ‘‘Çocuklara Yönelik Cinsel Suçlar ve Mağduriyet Yaklaşımları’’, Suç Mağdurları, Editör: Halil İbrahim Bahar, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Temmuz 2006

BAYRAKTAR, Seda, İnsanlığın Kanayan Yarası Çocuk İstismarı Ve İhmali, Nobel Tıp Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul, 2015

BEYAZIT, Özgür, ‘‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, Nisan 2010

BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku Cilt 2: Kişiyeye Karşı Suçlar-1, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar, Fulya Eroğlu Erman, 1. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017

CAN, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Mart 2012

CAN, Muhammet, **TIRTIL**, Lale, **DOKGÖZ**, Halis, ‘‘Çocuk İstismarı Olgularında Hekim Sorumluluğu’’, Birinci Basamakta Adli Tıp, Editörler: Sermet Koç Muhammet Can, 2. Baskı, https://istabip.org.tr/dosyalar/adli_tip.pdf , Erişim Tarihi:10.07.2021

ÇALIŞKAN, Suat, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2013

CENTEL, Nur, ‘‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinse Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, Mart-Nisan 2012

CENTEL, Nur, **ZAFER**, Hamide, ‘‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)’’, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, , Ankara, Mayıs 2020

COŞKUN, Ayşen, **COŞKUN**, Bülent, **ÇOLAK**, Başar, **TANER**, Fahri Gökçen, **AYDIN**, Murat, **ACAR**, Necla, **AKÇO**, Seda, **ŞİŞMANLAR**, Şahika, ‘‘Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması İle Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri’’, <http://web.e-baro.web.tr/uploads/41/04032018BASINACIKLAMASIKITAP.pdf>, Erişim Tarihi: 10.07.2021

ÇITAKLAYIM, Hasan, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarı’’, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Mülkiyeliler Birliği Armağanlar Dizisi: 10, Ankara, Temmuz 2012

DEMİR, Abdullah, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019

DEMİRBAŞ, Timur, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020

DEMİRBAŞ, Timur, Şematik Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2011,

DOĞAN, Gökçen ‘‘Cinsel Saldırı Suçu’’, Suç ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:2, Mart 2015

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2007

DURSUN, Selman, ‘‘Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış ‘’, Ceza Hukuku Dergisi, Editör: Veli Özer Özbek, Cilt:9, Sayı:24, Nisan 2014

DÜLGER, İbrahim ‘‘ Çocukların Cinsel İstismarı’’, Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl: 2, S. 6, Mayıs 2010

DÜLGER, İbrahim, ‘‘Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi’’, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 6, Yıl: 2000

DÜLGER, Murat Volkan, ‘‘Evlilik Birliği İçinde GerekleŖen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler’’, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı:2, Yıl: 2006

ERCAN, İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, Ağustos 2013

ERDEM, Eylül, TÜRAY, Aras, ‘‘Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun EŖe KarŖı İşlenmesi’’, Suç Ve Ceza- Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Haziran 2019

ERDOĞAN, Ayten, ‘‘Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi’’ Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Cilt:2, Sayı:2, Yıl:2010

ERDOĞAN, Yavuz, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’’ Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu, Editörler: Osman Azad Kazan, Yavuz Erdoğan, Toğrul Salamzade, Pınar Kaya DöŖlü, Tuğba Aksungur, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ŗubat 2017

ERDOĞAN, Arif, **KOCAPINAR**, Halime, **ÖZER**, Seda, Cinsel İstismar Suçunda Fail İle Mağdurun Çocuk Olması, https://www.academia.edu/25123149/Cinsel_%C4%B0stismar_Su%C3%A7unda_Fail_ile_Ma%C4%9Fdurun_%C3%87ocuk_Olmas%C4%B1, EriŖim Tarihi: 06.06.2021

ERDOĞAN, İhsan, **KESKİN**, AyŖe DilŖat, Türk Medeni Hukuku BaŖlangı Hükümleri KiŖiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim 2019

ERKOL, Zerrin, **ASLAN**, Fatmagül, **TİMUR**, Serdar, **BÜKEN**, Bora, **HEYBECİ**, Nesrin ‘‘Cinsel İstismar Mağduru Çocuklar Hakkında Çocuk İzleme Merkezi’ndeki Süreç Sonrasında Uygulanabilecek Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler’’, Adli Bilimler Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, 2014

