

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
DİLAY TÜYSÜZ

ANTALYA-2021

T.C.
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Dilay TÜYSÜZ

Tez Danışmanı
Dr. Öğretim Üyesi İnanç İŞTEN

ANTALYA-2021

ONAY/BİLDİRİM FORMU

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MÜDÜRLÜĞÜ

Dilay TÜYSÜZ’e ait “Çocukların Cinsel İstismar Suçu” adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından Kamu Hukuku ANABİLİM DALI Tezli Yüksek Lisans PROGRAMI tezi olarak oybirliği / oyçokluğu (..../....) ile kabul edilmiştir.

Akademik Ünvanı, Adı ve Soyadı İmzası

Üye (Jüri Başkanı) :

Üye :

Üye :

Tez Teslim Tarihi :

Tez Sınavı Tarihi :

Enstitü Müdürü :

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DOĞRULUK BEYANI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

.... / / 2021

Dilay TÜYSÜZ

İmzası

ÖNSÖZ

Antalya Bilim Üniversitesi, Kamu Hukuku yüksek lisans tezi olarak hazırlamış olduğumuz bu çalışma, toplumsal sorunlardan biri olan çocukların cinsel istismarı suçunu ele almaktadır. Bu çalışmada literatür taraması yapılmış olup konu hakkında yapılan çalışmalar ele alınmıştır. Ayrıca uygulamaya ilişkin sorunlara ve doktrinindeki tartışmalara da yer verilmiştir.

Amacımız çocukların en iyi şekilde korunması için bir nebze olsa farkındalık sağlamaktır. Çünkü çocuklar toplumun yapı taşlarını oluşturur. Çocukların çocuk olarak kalabilmesini sağlamak ve onları en iyi şekilde korumak tüm toplumun görevidir. Unutulmamalıdır ki toplumun geleceği bugünün çocuklarına bağlıdır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında bana öncülük eden ve tezin çeşitli aşamalarında görüş ve önerilerini benimle paylaşan tez danışmanım Dr. Öğr. Ü. İnanç İŞTEN'e şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca annem ve babama da yıllarca bana vermiş oldukları destekler için teşekkür ederim.

Dilay TÜYSÜZ

ÖZET

Tezin konusunu, toplum tarafından çok fazla tepki çeken ve Türkiye’de de gittikçe artarak büyük bir sorun haline gelen çocukların cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde yer alan 103. maddede düzenlenmiştir.

Suçun işlenebilmesi bakımından çocuğun yaşı, psikolojisi ve farkındalığı önem arz etmektedir. Bunun yanında, çocuğa yönelik olarak uygulanan cinsel eylemlerin niteliğine göre tayin olunacak cezanın miktarı da değişmektedir. Örneğin, çocuğun vücuduna temas içeren cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini oluştururken, eylemin cinsel ilişki boyutuna varması halinde ise cinsel istismar suçunun nitelikli hali oluşmaktadır. Bu hususlar tez içerisinde ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda, Kanun’daki düzenlemenin içerdiği problemler ve uygulamada yaşanan sorunlar Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Suç kapsamına giren cinsel davranış türleri ile yaş gruplarına göre düzenlemede yer alan ayrımlar ayrıntılı olarak incelenmiş ve tartışılmıştır. Bilhassa çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar ve cinsel ilişki boyutuna varan eylemlerine vurgu yapılarak, Kanun’daki ve uygulamadaki sorunlar ele alınmış, bu çerçevede suç tipi ile ilgili olarak tartışmalı hususlara katkı yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çocukların cinsel istismarı, mağdur çocuk, nitelikli cinsel istismar suçu, cinsel davranış, cinsel ilişki.

ABSTRACT

This is the subject of the thesis, Turkey frequently experienced and society constitute the crime of sexual abuse of children by seeing too much response.

The crime of sexual abuse is addressed in the 103rd article in the "Crimes Against Sexual Immunity" section of the "Crimes Against Persons" section of the New Turkish Penal Code No.5237.

The child's age, psychology and consciousness of the child are important for the commission of the crime. In addition, the amount of punishment to be determined according to the nature of the sexual acts applied to the child varies. For example, sexual behaviors involving contact with the child's body constitute the simplest form of the sexual abuse crime of children, if the act reaches the dimension of sexual intercourse, a qualified version of the sexual abuse crime will emerge. These issues have been tried to be dealt with in detail in the thesis.

In our study, the problems in the regulation and the problems encountered in practice were handled within the framework of the decisions of the Supreme Court. The types of sexual behavior within the scope of the crime and the differences according to age groups in the regulations were examined and discussed in detail. Especially by emphasizing children's sexual behaviors towards each other and their actions up to the extent of sexual intercourse, the problems encountered in the Law and in practice were addressed, and within this framework, it was aimed to contribute to the controversial issues related to crime.

Keywords : Child sexual abuse, child victim of crime, qualified form of molestation, sexual behavior, sexual intercourse.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	: Ceza Genel Kurulu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
e.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
k.	: Karar
k.t.	: Karar Tarihi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
RG	: Resmî Gazete
SSÇ	: Suça Sürüklenen Çocuk
c.	: Cilt
s.	: Sayfa No
S.	: Sayı

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE, BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1.1. Genel Olarak Cinsel İstismar Suçu	3
1.2. 765 Sayılı Kanundaki Düzenleme.....	7
1.3. Benzer Suçlarla Karşılaştırma	12
1.3.1. Cinsel Saldırı Suçu.....	12
1.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	12
1.3.3. Cinsel Taciz Suçu	14
1.3.4. Müstehcenlik Suçu.....	14
1.4. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	16
1.4.1. Almanya	16
1.4.2. Rusya.....	17

1.4.3. İsviçre.....	18
1.4.4. Polonya	19
1.4.5. İspanya	19
1.4.6. İngiltere	20

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.1 Suçla Korunan Hukuki Değer	23
2.2. Suçun Unsurları.....	24
2.2.1. Suçun Maddi Unsurları	24
2.2.1.1. Suçun Konusu	24
2.2.1.2. Fail Ve Mağdur	24
2.2.1.2.1. Fail.....	24
2.2.1.2.2. Mağdur	25
2.2.1.3. Fiil	29
2.2.1.3.1 Suçun Basit Hali (Tck M.103/1)	29
2.2.1.3.2. Suçun Nitelikli Halleri.....	38
2.2.1.3.2.1. Cinsel İstismarın Vücuda Organ Veya Sair Cisim Sokularak İşlenmesi Hali	38
2.2.1.3.2.2. Cezanın Artırılmasını Gerektiren Diğer Nitelikli Haller.....	43
2.2.1.3.2.2.1 Suçun Birden Fazla Kişi İle Birlikte İşlenmesi	44

2.2.1.3.2.2.2. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	46
2.2.1.3.2.2.3. 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	48
2.2.1.3.2.2.4. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile Veya Sağlık Hizmeti Veren Ya Da Koruma, Bakım Veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi	49
2.2.1.3.2.2.5. Suçun Kamu Görevinin Veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	51
2.2.1.3.3. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	55
2.2.2. Suçun Manevi Unsuru.....	57
2.2.2.1. Kast ve Taksir	58
2.2.2.2. Kastı Engelleyen Hata	59
2.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru	62
2.3. Kusurluluk.....	65
2.4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	66
2.4.1. Teşebbüs.....	66
2.4.2. İştirak	70
2.4.3. İçtima	72
2.5. Yaptırım.....	76
2.6. Dava Zamanaşımı	78
2.7. Suçun Muhakemesi.....	81

2.7.1. Soruşturma Ve Kovuşturma Evresi	81
2.7.2. Görevli Ve Yetkili Mahkeme	82
2.8. Koşullu Salıverme	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA İSPAT

3.1. Genel Olarak	84
3.2. İspat Araçları	84
3.2.1. Mağdurun Ve Sanığın Beyanları	85
3.2.2. Tanık Beyanları.....	86
3.2.3. Belgeler Ve Bulgular.....	87
3.3. Delillerin Değerlendirilmesi Ve Cezanın Belirlenmesi	88
SONUÇ	90
KAYNAKÇA.....	94
ÖZGEÇMİŞ.....	100

GİRİŞ

Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi günümüzde çok sık rastladığımız bir konu olmakla birlikte, bu konunun hassasiyetinden dolayı ve gelecek nesillerin sağlıklı şekilde yetiştirilebilmesi için gerek devlet eliyle gerek halkın talebiyle birtakım düzenlemeler yapılmış olup, bu düzenlemeler her geçen gün kanun koyucu tarafından toplumun ihtiyaçlarına göre iyileştirilmeye çalışılmaktadır¹.

Çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesi sonucu cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm çocukların fiziksel ve zihinsel sağlıklarında birtakım sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. Bu suçun işlenişinin şekillenmesi ve sorunların giderilmesi bağlamında toplumların değer yargıları ve sosyo-kültürel yapıları önem arz etmektedir².

Genel olarak Türkiye içerisindeki vakıalar incelediğinde, istismarcıların tanındık, özellikle de akraba olmaları halinde olayların gizlendiği görülmektedir. Ne yazık ki bu tür vakıaların çoğu yargıya intikal etmemektedir³. Bu durumun genellikle toplumsal baskılardan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar çocuk istismarı konusunda araştırmalar yapıp veriler toplansa da bu veriler buz dağının yalnızca görünen kısmını oluşturmaktadır⁴.

Bu çerçevede tezin birinci bölümünde; Türk Ceza Kanunu (TCK) m.103'de yer alan çocukların cinsel istismarı suçu genel hatlarıyla ele alınmış, suça ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere yer verilerek, TCK'daki düzenleme ile kıyaslama yapılması hedeflenmiştir.

İkinci bölümde; TCK m.103'te yer alan çocukların cinsel istismarı suçu sistematik olarak açıklanmış, suçun unsurlarına ve özel görünüş şekillerine değinilmiş, suçla ilgili gerek öğretide gerekse uygulamada üzerinde durulan tartışmalı hususlara vurgu yapılmış,

¹ Karaca, Hilal., “Çocuğun Cinsel İstismarı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 90, Sayı: 2, Mart 2016, Sayfa: 207.

² Ramphabana L.B, Rapholo SF & Makhubele JC: The Influence of Social-Cultural Practices Gender & Behaviour, 17 (4), page; 13948, December 2019.

³ Karaca, s. 207.

⁴ Mertoğlu, Münevver., “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismar”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 107, Ekim 2018, s.39.

suçun yaptırımı ve dava zamanaşımına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Yargıtay kararları ve uluslararası düzenlemeler eşliğinde, çocuklara karşı yapılan diğer cinsel eylemler neticesinde oluşan suç tipleri ele alınmış ve zaman içerisinde kanun koyucunun yaptığı değişikliklerden de bahsedilerek, düzenlemeye ve uygulamaya ilişkin sorunlara dikkat çekilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise çocukların cinsel istismarı suçunun ispatına dair açıklamalar yapılmış, ispat araçlarına değinilerek, suçun sübutu bakımından delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE, BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1.1. Genel Olarak Cinsel İstismar Suçu

Çocuklar, ulusal ve uluslararası alanlarda korunmak istenmiş ve bu doğrultuda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede uluslararası alanda yer alan ilk ve en kapsamlı düzenleme, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmedir.

Bu sözleşmenin 19’uncu maddesine göre; *“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.”*⁵

Türkiye, Sözleşme’nin 17, 23 ve 30’uncu maddelerine ihtirazi kayıt koyarak taraf olmuştur. Akabinde Sözleşme 09.12.1994’te kabul edilerek 27.01.1995 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Uygun Bulunması Hakkında Kanun 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan tercümesidir. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>, erişim tarihi: 10.03.2021

“Çocuk” kavramı, TCK m.6/1-b’de “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a’da (ÇKK) ise “*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır.

Genel olarak cinsel istismar, bir çocuğun rızası olmadan yahut iradesi sakata uğratılmış bir şekilde rızası alınarak veya cebir ya da tehdit altında bırakılan çocuğa karşı yapılan cinsel içerikli her türlü temaslı eylemi ifade eder⁶.

5237 sayılı TCK’da, cinsel istismar kavramına yer verilmiş ve suç, “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde yer alan 103. maddede düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK m.103/1’de yer alan hüküm “(1) *Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

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

b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.”* şeklindedir. Bu fıkra, suçun basit hali ile daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenen sarkıntılık suçu yer almaktadır.

Maddenin 2. fıkrası; “*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde*

⁶ Özbek, Veli Özer., Doğan, Koray., Bacaksız, Pınar., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, b.15, 2020, s.355.

verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.” şeklinde olup, bu fıkarda suçun nitelikli halini oluşturan eylemlere yer verilmiştir.

Maddenin 3. ve 4. fıkralarında, suçun diğer nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre;

“(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

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

Maddenin 5. fıkrasında gerçek içtima hükmü düzenlenmiştir. Buna göre; “Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Maddenin 6. fıkrasında ise, netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü yer almaktadır. Buna göre, “Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

Kanun koyucu, TCK m.103’te, çocukların cinsel istismarı suçunu düzenlerken, çocukların sağlıklı bir biçimde yetişmesi, onları daha etkin bir biçimde koruyabilmek

için fizyolojik ve psikolojik özelliklerini de göz önünde bulundurarak, TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçundan daha ağır bir ceza sistemi öngörmüştür⁷.

Ayrıca 5237 sayılı TCK m. 103’de “cinsel saldırı suçu”, 104madde de “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu⁸”, 105. maddede de “cinsel taciz suçu⁹” düzenlenmiştir. İlerleyen bölümlerde bu suçlardan kısaca bahsedilecektir.



⁷ İşt en, İşt en., “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5, S. 9, Haziran 2017, s.140-141.

⁸ 104. maddede yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şu şekilde düzenlenmiştir; “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. 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 fıkra göre cezaya hükmolunur.”

⁹ 105. maddede yer alan cinsel taciz suçu şu şekilde düzenlemiştir: “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti 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. 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 fıkra 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.”

1.2. 765 Sayılı Kanun'daki Düzenleme

Çocuklara yönelik yapılan cinsel eylemler, mülga 765 sayılı TCK'da "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bölümünde, "Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkararak ve iffete taarruz edenler" başlığı altında¹⁰; "ırza ve namusa tasaddi", "reşit olmayan on beş yaşını bitirmiş küçüklerle rızaen cinsel münasebet" ve "evlenme vaadiyle kızlık bozma" suçları olarak sırasıyla, 414, 415, 416/3. maddelerde ve 423. maddede yerini almıştır. 765 sayılı Kanun'da, korunan hukuki değerlerin genel ahlak ve aile düzeni olmasından dolayı, cinsel suçlar, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bölümünde düzenlenmiştir¹¹.

Mülga 765 sayılı Kanun'un 414. maddesinde¹², 15 yaşından küçük çocuğa karşı işlenen ırza geçme suçunun, basit ve nitelikli halleri; 415. maddesinde¹³, 15 yaşından küçük çocuğa karşı işlenen ırza tasaddi suçunun basit ve nitelikli halleri; 416. maddesinde¹⁴, 15 yaşını tamamlamış çocuğa karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi suçları; 417. maddesinde¹⁵, suçun, birden fazla kişi tarafından icra edilmesi ya da failin, mağdur ile arasındaki ilişki dolayısıyla sahip olduğu sıfatı kötüye kullanmak suretiyle suç

¹⁰ İsten, s. 140-141.

¹¹ Taner, Gökçen, Fahri., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017, s.69.

¹² Mülga 765 sayılı TCK'nın 414. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Her kim 15 yaşını bitirmiyen 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.*"

¹³ Mülga 765 sayılı kanunun 415. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsedilir.*"

¹⁴ Mülga 765 sayılı TCK'nın 416. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işliyen 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 hapsedilir. Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

¹⁵ Mülga 765 sayılı TCK'nın 417. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*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 dışarı olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.*"

teşkil eden fiili icra etmesi gibi nitelikli hal düzenlemeleri; 418. maddesinde¹⁶, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleri¹⁷; 423. maddede¹⁸, 15 yaşını doldurmuş bir kızın, evlenme vaadiyle kızlığının bozulması suçu düzenlenmiştir.

“Çocukların cinsel istismarı”, kavramsal bağlamda ilk olarak, 5237 sayılı TCK’da ihdas edilmiş olup, mülga TCK’da, terminolojik olarak bu kavram kullanılmamıştır¹⁹.

5237 sayılı TCK’da, çocukların cinsel istismarı suçunda yapılan ilk düzenleme şu şekildedir:

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

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

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

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz

¹⁶ Mülga 765 sayılı TCK’nın 418. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Yukarki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir. Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sırayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur.”

¹⁷ Küskü, Hamza., Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK Md.103/2), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s.9.

¹⁸ Mülga 765 sayılı TCK’nın 423. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur. Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir.”

¹⁹ Küskü, s.9.

kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

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

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

26.09.2005 tarihli ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la yapılan düzenlemeyle, maddenin üçüncü fıkrasına, “*birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde*” ibaresi eklenmiştir²⁰.

Arkasından, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 59. maddesiyle, 103. maddede birtakım değişiklikler daha yapılmıştır²¹.

²⁰ 5377 sayılı Kanun’un 12. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(3) *Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*”

²¹ Madde gerekçesi şu şekildedir: “Maddeyle, Türk Ceza Kanun’unun 103’üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddenin uygulamasında, birtakım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır. Maddenin altıncı fıkrasında yer alan ‘suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı’na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali, 102’nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırılmaktadır. Buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır. Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102’nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir.

Bu düzenlemeyle birlikte, TCK'nın 103. maddesinin birinci fıkrasına, iki hüküm eklenmiştir. Bunlardan birincisi; cinsel istismarın, sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı şeklindedir. Madde metninde, sarkıntılıktan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemişse de, madde gerekçesinde, sarkıntılık fiilinin “ani hareketli dokunuş” şeklinde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, anlık ve kısa süren her türlü cinsel davranış, sarkıntılık kapsamında değerlendirilmektedir²².

Eklenen ikinci hükümde ise sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun, failinin çocuk olması durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştır. Yapılan bu değişikliğin gerekçesinde, herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ancak yapılan düzenlemede, failin ve mağdurun çocuk olması halinde, re'sen yapılan soruşturmanın doğuracağı sakıncaların giderilmesinin istenildiğini söyleyebiliriz²³.

TCK m.103/2'de yer alan düzenlemede öngörülen yaptırımın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle ve iptal talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur²⁴. Bunun üzerine, Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarihli kararıyla²⁵,

Bu kapsamda, üçüncü derece dahil kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey ana, üvey kardeş veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılabilecektir. Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (b) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir. Cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hâlinde ya da bu durumda olmayan diğer çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 03.01.2020.

²² İştin, s. 146.

²³ İştin, s.147-148.

²⁴ Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin itirazının gerekçesi şu şekildedir; “...cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası şeklinde belirlenen yaptırımın alt sınırının 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce sekiz yıl olduğu, yaptırımın alt sınırının sekiz yıldan onaltı yıla çıkarılmasının hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile suç ve cezaların orantılılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı, kırsal kesimlerde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olduğu, şehirlerde ise yaşı küçük çocukların cinsel birlikteliklerinin yaygın olduğu, çocuk sanıkların yaşı küçük çocuklarla cinsel ilişkinin ağır yaptırımını bilmediği, bu konuda bilinçlendirmeye yönelik çalışmaların olmadığı, çocukların yüksek cezalarla karşı karşıya kalmasının vicdanları zedelediği, düzenlemenin önceki halinde mağdurun ruh sağlığının bozulmaması halinde faile sekiz yıldan başlayan ceza verilirken düzenlemenin yeni halinde mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın adeta bozulmuş gibi faile onaltı yıldan az olmamak üzere hapis cezası verildiği, ayrıca yakın yaşta olan mağdurlara karşı yapılan eylemlere çok farklı cezai müeyyideler bağlanmasının dolaylı olarak eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” (Anayasa Mahkemesi 2015/26 e., 2015/100 k., 12.11.2015 k.t.; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 03.01.2020.)