EVRENSEL, Alper, **ÖZŖAHİN**, Aytekin, ‘‘Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü’’, Anadolu Psikiyatri Dergisi, 15(Ek Sayı:1), Yıl:2014

GENÇ, Ŗura, **COŖKUN**, Seçil, ‘‘Ensest’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:106, Yıl: 2013

GERÇEKER, Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020

GÜNDÜZ, Remzi, 6545 Sayılı Kanunla DeđiŖtirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa KarŖı Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015

GÜNDÜZ, Remzi, **GÜLTAŖ**, Veysel, Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2013

GÜRGEN, Senem Renk, ‘‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Çocuk Ve Cinsel İstismar Kavramları’’, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 3, Ekim 2018

GÜVEN, Gülşah, “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikası”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:3

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku II Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar 2008- 209 Ders Yılı Ders Notları, Başkent Üniversitesi. Ankara, 2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Us-A Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Aralık 2016

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Cilt I Özel Hükümler, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2022

HOROZGİL, Denizhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 0, Sayı: 93, Yıl: 2011

İLİK Bülent, **İÇAĞASIOĞLU ÇOBAN**, Arzu, “Çocukların Duygusal İstismarı ve Sosyal Hizmet Müdahalesi”, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021

İŞTEN, İnanç, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Uluslararası Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:9, Haziran 2017

KAFES, Veli, “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014

KANBUR, Mehmet Nihat, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014

KANTARCI, Nurullah, “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:33

KAYA, Funda, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2016

KAZAN, Osman Azad, **SALAMZADE**, Toğrul, **KAYA DÖŞLÜ**, Pınar, **AKSUNGUR**, Tuğba, “Çocuk Cinsel İstismarı”, Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu, Editörler: Osman Azad Kazan, Yavuz Erdoğan, Toğrul Salamzade, Pınar Kaya Döşlü, Tuğba Aksungur, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2017

KEÇELİGİL, Hasan Tahsin, “Cinsel Suçlarda Failim Kimyasal Kastrasyonu”, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Editörler: Hakan HAKERİ, Cahid DOĞAN, Adalet Yayınevi, Aralık 2008

KELEP PEKMEZ, Tuba, ‘‘Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘‘Rızaya Dayalı’’ Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’’, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, Aralık 2020

KILIÇ, Abbas, ‘‘Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:78, 2008

KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher, ‘‘Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu’’, Feminist Eleştiri Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 2013

KOCA, Mahmut, ‘‘Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü’’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl: 2012

KOCA, Mahmut, **BOZKURT**, Özge, **AKAR**, İbrahim, ‘‘Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’’, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Editör: Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2020

KOCA, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2019

KURT, Bülent, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Adalet Yayınevi, 1 Baskı, Ankara, 2020, s.23

KÖSE, Üzeyir, ‘‘İslâm Ceza Hukuku Açısından Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar’’, Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı:16, Aralık 2018

KÜÇÜK, Füsün Ceren, ‘‘Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma’’, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:3, Yıl:2017

KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, ‘‘Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi’’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı:4, Yıl: 2015

KÜSKÜ, Hamza, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK md. 103/2), Adalet Yayınevi,1. Baskı, Ankara, 2020

KOÇ, Ziya, ‘‘Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi’’, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:15, Sayı:42, Nisan 2020

KOLBURAN, Güliz, ‘‘Duygusal İstismar Tanım ve Kavramsal Çerçeve’’, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021

KONAN, Belkıs, ‘‘Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu’’, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Cilt:7, Sayı:29, Yıl:2011

KORKUSUZ, Gülşah, ‘‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK md.102)’’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı:1, Yıl:2013

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:121, Yıl: 2013

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2013

MEMİŞ KARTAL, Pınar, ”Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2013

MEMİŞ KARTAL, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014

MERAN, Necati, Açıklamalı- İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007

MERAN, Necati, “Cinsel İstismar ve Cinsel Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, Terazi Hukuk Dergisi, Editör: Mutlu Dinç, Cilt:9, Sayı:98, Ekim 2014

MERKİ ÇOKSEZEN, Duygu, Fuhuş Suçu (TCK 277), 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021

NİŞANCI, Doğukan, “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:120, Ağustos 2015