²⁵ Anayasa Mahkemesi 2015/26 e., 2015/100 k., 12.11.2015 k.t., “...Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaştırmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar

yapılan bu itirazı haklı bulmuş ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin 2. fıkrasını iptal etmiştir²⁶. 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la, TCK m.103/1'e, "*Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.*" hükmü eklenmiştir^{27 28}.

Bizce bu düzenleme, uygulama açısından çok yeterli değildir. Nitekim, yaşa ilişkin net bir ayırım yapılması bazı sıkıntıları ortaya çıkarmaktadır. Örneğin; failin, 12 yaşını doldurmasına 1 gün kalan çocuğa yönelik yaptığı cinsel eylemler neticesinde

çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dahil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırımı bağlanması çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirilmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkanını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır... 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE..."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 03.01.2020.

²⁶ 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle, TCK m.103/2 şu şekilde düzenlenmiştir: "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*"

²⁷ İşten, s.148.

²⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde değişiklik yapan 6763 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "*Madde ile, 5237 sayılı Kanunun 'Çocukların cinsel istismarı' kenar başlıklı 103'üncü maddesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen birinci ve ikinci fıkrası yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ceza belirlenirken bir kademe belirlenmektedir. Mağdurun oniki yaşından küçük olması durumunda verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir. Suçun farklı yaş gruplarındaki mağdurlara karşı işlenmesinde bir ayrımı gözetmeyen mevcut hüküm yeniden düzenlenmektedir.*"; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 03.01.2020.

alacağı cezayla, 12 yaşını 1 gün sonra doldurmuş olan çocuğa yönelik yapacağı cinsel eylem neticesinde verilecek ceza arasında bir orantısızlık olacaktır.

1.3. Benzer Suçlarla Karşılaştırma

Çocukların cinsel istismarı suçu; işleniş şekli, korunan hukuki yarar, maddi ve manevi unsurlar gibi çeşitli yönlerden diğer bazı suçlarla benzerlik göstermektedir. Bu bölümde çocukların cinsel istismarı suçu ile benzer diğer suçlar arasındaki benzerliklere ve farklılıklara değinilecektir.

1.3.1. Cinsel Saldırı Suçu

Çocukların cinsel istismarı suçu gibi cinsel saldırı suçu da cinsel dokunulmazlığı korumayı hedeflemektedir. Bu iki suç arasındaki temel fark, mağdurların yaşıdır. Cinsel saldırı suçunun mağduru 18 yaşını tamamlamış, yetişkin kişiler olabilirken, çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru yalnızca, 18 yaşını tamamlamamış ve Kanun'da çocuk olarak adlandırılmış kişilerdir²⁹.

1.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK m.104'de düzenlenmiştir. Madde metnine göre; “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁹ Aydın, Murat., Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayıncılık, b.3, Ocak 2018, s.95-97.

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, bu suçu çocukların cinsel istismarı suçundan ayıran iki önemli faktör vardır.

Bunlardan birincisi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru 15 yaşını doldurmuş ve kendisine karşı yapılan eylemin hukuki anlam ve önemini algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur. Buna karşın çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru, genel bir ifade ile 18 yaşını doldurmamış çocuktur³⁰.

Diğer bir ayırım ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel birliktelik esnasında mağdurun fesada uğramamış rızası bulunmaktadır. Şayet mağdurun rızası cebir, tehdit ve hile ile fesada uğratılır ise o zaman TCK m.103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır³¹. Başka bir anlatımla, çocuğun iradesini etkileyen başka bir neden varsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Örneğin, mağdurun uyku halinde, uyuşturucu madde etkisi altında, şokta olması ya da başkaca bir sebepten dolayı bilincini kaybetmesi durumunda TCK m.103'teki cinsel istismar suçu gündeme gelecektir³².

Diğer yandan 15 yaşını doldurmuş, ancak 18 yaşını doldurmamış ve durumun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların rızaları dahilinde gerçekleştirilen cinsel birlikteliğe varmayan eylemler suç oluşturmamaktadır³³. Başka bir deyişle, 15 ila 18 yaş aralığında olan çocukların, kendi rızaları dahilinde yaşatları ya da yetişkin bireylerle yaşadıkları cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel deneyimler, herhangi bir suça vücut vermemektedir³⁴.

³⁰ Aydın, s.95-97.

³¹ Aydın, s.95-97.

³² Akdağ, Hale., "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 5, S. 9, Haziran 2017, s.176.

³³ Aydın, s.95-97.

³⁴ İştin, s.144.

1.3.3. Cinsel Taciz Suçu

Cinsel taciz suçu TCK m.105'te düzenlenmiştir. Bu maddede herhangi bir yaş sınırlaması öngörülmemiştir. Diğer bir anlatımla, bu suçun mağduru yetişkinler olabileceği gibi çocuklar da olabilir³⁵. Ayrıca diğer suçlarda olduğu gibi bu suçta da cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Ancak 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle cinsel tacizin çocuğa karşı işlenmesi durumu suçun daha fazla cezayı gerektiren hali olarak düzenleme alanı bulmuştur³⁶.

Cinsel tacizi cinsel istismardan ayıran en önemli unsur, cinsel taciz sırasında failin mağdurun vücudunda herhangi bir temasının olmaması gerekliliğidir. Diğer bir anlatımla, cinsel amaçlarla mağdura yönelik herhangi bir temas gerçekleşmemiş, yalnızca sözle ya da hareketle cinsel nitelikli eylemler gerçekleşmişse bu durumda suç cinsel taciz suçu olarak tanımlanacaktır³⁷. Cinsel nitelikte temas içeren hareketler, mağdurun yaşına göre cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suçlarına vücut vermektedir.

1.3.4. Müstehcenlik Suçu

Çocuk pornografisi olarak da adlandırılan bu suç³⁸; görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi

³⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde değişiklik yapan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 61. maddesinin gerekçesinde: "Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 105 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup, mağdurun çocuk olması durumunda da aynı ceza verilmektedir. Fıkra eklenen hükümle, çocukların cinsel taciz suçuna karşı daha iyi korunabilmesi için, bu suçun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde verilecek ceza önemli derecede artırılmaktadır."

³⁶ Aydın, s.95-97.

³⁷ Aydın, s.95-97.

³⁸ TCK'da 226. maddede yer alan müstehcenlik suçu şu şekilde düzenlenmiştir: "(a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, (b) bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, (c) bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, (d) bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren, (e) bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, (f) bu ürünlerin reklamını yapan, kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın

görünen kişilerin kullanılması halinde oluşur. Bu suçta, çocukların pornografik görüntüleri, buna ilişkin yazılar veya sözler kullanılmaktadır. Cinsel istismardan farkı ise, çocuk pornografisinde çocuğun bedenine karşı doğrudan cinsel bir temas gerçekleşmemesidir. Ancak çocuğun üzerinde gerçekleştirilen cinsel istismar eyleminin kayda alınmak suretiyle pornografik görüntüler elde edilmesi halinde, gerçek içtimar hükümleri uyarınca faile hem cinsel istismar hem de müstehcenlik suçundan ayrı ayrı ceza verilecektir^{39 40}.

yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümler uygulanır. Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.”

³⁹ Aydın, s.95-97.

⁴⁰Yargıtay 14. CD. 2017/ 291 e., 2017 / 1378 k., 16.03.2017 k.t., “...Delillerle iddia ve savunma; duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, beraati ve sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğu, sanık müdafii ve katılanlar vekilinin yerinde görülme-yen temyiz itirazları ile sanık müdafinin duruşmalı inceleme sırasındaki sözlü savunmasının reddiyle, sanık hakkında yağma suçundan verilen beraat kararı ile beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkumiyet hükümlerinin ONANMASINA, Sanık hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan kurulan beraat hükmünün temyiz incelemesine gelince; Dosya içeriğine göre, sanığın on sekiz yaşından küçük mağdureyle cinsel ilişkiye girerken bu ilişkilere dair ve mağdureye ait müstehcen içerikli müstakil görüntüleri kaydederek bilgisayarında ve hafıza kartında bulundurduğunun anlaşılması karşısında, söz konusu fotoğraf ile videoları üreten ve bilgisayar ile hafıza kartında bulunduran sanığın eylemlerinin TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetine karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanlışla düşülerek yazılı şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan beraatine hükmedilmesi,... bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 16.10.2020.

1.4. Karşılaştırmalı Hukukta Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

1.4.1. Almanya

Alman Ceza Kanunu’nun 13. bölümünde yer alan “Bireyin Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen cinsel istismar suçunda 5237 sayılı TCK’dan farklı olarak mağdur bakımından genç ve çocuk ayrımı yapılmış olup 14 yaşından büyükler genç, 14 yaşından küçükler ise çocuk olarak değerlendirilmiştir. Buna göre suçun 14 yaşından küçükler karşı işlenmesi durumu “Çocukların Cinsel İstismarı”, 14 yaşından büyükler karşı işlenmesi hali ise “Gençlerin Cinsel İstismarı” başlığı altında ele alınmıştır⁴¹.

Alman Ceza Kanun’unun 176. maddesinin 1. fıkrasına göre cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için temasın bulunması şartı aranmıştır. Eğer temas yok ise cinsel istismar suçu oluşmayacaktır. Diğer bir anlatımla, fiziksel temasın bulunmadığı cinsel davranışlarda cinsel istismar suçunda bahsedilemez. Ancak, temas içermeyen eylemin gerçekleşme şekline göre ihlal edilen kanun hükmü var ise o hüküm uygulanacaktır⁴².

Diğer yandan TCK’da olduğu gibi suçun basit hali ve daha ağır cezayı gerektiren hali olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre suç birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmişse, suçun neticesi olarak mağdurun sağlığı bozulmuşsa yahut suç teşkil eden fiil on dokuz yaşını tamamlamış fail tarafından işlenmişse nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca suçun basit veya nitelikli halinin gerçekleşmesi sonucunda mağdur ölürse, faile verilecek cezada artırım yapılması öngörülmüştür⁴³.

⁴¹ Strafgesetzbuch (StGB) § 176 Sexueller Mißbrauch von Kindern- § 182 Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen, Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz – www.gesetze-im-internet.de, erişim tarihi: 30.12.2020.

⁴² Küskü, Hamza., Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali, b.1, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.22.

⁴³ Küskü, Hamza., Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali (TCK Md.103/2) / Qualified Form of Child Molestation (TCK Md.103/2), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 6-7.

1.4.2. Rusya

Rusya Federasyonu'nun 1996 tarihli Ceza Kanunu'nda "Kişilerin Cinsel Özgürlüğüne ve Tamlığına Karşı Suçlar" başlığı altında cinsel dokunulmazlığa ve cinsel özgürlüğe karşı suçlar düzenlenmiştir⁴⁴. Çocukların cinsel istismarı ise bu bölüm altında 131-135. maddeler arasında yer almıştır⁴⁵.

Kanun'un 131. maddesine göre, çocuğa tecavüz eden kişiye, 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verilir. Keza mağdur 14 yaşından küçükse, tecavüz sonucunda ölmüşse, ağır yaralanmış ya da mağdura HIV (AİDS) virüsü bulaşmışsa 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilecektir⁴⁶.

Kanun'un 132. maddesine göre, çocuğun direncini kırmak amacıyla cebir veya şiddet kullanılmak suretiyle sübyancılık, lezbiyenlik ya da diğer cinsel aktiviteler gerçekleştirilirse, kişi 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu eylemler, 14 yaşından küçük çocuklar üzerinde gerçekleştirilirse, kişi 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanun'un 134. maddesinde, 16 yaşından küçük çocuğa yönelik olarak madde 132'de yer alan eylemleri gerçekleştiren faile, 3 yıldan 4 yıla kadar özgürlüğünden yoksun bırakma cezası uygulanır. Kanun'un 135. maddesinde, 18 yaşını tamamlamış fail tarafından, cebir veya şiddet kullanılmaksızın, 16 yaşından küçük çocuğa karşı madde 132'deki eylemleri gerçekleştirilmesi halinde faile, 300.000 ruble para ya da maaşından veya gelirinden 2 yıl boyunca para kesintisi yapma cezası verilebileceği gibi, 2 yıldan 3 yıla kadar özgürlükten yoksun bırakılma cezası da uygulanabilecektir⁴⁷.

⁴⁴ Üzülmüş, İlhan., "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 4, S. 2, Aralık 2009, s. 25-28.

⁴⁵ Şarman, Ceren., *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012, s.23.

⁴⁶ Şarman, s.23.

⁴⁷ Şarman, s.23.

1.4.3. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda cinsel istismar suçu “Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar” başlığının beşinci bölümünde sırasıyla madde 187’de “Küçüklerin Gelişiminin Tehlikeye Düşürülmesi- Çocuklarla Cinsel İlişki⁴⁸”, madde 188’de “Küçüklerin Gelişimini Tehlikeye Atmak/ Bağımlı Kişilerle Cinsel Davranışlar⁴⁹”, madde 189’da “Cinsel Özgürlüğe ve Onura Karşı Suçlar- Irza Tasaddi” olarak hükme bağlanmıştır⁵⁰.

İsviçre’de cinsel rüşt yaşı 16 olarak belirlendiğinden, belirtilen suçlar da bu yaş sınırına göre düzenlenmiştir⁵¹. Bu kanuna göre, 16 yaşını henüz doldurmamış bir çocuk ile cinsel ilişkiye girilmesi, çocuğun böyle bir eylem gerçekleştirmeye sevk edilmesi veya çocuğu cinsel ilişkiye dâhil edilmesi halinde suçun sübuta ereceği kabul edilmektedir. Ancak ilişkiye dahil olan kişilerin aralarındaki yaş farkı üçten az ise bu suç oluşmayacaktır. Bunun haricinde fail, cinsel ilişkinin gerçekleştiği zaman 20 yaşından küçükse ya da failin, çocuğun eşi konumunda olması gibi özel durumlar varsa kovuşturma aşamasından veya hapis cezasından vazgeçilebilmektedir. Dolayısıyla failin yaşı ve evli olma hali cezalandırılma bakımından önem taşımaktadır. Kanunda aynı zamanda suçun basit hali de düzenlenmiştir. Buna göre, fail, çocuğun yaşında hataya düşmüşse ve

⁴⁸ Küçüklerin gelişimini tehlikeye atmak/çocuklarla cinsel davranışlara ilişkin madde 187 şu şekilde düzenlenmiştir: “16 yaşından küçük bir çocuk ile cinsel davranışta bulunan kişi, bu yaşta bir çocuğu cinsel davranışta bulunmaya yönlendiren kişi, bu yaşta bir çocuğu cinsel davranışın içine sokan kişi en fazla beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır. Eğer cinsel davranışta bulunanlar arasındaki yaş farkı üç yaşı geçmiyor ise davranış cezalandırılmaz. Eğer davranış sırasında fail 20 yaştan küçük ise ve özel şartlar mevcut ise veya mağdur fail ile evlendi veya yasal partnerlik kurdu ise yetkili makam kovuşturmadan vazgeçebilir, davayı mahkeme önüne taşımaktan veya para cezası vermektan vazgeçebilir. Eğer fail gerekli özeni gösterse kaçınabilecek iken hata ile mağdurun en azından 16 yaşında olduğunu düşünerek hareket etmiş ise en fazla üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.” (Şirin, Memduh Cemil., Çocuğun Cinsel İstismarı-Ceza Kanunu Maddesi- Raporu Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar, Çocuk Vakfı Çocuk Araştırmaları Merkezi, 2016, Rapor No:17, s.41.)

⁴⁹ Küçüklerin gelişimini tehlikeye atmak/ bağımlı kişilerle cinsel davranışlar ilişkin 188. madde şu şekilde düzenlenmiştir: “Eğitim, güven, iş ilişkilerinden veya başka türlü bağımlılık ilişkilerinden yararlanarak 16 yaşından büyük çocuk üzerinde cinsel davranışta bulunan kişi, bağımlılık ilişkisinden yararlanarak bu çocuğu cinsel davranışta bulunmaya yönlendiren kişi en fazla üç yıl hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır. Eğer mağdur fail ile evlendi veya yasal partnerlik kurdu ise yetkili makam kovuşturmadan vazgeçebilir, davayı mahkeme önüne taşımaktan veya para cezası vermektan vazgeçebilir.” (ŞİRİN, s.41-42.)

⁵⁰ KAYA, Funda., Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016, s.50-51.

⁵¹ Kaya, s.50-51.

çocuğun 16 yaşında veya 16 yaşından daha büyük olduğu kanısıyla hareket etmişse, faile verilecek cezada indirim yapılacaktır⁵².

Ayrıca 16 yaşından büyük bir çocuğa karşı yakınlık ilişkisi içerisinde olan failin, bu ilişkiyi kötüye kullanarak çocuk ile cinsel ilişkiye girmesi veya çocuğu böyle bir ilişkiye sokması hali de yaptırıma bağlanmıştır. Burada da failin, mağdur çocuk ile evli olma durumu yargılama sürecine etki edecektir. Bununla birlikte cebir, tehdit veya psikolojik baskı kurmak ya da direncini kırmak suretiyle mağdurun cinsel ilişki ya da diğer cinsel davranışlarda bulunmaya zorlanması hali de hükme bağlanmıştır⁵³.

1.4.4. Polonya

1998 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nda, özel kısım içerisinde yer alan 25. bölümde "Cinsel Tamliğa ve Adaba Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen 200. maddede çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar ele alınmıştır. Buna göre birinci fıkrada 15 yaşını doldurmamış küçüğü cinsel ilişkiye yönlendiren ya da onu başkalarının cinsel davranışlarına katlanmaya yahut böyle davranışları icra etmesini sağlayan kişinin, 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise çocukların pornografik görüntülerini kaydeden ve ona yardımcı olan kişilerin de aynı şekilde cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁵⁴.

1.4.5. İspanya

1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "Cinsel Özgürlüğe ve Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığa altında 178-184. maddeleri arasında

⁵² Küskü, s.23.

⁵³ Küskü, s.23.

⁵⁴ Üzülmöz, s. 25-28.

düzenlenmiştir. Cinsel istismara ilişkin düzenlemeler ise 181-183. maddeler arasında yer almaktadır⁵⁵.

Kanun'da cinsel istismar suçuna ilişkin olarak herhangi bir yaş ayrımı öngörülmemiştir. Diğer bir anlatımla, cinsel istismar suçu, yalnızca çocuklara karşı değil, aynı zamanda yetişkin bireylere karşı da işlenebileceği kabul edilmektedir⁵⁶.

Kanun'un 181. maddesinde, cinsel istismar suçunun temel şekli düzenlenmiş olup, mağdurun yaşına ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Bu Kanun'un 182. maddesinde 13 ila 16 yaş grubunda yer alan çocuklara karşı hileyle işlenen cinsel davranışlar, cinsel istismar olarak ayrıca düzenlenmiştir⁵⁷.

Kanun'da, 13 yaşından küçük çocuklara yönelik gerçekleştirilen eylemlerin cebir ya da tehdit içerip içermediğine göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Keza bu çocuklara yönelik olarak cebir ya da tehdit eylemleri gerçekleşmemişse, 183. maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır. Eğer cebir veya tehdit kullanılması suretiyle suç işlenmişse, 183. maddenin 2. fıkrası uygulanacaktır. Diğer yandan Kanun'da oral, anal ya da vajinal yoldan cinsel ilişkiye girilmesi hali ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür⁵⁸.