NUHOĞLU, Ayşe, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt: II, 2010/1

ÖZABACI, Nilüfer Şehriban, “Şiddet Türleri”, Çağımızın Çözüm Arayan Sorunu Şiddet, Editör: Nilüfer Şehriban Özabacı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Mart 2021

ÖZBEK, Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2009

ÖZBEK, Veli Özer, **DOĞAN**, Koray, **BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, Ekim 2020

ÖZBEK, Veli Özer, **DOĞAN**, Koray, **BACAKSIZ**, Pınar, **MERAKLI**, Serkan, **BAŞBÜYÜK**, İsa, Açıklamalı-Şematik Pratik Çalışma Kitabı- Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, Ekim 2020

ÖZBEK, Veli Özer, **KANBUR**, Mehmet Nihat, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gereççeli - İçtihatlı) Cilt:2, Özel Hükümler (Madde 76-

169) - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, ‘‘Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü’’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:1, Yıl: 2010

ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019

ÖZEN, Mustafa, ‘‘5237 sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:65, Yıl:2006

ÖZEN, Mustafa, ‘‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakış Açısı’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:70 Yıl:2007

ÖZGENÇ, İzzet, ‘‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi’’, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24 Sayı:2 Yıl:2020

ÖZGENÇ, İzzet, ‘‘Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar’’, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı:1, Yıl: 2020

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021

PAKIR, Yusuf, Cinsel Saldırı Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Temmuz 2018

PARLAR, Ali, **BANKO** Meltem, 6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2014

PARLAR, Ali, **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu-2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Nisan 2008

POLAT, Oğuz, Adli Psikolojiye Giriş, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2020

POLAT, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı- 1 Tanımlar, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019

POLAT, Oğuz, Şiddet, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2017

REVA, Zeynep, ‘‘Duygusal İstismarın Hukuki Boyutu’’, Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Editör: Güliz Kolburan, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2021

SANER, Suzan, ‘‘Çocuk Cinsel İstismarı ve Zor Açığa Çıkması Bilgilendirme Dosyası’’, <https://docplayer.biz.tr/24840039-Cocuk-cinsel-istismari-ve-zor-aciga-cikmasi->

bilgilendirme-dosyasi-yayina-hazirlayanlar-sahika-yuksel-suzan-saner.html, Erişim Tarihi: 07.06.2021

SAVAŞCI, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2016

SÖZÜER, Adem, Ceza Hukuku Özel Hükümler,
http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/adalet_ao/cezahoh.pdf, Erişim Tarihi: 02/07/2020

ŞARMAN, Ceren, Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2012

ŞEKER, Halil Kaya, **ŞEKER**, Sevgi, "Çocuklara Yönelik Cinsel Amaçlı Turizm", Sivas Interdisipliner Turizm Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, 2018

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

ŞEN, Ersan, Yorumluyorum- 7, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2014

ŞEN, Ersan, Yorumluyorum-11, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2016

ŞEN, Ersan, Yorumluyorum-13, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2016

ŞEN, Ersan, **AKSÜT**, Ertekin, "Azmettirenin Kastı ve Azmettirilen Fiilin Nitelik Değişirmesi", Yorumluyorum-19, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018

ŞEN, Ersan, **BAŞARIR** Tuğçe, "Ensest Mağdurlardan Birisi: Kadın", Yorumluyorum -2, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Nisan 2014

ŞEN, Ersan, **DEMİRBÜKER**, Filiz, "15 Yaşını Tamamlamış Çocuklara Basit Cinsel İstismar ve Sarkıntılık", Yorumluyorum-19, Ersan Şen, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018

ŞİMŞEK, Alaattin, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015

ŞİRİN, Memduh Cemil, Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar, Çocuğun Cinsel İstismarı -Ceza Kanunu Maddesi- Raporu, Rapor No: 17, Çocuk Vakfı Yayınları, Ekim 2016

TANER, Fahri Gökçen, "Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Mayıs-Haziran 2016

TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2017

TANER, Fahri Gökçen, ‘‘6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme’’,
https://www.academia.edu/7925317/6545_Say%C4%B1l%C4%B1_Kanunla_Cinsel_Su%C3%A7larda_Yap%C4%B1lan_De%C4%9Fi%C5%9Fiklikler_%C3%9Czerine_Bir_De%C4%9Ferlendirme, Erişim Tarihi: 01.07.2021