1.4.6. İngiltere

Diğer ülkelerden farklı olarak İngiltere'de cinsel suçlar ayrı bir kanunda düzenleme alanı bulmuştur⁵⁹. İlk olarak Cinsel Suçlar Kanunu 1956'da çıkarılmış, 1976'da değişikliğe gidilmiştir. 20 Kasım 2003'te ise yeni Cinsel Suçlar Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun 3 bölüm ve 143 maddeden oluşmaktadır. Cinsel istismar suçu ise iki ayrı bölümde düzenlenmiştir⁶⁰. Kanun'un 5 ila 9. maddeleri arasında çocuklara

⁵⁵ Üzülmüş, s. 25-28.

⁵⁶ Kurt, Bülent., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.20.

⁵⁷ Kurt, s.20

⁵⁸ Kurt, s.20-21.

⁵⁹ Çelik, İsmail., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.19.

⁶⁰ Yazar, Demir Özlem., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019 s.151-153.

yönelik yapılan cinsel eylemler yer alırken, 25 ila 29. maddeleri arasında çocuklara karşı aile bireyleri tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemler düzenlenmiştir⁶¹.

Kanun'un 5. maddesinde "13 yaşından küçük çocuklara yönelik tecavüz"⁶² suçu düzenlenmiştir. Buna göre, failin kasıtlı olarak cinsel organını 13 yaşından küçük bir çocuğun cinsel organına, anüsüne veya ağızına sokar ise ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna paralel olarak madde 6'da⁶³ 13 yaşından küçük çocuğun cinsel organına ya da anüsüne kasten ve cinsel amaçla vücudunun bir parçasını veya sair bir cisim sokması durumunda da failin ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 7. maddede⁶⁴, kasıtlı olarak 13 yaşından küçük bir çocuğa cinsel amaçlarla dokunulması halinde, jüri huzurunda yapılmayan yargılamada 6 ayı geçmeyecek şekilde hapis cezası veya üst sınırı aşmayacak şekilde para cezasına hükmedilecek ya da hem hapis hem de para cezası uygulanabilecektir. Jüri huzurunda yapılan yargılamalarda, 14 yılı geçmeyen hapis cezası verileceği yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca kanunun 8. maddesine göre kasıtlı olarak 13 yaşından küçük bir çocuğa cinsel eylemlerde bulunulması için başkalarını teşvik eden kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kanun'un 9. maddesinde⁶⁵ çocuk üzerinde

⁶¹ Çelik, s.19.

⁶² 13 yaşından küçük çocuğa yönelik tecavüz başlıklı 5. madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir kişi şu durumlar oluşmuş ise saldırı suçunu gerçekleştirmiş olur: a) cinsel organını kasten bir kişinin cinsel organına, poposuna veya ağızına sokarsa ve b) bu kişi 13 yaşından küçük ise. Bu başlık altındaki saldırıdan suçlu olan kişi ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılır." (Şirin, s.39.)

⁶³ 13 yaşından küçük çocuğa cisim veya organ sokulması ile saldırı başlıklı 6. madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir kişi şu durumlar oluşmuş ise saldırı suçunu gerçekleştirmiş olur: a) bir kişinin cinsel organına veya poposuna kasten vücudunun bir parçasını veya başka bir şey sokulması b) sokmanın seks içerikli olması ve c) eylem yapılan kişi 13 yaşından küçük ise. Bu başlık altındaki saldırıdan suçlu olan kişi ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılır." (Şirin, s.39.)

⁶⁴ 13 yaşından küçük çocuğa cinsel saldırı başlıklı 7. madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir kişi şu durumlar oluşmuş ise saldırı suçunu gerçekleştirmiş olur: a) kasten başka birine dokunursa b) dokunma cinsel içerikli ise ve c) dokunulan kişi 13 yaşından küçük ise, bu başlık altındaki saldırıdan suçlu bulunan kişi a) jürisiz yargılamalarda altı ayı geçmeyen hapis cezası veya üst sınırı aşmayan para cezası veya her ikisi birden ile cezalandırılır. b) jüri huzurundaki yargılamalarda 14 yılı geçmeyen hapis cezası ile cezalandırılır." (Şirin, s.39.)

⁶⁵ Bir çocukla cinsel davranış başlıklı 9. madde şu şekilde düzenlenmiştir: "18 yaşında veya bu yaştan büyük bir kişi (A kişisi) şu durumlar oluşmuş ise saldırı suçunu gerçekleştirmiş olur: a) kasten başka bir kişiye dokunursa (B kişisi) b) dokunma cinsel içerikli ise c) (i) B kişisi 16 yaşından küçük ve A kişisi B'nin 16 yaşında veya daha büyük yaşta olduğuna inanmıyorsa veya 40 (ii) B 13 yaşından küçük ise; eğer dokunma aşağıdaki unsurlardan birini içeriyorsa kişi bu madde kapsamında suçludur: a) B'nin poposuna veya cinsel organına A'nın vücudundan bir parça veya herhangi başka bir şey sokulması, b) A'nın penisini B'nin ağızına sokması, c) B'nin vücudundan bir parçanın A'nın poposuna veya cinsel organına sokturulması, d) B'nin penisinin A'nın ağızına sokturulması hallerinde 14 yılı geçmeyen hapis cezası ile cezalandırılır. İkinci fıkranın uygulanmadığı hallerde, bu madde kapsamında saldırı suçunu işleyen kişi: a) jürisiz yargılamalarda altı ayı geçmeyen hapis cezası veya üst sınırı aşmayan para cezası ile her ikisiyle birden cezalandırılır, b) jüri huzurundaki yargılamalarda 14 yılı geçmeyen hapis cezası ile cezalandırılır." (Şirin, s.39.)

gerçekleştirilen cinsel eylemler düzenlenmiştir. Burada 18 yaşını tamamlamış ve 18 yaşından daha büyük bir kimsenin fail olma durumu ele alınmıştır. Bu madde uyarınca, bahsi geçen kişiler, 13 yaşından küçük ya da 16 yaşından küçük olduğu düşünülen çocuğa karşı kasıtlı olarak cinsel amaçlarla dokunursa, çocuğun anüsüne veya vajinasına penetrasyon yaparsa ya da çocuğun ağızıyla cinsel organlarına veya fail kendi ağızı ile çocuğun cinsel organlarına penetrasyon yaparsa 14 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁶⁶.

Kanun, sadece çocuklarla cinsel eylemde bulunulmasını ya da çocuklara karşı cinsel eylemlerin gerçekleştirilmesini teşvik etmeyi düzenlememiştir. Aynı zamanda çocukların bulunduğu ortamda gerçekleştirilen cinsel eylemleri de yaptırım altına almıştır. Buna göre, 13 yaşından küçük ya da 16 yaşından küçük olup makul bir biçimde 16 yaşından büyük olduğu düşünülmeyen çocuğun görebileceği, izleyebileceği veya haberinin olduğunu bilerek cinsel dürtüsünü tatmin etme amacıyla hareket eden kişiye, jüri huzurunda yapılmayan yargılamada 6 aya kadar, jüri huzurunda yapılan yargılamada ise 10 yıla kadar hapis cezası ön görülmüştür⁶⁷.

Ayrıca 18 yaşından küçük bir kişinin 9. ya da 12. maddelerinde yer alan suçlardan birini işlemesi halinde 18 yaşından büyükmüş gibi cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır^{68 69}.

⁶⁶ Yazar, s.151-153.

⁶⁷ Yazar, s.151-153.

⁶⁸ Yazar, s.151-153.

⁶⁹ Çocuklar veya gençler tarafından cinsel saldırının işlenmesi başlıklı 13. madde şu şekilde düzenlenmiştir: *“18 yaşından küçük bir kişi 9 ila 12. maddelerde yer alan saldırılardan herhangi birini işlemesi halinde 18 yaşında kişi gibi muamele görür. Bu başlık altındaki saldırıdan suçlu bulunan kişi, a) jürisiz yargılamalarda altı ayı geçmeyen hapis cezası veya üst sınırı aşmayan para cezası veya her ikisi birden ile cezalandırılır, b) jüri huzurundaki yargılamalarda 5 yılı geçmeyen hapis cezası ile cezalandırılır.”* (Şirin, s.40.)

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.1 Suçla Korunan Hukuki Değer

Çocukların cinsel istismarı suçu ile, diğer cinsel suçlarda da olduğu gibi geniş anlamda cinsel özgürlüğün korunması yanında çocuğun cinsel anlamda sağlıklı gelişiminin korunması amaçlanmıştır¹. Suç, “Kişilere Karşı Suçlar” bölümü altında düzenlenmiştir. Bu başlıktan yola çıkarsak, kanun koyucu, cinsel istismar suçunu, kişisel değerler ile bağlantılı görmüş ve “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında inceleyerek de bireyin cinsel dokunulmazlığının korunması gereken hukuki bir değer olarak benimseyip, koruma altına almıştır. Cinsel istismar suçu, cinsel saldırıdan ayrı olarak düzenlenmiş ve daha ağır yaptırımlara bağlanarak Kanun’da yerini almıştır. Daha ağır yaptırımlar ile ayrıca düzenlenmesinin asıl sebebi, çocukların belli eylemlere karşı kendilerini etkin şekilde koruyamamalarından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu, bu suç ile çocukları daha etkin bir şekilde korumayı, fiziki yapıları ve psikolojilerini de göz önünde bulundurarak onları erken cinsel deneyimlerden uzak tutmayı hedeflemiştir².

¹ Sevik Yokuş, Handan., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, b.1, Ankara, 2018, s.116.

² Üzülmüş, s.26-27.

2.2. Suçun Unsurları

2.2.1. Suçun Maddi Unsurları

2.2.1.1. Suçun Konusu

Kanun koyucunun düzenlemiş olduğu kuralların ihlali neticesinde, suçla korunmak istenen menfaatler zarar görmüş ya da tehlikeye düşmüş olacaktır. Bu menfaatler, suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun konusu, eylemin üzerinde icra edildiği ya da gerçekleştirildiği kişi veya şeyleri ifade eder³. Bu açıklama doğrultusunda, çocukların cinsel istismarı suçunun konusu da, üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilen çocuğun bedeni ve cinsel bütünlüğü olacaktır⁴.

2.2.1.2. Fail ve Mağdur

2.2.1.2.1. Fail

Çocukların cinsel istismarı suçunun faili, herhangi bir yaş ve cinsiyet ayrımı yapılmaksızın herkes olabilmektedir. Kanun'da, faile ilişkin herhangi bir özellik atfedilmediği gibi, gerekçede de yaşa ve cinsiyete ilişkin kısıtlama getirilmemiştir. Bir başka anlatımla, fail kadın ya da erkek olabileceği gibi yetişkin veya çocuk da olabilir⁵.

³ Erem, Faruk., "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 25, S. 1, Mart 1968, s. 23.

⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.356.

⁵ Üzülmüş, İ., s. 29.

Ancak failin bazı özellikleri taşıması, suçun nitelikli hali olarak cezanın arttırılmasını gerektirmektedir. 103. Maddenin 3. fıkrasına göre suçun;

- “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 halinde faile daha ağır bir ceza öngörmüştür. Buna göre, bu kişilere verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, failin özelliğidir. Öğretide bu kişiler, mağdurlarla olan münasebetleri sebebiyle özel bir ilişki içerisinde olduklarından, bu hallerde “özgü suç” söz konusu olmaktadır⁶.

TCK m.103/3’ de yer alan hükme, 28.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 59. maddesiyle, “üvey baba, üvey ana” ile “koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren” kişiler de eklenmiştir. Böylece 3. fıkra da belirtilen özel faillik durumları genişletilmiştir.

2.2.1.2.2. Mağdur

Mağdur kavramı, genel olarak suçtan zarar gören gerçek kişiyi ifade etmektedir⁷. Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru ise çocuktur. Bu suça ilişkin mağdur kavramını anlayabilmek için öncelikli olarak çocuk kavramını ele almak gerekir⁸.

Türk hukuk sisteminde çocuk kavramı birçok kanunda tanımlanmıştır. Örneğin TMK’nın 11. maddesinde “*erginlik 18 yaşını doldurmasıyla başlar.*” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin mefhumu muhalifinden, 18 yaşını doldurmamış kişinin ergin

⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.356.

⁷ Kafes, Veli., “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 60, S. 1, Mart 2011, s. 86-88.

⁸ Arslantürk, Mustafa., Türk Ceza Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık b.4, Ankara 2018, s.230-233.

sayılmayacağı anlamı çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla, TMK, 18 yaşını doldurmamış kişiyi “küçük” yani “çocuk” olarak adlandırmaktadır. Yine aynı Kanun’un 12. maddesinde “15 yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.” hükmü yer almaktadır. TMK m.124/1’e göre “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez.”. TMK m.124/2’de “Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” şeklinde düzenlemeye de yer verilmiştir. Görüldüğü üzere TMK’da, 18 yaşından küçüklerinde ergin kılınabileceği görülmektedir. Bu Kanun’daki çocuk kavramı ile Türk Ceza Hukuku’nda yer alan çocuk kavramı birbirine benziyor olsa da, kanunların amaçlarının farklı olması sebebiyle yapılan düzenlemeler birbirlerinden ayrılmaktadır⁹.

TCK m.6/1-b’de çocuk, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye paralel olarak, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinde (ÇKK) de çocuk, “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere TCK’ya göre, 18 yaşını doldurmamış olan kişi çocuk sayılmaktadır. Her kanunun amacının birbirinden farklı olması sebebiyle, kanun koyucunun koyduğu normları da kendi içinde ayrı ayrı ve amaca uygun şekilde değerlendirmek gerekir¹⁰. Diğer bir deyişle, TMK’ya göre çocuk 18 yaşını doldurmadığı halde mahkeme kararıyla veya evlilik ile erginlik kazanmış olsa da, Türk Ceza Hukuku sistemine göre halen çocuk sayılacaktır¹¹.

Kısacası çocuk kavramı kanunlarda farklı şekillerde ortaya çıksa da, her normu kendi içinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu nedenle Türk Ceza Hukuku’nda yer alan çocuk kavramı, her halükârda 18 yaşını doldurmamış olan kişi olarak anlaşılmalıdır.

Cinsel istismarın mağduru, kız veya erkek çocuk olabilir. Kanun koyucu, suçun mağduru bakımından bir ayırım yapmamıştır. Ancak çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi bakımından, mağdurun yaşına göre ikili bir ayırma gidilmiştir.

⁹ Arslantürk, s.230-233.

¹⁰ Arslantürk, s.230-233.

¹¹ Ünlü, Ozan Yücel., “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2017, s.89

Buna göre;

- “On beş yaşını tamamlamamış çocuklara”,
- “On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara”
- “Cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan başka bir nedene dayalı olarak, on beş yaşını tamamlamış ve kendisine yönelik cinsel eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara” karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış bu suçu oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun böyle bir ayrıma gitmesinin nedeni, bu çocukların rızasına bir önem atfetmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, 15 yaşını doldurmamış veya 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızaları dahilinde birtakım cinsel davranışlar gerçekleş olsa da, buradaki rızanın geçersiz olmasından mütevellit, TCK m.103’de düzenlenen çocukların cinsel istismarın suçu gerçekleştirmiş olacaktır¹².

Bununla birlikte, 15 yaşını doldurmuş ve kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak yapılan cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır¹³.

Belirtmek gerekir ki cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması halinde, TCK m.103’te yer alan “cinsel istismar” suçu değil, TCK m.104’de yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu oluşacaktır¹⁴.

¹² Özbek, Doğan, Bacaksız, s.356.

¹³ TCK m.103/1-b’de “diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴ Savaşçı, Bilgehan., Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayıncılık, b.1, Mart 2013, s.64.

15 yaşını tamamlayan ve kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların, kendi rızaları dahilinde cinsel birlikteliğe varmayan cinsel deneyimleri ise herhangi bir suç teşkil etmemektedir¹⁵.

Mağdurun 18 yaşını tamamlamamış ve fakat evlenmek suretiyle ergin kılınmış olması hali ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre; çocuk, evlilik ile ergin sayılacağı için, ergin sayılan çocuğa karşı yapılacak cinsel saldırı niteliğindeki eylemler de cinsel saldırı suçuna vücut verecektir¹⁶. Diğer görüşe göre ise; çocuğun fizyolojik, psikolojik ve biyolojik durumuna göre bir değerlendirme yapıldığında, evlenme yolu ile ergin sayılan çocuğun halen çocuk olduğu gerçeği değişmemektedir. Keza Türk Ceza Hukuku sisteminde temel olarak “yaş esası” benimsenmiştir. Bu sebeple korunan hukuki yarar dikkate alındığında, çocuğun evli olup olmaması cinsel istismar suçunun oluşması bakımından bir önem taşımamaktadır¹⁷.

Bizim düşüncemize göre; çocuğun evlenmek suretiyle ergin kılınması, suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmelidir. Keza 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 124’te yer alan hüküm uyarınca “*Erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez*”. Ancak istisnai durumların varlığı halinde, hakim kararı ile 16 yaşını doldurmuş kişilerin de evlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ceza hukuku bağlamında çocuk sayılan kişi, TMK hükümleri uyarınca 16 yaşından önce evlendirilemez. 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış ve kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olan çocuğun, evlenmek suretiyle ergin kılınması üzerine, kendi rızası ile evlilik birliği içerisinde cinsel birliktelik yaşaması, kanunun hükmünü yerine getirme olarak değerlendirilebilir. Keza çocukların kendi rızaları ile cinsel birliktelik kurmaları halinde, TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu değil, TCK m.104’te yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu akla gelmelidir. Bu nedenle asıl tartışılması gereken konu, evlenmek suretiyle ergin kılınan çocuğun cinsel birliktelik yaşaması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı noktasındadır. Bunun haricinde evlenme yolu ile ergin sayılan çocuğun rızası dışında cinsel ilişki gerçekleşmişse,

¹⁵ İştin, s.144.

¹⁶ Soyaslan, Doğan., Ceza Hukuku Özel Hükümler, b.5, Ankara 2006, s.182.

¹⁷ Aydın, s.34.

korunan hukuki yarar bakımından cinsel saldırı suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

2.2.1.3. Fiil

2.2.1.3.1 Suçun Basit Hali (TCK m.103/1)

TCK m. 103/1' e göre; *“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğı 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.”

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere kanun koyucu eylemi ikiye ayırmıştır. Bu eylemlerden birincisi basit cinsel istismar, ikincisi sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismardır.

TCK, bu suçun cinsel davranışlar ile işlenebileceğini belirtmiş olmakla birlikte bu davranışların neler olduğunu açıklamamıştır. Cinsel davranışların ne olduğu hususu, Yargıtay ve öğreti tarafından ortaya konmuştur.

TCK m. 103/1’de yer alan hüküm 6’ya ayırarak incelendiğinde;

- Birinci cümle, tasaddi düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu,
- İkinci cümle, sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu,
- Üçüncü cümle, mağdurun on iki yaşından küçük olması halinde tasaddi düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçu ve sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna ilişkin ceza artırımını,
- Dördüncü cümle, sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismarın failinin çocuk olması durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı olduğunu düzenlemiştir.
- Maddenin (a) bendinde “*On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*”,
- Maddenin (b) bendinde ise on beş yaşını tamamlayan ve 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 davranışlar şeklinde kademeli bir düzenleme getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanun metninin ilk iki cümlesinde, cinsel davranışın yoğunluğuna göre ayırım yapılmışken, son iki cümlesinde de mağdurun yaşı ve failin çocuk olmasına göre bir değerlendirme yapılmış ve bu ayrımlara göre ceza yaptırımını öngörülmüştür¹⁸. Bu 6 unsur aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar, vücuda temas eden ve cinsel anlam içeren kısa, ani, süreksiz, kesintili ve belli bir yoğunluğa ulaşmayan eylemleri kapsamaktadır. Mesela sarılma, öpme, dokunma, yoğunluğu az olmak koşuluyla okşama gibi cinsel içerikli eylemler sarkıntılık düzeyinde kalacaktır. Aralarındaki yoğunluk farkından dolayı, birinci cümlede yer alan basit cinsel istismar suçundan ayrılmaktadır¹⁹.

Basit cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel birliktelik seviyesine ulaşmayan ve pek tabii sarkıntılık düzeyini aşan bir eylemin ortaya konulmuş olması

¹⁸ Arslantürk, s.230-233.

¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.366.

gerekir. Diğer bir anlatımla, basit cinsel istismar suçu, sarkıntılık düzeyinin aşılmaması halinde ortaya çıkacaktır. Keza failin eyleminin devamlılık arz etmesi halinde, artık sarkıntılık düzeyinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, failin eylemleri, cinsel organını mağdura sürtmesi, uzun bir süre çıplak vücut ile temasta bulunması, mağdurun çeşitli yerlerini öperken aynı zamanda vücudun belli yerlerini okşaması şeklinde gerçekleşebilir. Kısacası, cinsel tatmine yönelik gerçekleştirilen yakın ve sıcak temasların tümü, TCK m.103/1’de yer alan birinci cümledeki basit cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. O halde basit cinsel istismar suçunun sınırları, sarkıntılık düzeyinin üstüne çıkmış, ancak cinsel birliktelik boyutuna varmamış eylemlerden ibarettir²⁰.

765 sayılı TCK’nın ilk halinde sarkıntılık eylemi düzenlenmemiş idi. Bu nedenle, uygulamada sarkıntılık eylemi ya cezasız bırakılırdı ya da eylemin boyutuna ve şekline göre hayasızca hareket olarak değerlendirilip, bir ceza tayini yapılırdı. Kanun’da yer alan bu açıklık uygulamada birçok soruna yol açtığı için, 08.06.1993 tarihli 2275 sayılı Kanun ile 765 sayılı Kanun’un 421. maddesine sarkıntılık fiili de eklenmiştir²¹. Yapılan bu düzenleme ile *"kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur"* şeklinde sarkıntılık kavramı Kanun’da yerini almış idi. Kanun koyucu “genç erkek” tabirini açık şekilde düzenlenmediği için, bu kavrama farklı anlamlar yüklenebiliyordu. Bu durum Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ibarelerine de aykırı düşmekte idi. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.2002 tarihli ve 2000/39 Esas, 2002/35 Kararı sayılı kararıyla, düzenlemenin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesine dayanarak, “genç” sözcüğünü iptal etmiş ve *"Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur."* şeklinde madde tekrar düzenlenmiştir²².

5237 sayılı TCK m.103’ün ilk halinde de sarkıntılık eylemine yer verilmemiştir. 28 Haziran 2014 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 6545 sayılı Kanun’un 58. ve 59. maddeleriyle, 5237 sayılı TCK’nın 102. ve 103. maddelerine “sarkıntılık” ibaresi eklenmiştir. 6545 sayılı Kanun henüz tasarı aşamasındayken, sarkıntılık kavramı yerine

²⁰ Arslantürk, s.230-233.

²¹ Artuk, Mehmet Emin., Alşahin, Mehmet Emin., “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 65, S. 4, Aralık 2016, s. 3243-3270.

²² Taner, Gökçen Fahri, “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebildi?”, TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), s.74-75.

“suçun ani bir hareketle işlenmesi” ibaresi kullanılmıştı. Ancak, daha sonradan “ani hareket” kavramı, Adalet Komisyonu’nda tartışmalara yol açmıştı. Bu tartışmaların sonucunda, ani hareket kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda fikir birliğinde varılamadığı için, “ani hareket” yerine “sarkıntılık” kavramı kullanılmıştır²³. “Sarkıntılık” kelimesi, madde gerekçesinde de ani hareketli dokunuş olarak tanımlanmıştır. Böyle bir ayrıma gidilmesinin nedeni ise; eylemin yoğunluğunun az olması sebebiyle, faile suçun temel şeklinden daha az ceza verilmesini sağlamaktır²⁴.

Genel olarak tartışmalı olan basit cinsel istismar ile sarkıntılık eylemlerini, kavramsal olarak birbirinden ayırsa da içerik olarak ayırt etmek oldukça zordur. Bunun için Yargıtay içtihatlarında alınan kıstaslara bakmak gerekir. Yargıtay’ın kararlarında sarkıntılık kavramı, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Genel olarak fiziksel temas içeren kısa süreli, ani, kesintili olarak gerçekleştirilen cinsin eylemler, Yargıtay’ca sarkıntılık olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay’ın bazı kararlarında “okşama ve öpme” eylemi, sarkıntılık olarak değerlendirilirken, bazı kararlarında ise bu eylemlerin basit cinsel istismar suçuna vücut verdiği kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, tasaddi düzeyinde kalan basit cinsel istismar ile sarkıntılık boyutunda kalan cinsel eylemleri ayırt etmek oldukça zordur. Ancak her somut olay kendi içerisinde değerlendirildiğinde adaletli bir sonuca ulaşılabilecektir.

Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarındaki yaklaşımı, madde gerekçesiyle paraleldir. Buna göre, Yargıtay içtihatları da kısa süreli ve ani temas içeren, diğer bir anlatımla süreklilik arz etmeyen cinsel temasların, sarkıntılık düzeyinde kaldığı yönündedir. Diğer

²³ TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, 29 Mayıs 2014 Tarihli Toplantı, 1/918 Esas Numaralı Tasarı, www.sinerjimevzuat.com.tr, s. 9-12, erişim tarihi: 18.10.2020.

²⁴ 5237 Sayılı TCK m.103’te Değişiklik Yapan 6545 Sayılı TCK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 59. maddesinin gerekçesi; “*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102’nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.*”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 18.10.2020.

yandan, bu eylemlerin süreklilik arz etmesi halinde, cinsel istismarın basit halinin gerçekleştiği kabul edilmektedir.^{25 26}.

TCK m.103/1’de, ilk iki cümleden farklı olarak yaşa ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, 02.12.2016 tarihinde Resmi Gazete’de (RG) yayınlanan, 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13. maddesi ile yürürlüğe konmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin²⁷, 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerini iptal etmesiyle birlikte, söz konusu fıkra yeniden düzenlenmiştir. Yapılan yeni düzenlemede, *“Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.”* şeklinde yeni bir cümle eklenmiştir²⁸. Kanun koyucunun buradaki amacı, çocuğun yaşı gereği fiziksel ve psikolojik olarak savunmasız olması ve kendisini etkin şekilde koruyamamasından dolayı, daha ağır yaptırımlar öngörerek, uygulamadaki yaşa ilişkin sorunların bir nebze de olsa önüne geçmeye çalışmaktır²⁹.

Kanun koyucu, TCK m.103/1’in (a) ve (b) bendinde de ikili bir ayırım yapmıştır. Birinci fıkranın (a) bendinde; suçun, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış

²⁵ Yargıtay 14. CD. 2019/ 4093 e., 2019 / 11862 k., 22.10.2019 k.t., *“Mağdurenin aşamalarındaki samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamına göre olay günü sanığın aynı işyerinde çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin göğüslerine dokunup, yanağından öpmek ve kalçasını okşamak şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani, kesintili olması ve fiilin kendiliğinden sonlandırılması da göz önüne alındığında eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak ilk derece mahkemesince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi karşısında, anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine düzeltilerek esastan reddedilmesi”*; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 06.09.2020.

²⁶ Yargıtay 14. CD., 2015/2261 e., 2015/6685 k., 25.05.2015 k.t., *“sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Y. ve S.’ye yönelik eylemlerinin TCK’nın cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek sarkıntılık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”*; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 06.09.2020.

²⁷ AYM. 2015/108 e., 2016/46 k., 13/07/2016 k.t., www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 06.09.2020.

²⁸ AYM 2018/ 151 e., 2019 / 36 k., 15.05.2019 k.t., Karşı Oy. Metni, www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 07.09.2020.

²⁹ 6763 Sayılı Kanun m.13 gerekçesi: *“Madde ile, 5237 sayılı Kanunun Çocukların cinsel istismarı kenar başlıklı 103’üncü maddesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen birinci ve ikinci fıkrası yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ceza belirlenirken bir kademe belirlenmektedir. Mağdurun on iki yıldan küçük olması durumunda verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir. Suçun farklı yaş gruplarındaki mağdurlara karşı işlenmesinde bir ayrımı gözetmeyen mevcut hüküm yeniden düzenlenmektedir.”*; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 07.09.2020.

olup, kendisine karşı yapılan cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı işlenebileceği düzenlenmiştir. Birinci fıkranın (b) bendinde ise suçun, 15 yaşını tamamlamış olan ve kendisine karşı yapılan cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı, “cebiri, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler” yoluyla işlenmesi hali düzenlenmiştir.³⁰.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, (a) bendindeki çocukların, cinsel amaç ve davranışlarla vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesi yeterlidir. Kanun koyucu, bahsi geçen çocukların rızalarına bir önem atfetmediğinden, (b) bendinden farklı olarak cebiri, tehdit, hile veya iradenin ifsada uğratılmasını ayrıca aramamaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, suçun oluşması bakımından, cebiri ya da tehdidin varlığının aranmaması, (a) bendindeki çocuklara karşı uygulanamayacağı anlamını taşımaz. Keza Kanun koyucu TCK m103/4’ü “*cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebiri veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” şeklinde düzenleyerek ağırlaştırıcı hal öngörmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yalnızca (a) bendinde yer alan çocuklar bakımından cebiri ve tehdit unsurlarının düzenlenmesidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, kanun koyucu, 15 yaşından küçük çocukların kendilerine yönelik gerçekleştirilen fiillerin hukuki anlam ve önemini anlayamadıklarından dolayı, hile ya da rızanın fesada uğratılmasını ayrıca cezayı artıran bir etken olarak hükme bağlamıştır³¹.

Birinci fıkranın (b) bendi ise (a) bendinden farklıdır. Bu bentte, 15-18 yaş aralığında olmakla birlikte, cinsel davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklardan bahsedilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, 15 yaşını doldurmuş olan bu çocukların rızalarını hukuki bir sonuca bağlamış ve rızaları dışında ya da gerçek rızalarına dayalı olmayan cinsel davranışları suç kapsamına almamıştır. Diğer bir anlatımla, 15 yaşını doldurmakla birlikte kendisine karşı yapılan cinsel davranışların anlam ve önemini algılayabilen çocuklar bakımından, geçerli rızanın varlığı, bu suçun oluşmasının önüne geçecektir. Kanun’da, “*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlardan*”

³⁰ Ünlü, s. 75-122.

³¹ Ünlü, s. 75-122.

bahsedilmiştir. Burada (a) bendinden farklı olarak, hile ve iradeyi etkileyen başka nedenlerin varlığına da yer verilmiştir. Daha önce de açıklandığı üzere, böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin sebebi, bahsi geçen çocukların rızalarının geçerli kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Basit cinsel istismar ya da sarkıntılık düzeyinde kalan, ancak cinsel birlikteliğe varmayan eylemlere, 15 yaşını doldurmuş ve kendisine yönelik davranışları algılama yeteneği gelişmiş çocuk rıza gösterirse, artık burada TCK m.103 bağlamında çocukların cinsel istismarı suçundan bahsetmek mümkün değildir. Yine (a) bendinden farklı olarak burada tehdit, cebir, hile veya iradenin fesada uğratılması suretiyle bu suçun işlenmesi, artırım sebebi olarak sayılmamıştır. Ancak bunun bir istisnası vardır. TCK m.103/4'de “(b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.” denilerek, sadece silahın korkutucu gücünden faydalanılarak, çocuğun tehdit edilmesi halinde ceza artırımı yapılacağı öngörülmüştür³².

Cebir kullanılması bakımından TCK m.103'ün genelini kapsayan bir düzenlemeye de yer verilmiştir³³. Normal şartlarda cebir ve tehdit suçları, (a) bendi için ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüşken, (b) bendinin içerisinde -istisnai hüküm hariç- erimektedir. Ancak cebir, yaralama boyutuna ulaşabilir. Bu durumda cebirle, basit yaralama sınırı aşılsa, fail netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan da³⁴ ayrıca sorumlu olacaktır.

Bir de cinsel istismar suçunun oluşması için, gerçekleştirilen fiilin, vücuda temas içermesinin gerekli olup olmadığına değinmek gerekir. Yukarıda da bahsedildiği üzere,

³² Özbek, Doğan, Bacaksız, s.370.

³³ TCK m.103/5'e göre, “Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

³⁴ TCK'nın 87. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz. Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz. Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır. Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Kanun metninde, cinsel istismar ve sarkıntılık düzeyinde kalan eylemlerden bahsedilmiş, ancak bu eylemlerin neler olduğu hususunda bir açıklık getirilmemiştir. Keza bu suçun oluşabilmesi için en azından sarkıntılık boyutunda kalan bir eylemin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesinin gerekçesine bakıldığında, *"maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır."* Dolayısıyla, sarkıntılık boyutunda kalan eylemlerin neler olabileceği hususunda genel bir tanımlama yapılmaya çalışılmıştır. Görüldüğü üzere, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi bakımından, suçun en hafif şekli olan "sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar" eyleminde bile "ani hareketli dokunuş" şartı aranmaktadır. O halde çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi bakımından en azından ani bir dokunuş olması gerekir. Yargıtay içtihatları da, suçun oluşumu açısından temasın varlığını aramaktadır. Aksi halde, vücuda temas içermeyen cinsel davranışların, TCK m.105'te yer alan cinsel taciz suçunun kapsamında kalacağı söylenebilir^{35 36 37}.

³⁵ Yargıtay 14. CD. 2015/10095 e., 2019/10332 k., 25.06.2019 k.t., "...sanığın, suç tarihinde mağdurun karşısında kendi cinsel organıyla oynadığı sırada *"sen de kendi cinsel organıyla oynayabilirsin"* dediği mağdura cinsel organını gösterip kucağına oturmasını istediği olayda, mevcut haliyle fiziksel temas içermeyen eylemin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetine karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...BOZMAYI gerektirir."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 11.06.2020.

³⁶ Yargıtay 14. CD. 2018/8364 e., 2019/7954 k., 07.03.2019 k.t., "... sanığın cep telefonu ile 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurenin kullanmakta olduğu cep telefonuna *'Senin tadına bakamadım, içim içimi yiyor, sen çok güzelsin, her şeyin bir ilki vardır, ben de senin ilkin olayım, ilk benle yat, sen saksofon ne demek biliyor musun, senle onu bizim evde yapalım, bizim evi kimse bilmiyor, seninle İbrahimce Mahallesinden hap alalım, patlayalım, bonzai içelim, kafamız güzel olsun, istemesen de elbet bir gün seni koynuma sokacağım, sarmaşık cafeye gel burada tanıdıklarım var tuvaleti kullanmaya izin verirler'* şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderme eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105/1-105/2-d fıkrasında düzenlenen çocuğa karşı cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde sarkıntılık suretiyle cinsel istismar suçundan mahkumiyet hükmü kurulmasında isabet görülmediğinden bahisle... sanığın mağdureye karşı bedensel temas içermeyen eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturması nedeniyle kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Edremit 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 03.04.2018 günlü ve 2016/209 Esas, 2018/303 sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA, sanığın katılan mağdure Sedanur'a yönelik olarak cinsel taciz suçunu işlediğinden eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 105/1. maddesi gereğince suçun işleniş şekli, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurularak sanığın takdiren 180 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına..."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 11.06.2020.

³⁷ Yargıtay 14. CD. 2019/2767 e., 2019/10004 k., 17.06.2019 k.t., "...sanığın, değişik tarihlerde dükkanına alışverişe gelen on beş yaşındaki mağdureye sarılıp kalçasından tutma, dudağından öpme, göğsüne dokunma şeklindeki fiziksel temas içeren eylemlerinin ani hareketle gerçekleştirilip, kısa süreli olması ve kendiliğinden sonlandırılması karşısında eylemlerin sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak ilk derece mahkemesince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi nedeniyle anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi ...BOZULMASINA..."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 11.06.2020.

TCK m.105'te, 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi bakımından temasın olup olmayacağı hususu tartışmalı idi. TCK m.103'de yer alan suçun gerçekleşebilmesi için çocuğun daha etkin şekilde korunmasını sağlamak bakımından temasın varlığı bazı yazarlar bakımından aramamakta idi. Bu görüşe göre, Kanun'un lafzından hareket edilerek, "*her türlü cinsel davranış*" kavramı geniş yorumlanmaktaydı. O halde suçun oluşumu bakımından temas şartı aramak kanunilik ilkesine aykırı düşecekti³⁸. Bu görüşün bir sonucu olarak TCK m.105'te yer alan cinsel taciz suçu, çocuklar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü temassız olarak gerçekleştirilen her davranış da cinsel istismar kapsamında değerlendirilmiş olacaktır³⁹. Kabul gören diğer bir görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için, çocuğun bedenine temas edilmesi koşulu aranmaktadır⁴⁰. Yargıtay kararları da bu doğrultuda idi⁴¹. Ancak 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, TCK m.105/1'de, fiilin, çocuğa karşı işlenmesi hali, ayrıca düzenlenmiş ve öğretideki tartışmalara son verilmiştir⁴².

TCK m.103/1' de yer alan cinsel istismarın basit halinde yer alan eylemleri kısaca özetlemek gerekirse,

- Çocuğun vücuduna temas içeren ani, kısa ve kesintili her türlü cinsel davranış sarkıntılık,
- Çocuğun vücuduna temas içeren ve süreklilik arz eden her türlü cinsel davranış basit cinsel istismar olarak nitelendirebiliriz.

Bununla birlikte çocukların cinsel dokunulmazlıklarını ihlal eden, ancak vücuda herhangi bir temas içermeyen cinsel davranışlar TCK m.105'de yer alan cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Ayrıca madde metninde yer alan tüm eylemler bakımından suçun soruşturma ve kovuşturması re'sen gerçekleştirilirken, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun

³⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.360-363.

³⁹ Kaya, Murat., "*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?*", *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 5, S. 52, Aralık 2010, s. 103-109.

⁴⁰ Ünlü, s. 118.

⁴¹ "*Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.*" (Yargıtay 5. CD. 18.03.2008, 38/2115; www.kazancı.com.tr), erişim tarihi: 12.06.2020.

⁴² TCK m.105/2-b'ye göre: "*Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından 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.*"

failinin çocuk olması durumunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olacaktır.

2.2.1.3.2. Suçun Nitelikli Halleri

2.2.1.3.2.1. Cinsel İstismarın Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokularak İşlenmesi Hali

TCK m. 103/2’de; “*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*” hükmü yer almaktadır.

Burada cinsel istismarın basit halinden farklı olarak, çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması şartı aranmıştır. Diğer bir anlatımla, cinsel davranışların ötesine geçilerek, çocuğun vajinal, anal veya oral bölgelerine parmak, cinsel organ yahut herhangi bir cisim sokulması halinde sarkıntılık ya da tasaddi niteliğindeki basit cinsel istismarı aşan ve üçüncü kademeye ulaşan eylemler, cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturacaktır⁴³.

TCK m.103/2’ de yer alan hükmü mağdur bakımından üçe ayırarak incelersek,

- On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar,
- On beş yaşını tamamlayan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı sadece “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı” olarak yapılan eylemler,

⁴³ Dursun, Selman., “*