TANER, Fahri Gökçen, ‘‘6545 sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Net Getirdi? Ne Getirebilirdi?’’, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017

TANERİ, Gökhan, **KAMIŞLI**, Gani, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2018

TAŞKIN, Şaban Cankat, ‘‘Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu’’, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, 67-68. Sayı, Mart-Nisan 2010

TAŞTAN, Mehmet, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021

TEKİN, Nurullah, ‘‘Cinsel Saldırı Suçunun 765 ve 5237 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi’’, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:7, Yayın:84, Aralık 2009

TEMEL, Muhammed Zeki, ‘‘ Yargıtay İçtihatları Işığında Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu Açısından Teşebbüs ve İştirak Hükümlerinin Uygulanması’’ Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı:25, Yıl: 2019

TEZCAN, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, **ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, Eylül 2020

TIRAŞÇI, Yaşar, **GÖREN** Süleyman, ‘‘Çocuk İstismarı ve İhlali’’, Dicle Tıp Dergisi, Cilt:34, Sayı:1, 2007

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2013

TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013

TOPÇU, Sedat, Cinsel İstismar, Phoenix Yayınları, Ankara, Haziran 2009

TÖNGÜR, Ali Rıza, **ÇETİNTÜRK**, Ekrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2020, s.120

TURGUT, Engin, ‘‘Çocuk İstismarı Ve İhlali’’, Çocuk Hakları, Editör: Zihni Merey, Salmat Basım Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Aralık 2016

TURHAN, Engin, Türk ve Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2021

UÇAN, Bünyamin, Çocukların Cinsel İstismarı, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019

ÜNLÜ, Ozan Yücel, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, Aralık 2017

ÜNVER, Yener, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014

ÜSTÜNDAĞ, Alev, "Çocuk İhmal ve İstismarı - Cinsel İstismar (Çocuk İzlem Merkezleri)",
https://omeriyeiho.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/63/01/748979/dosyalar/2019_04/20094846_Yocuk_Yhmal_ve_YstismarY-Cinsel_Ystismar_Uzm._Alev_YstYndaY.pdf?CHK=e722a2ad18479d6f8984a36a551b8113, Erişim Tarihi: 07.06.2021

ÜSTÜNER TOP, Fadime, "Çocuk İhmali ve İstismarı", Türkiye'de Çocuk Olmak, Editör: Şirin Dilli, Pegem Akademi Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2020

ÜZÜLMEZ, İlhan "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl: 2009

YAĞMUR, Fatih, "Çocuk İstismarı ve İhlali", Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Sayı:12, Eylül 2008,

SANCAR, Türkan YALÇIN, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2013

SANCAR, Türken Yalçın, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler", https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000463, Erişim Tarihi: 07.09.2021

YELDAN, Didem, Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2020

YELDAN, Didem, 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Ocak 2021

YELDAN, Didem, 99 Soruda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2021

YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genele Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, 2016

YENERER ÇAKMUT, Özlem, ‘‘Türk Hukukunda Kastrasyon Tıbbi Müdahalesi ve Yeni Gelişmeler’’, 2.Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu ‘‘Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku’’, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2014

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, ‘‘5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’’, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:33, Yıl:3, Eylül 2005

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **YAŞAR**, Yusuf, ‘‘Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?’’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:14, Yıl:4

YILDIRIM DOĞRU, Safiye Sunay, ‘‘Zihin Engelli Çocuklarda Cinsel İstismar’’, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2016

YILDIZ, Selvi, ‘‘Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Üzerinde Çocuk Pornografisi’’, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/66267>, Erişim Tarihi: 07.06.2021

YILMAZ, Mahmut, Kadim Medeniyetlerde ve İslam Hukukunda Cezalar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara Eylül 2019

YOKUŞ SEVÜK, Handan, ‘‘5237 Sayılı TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları’’, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 4, Nisan 2005

YOKUŞ SEVÜK, Handan, ‘‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları’’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, Yıl: 2005

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2019

ZAFER, Hamide, ‘‘Fuhuş Suçu’’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, Yıl:2019

ZİYALAR, Neylan, Çocuk İstismarı ve Çocukla Adli Görüşme, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2020

<https://www.tdk.gov.tr/>

<https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf>

<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>

<https://www.corpus.com.tr/>

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf

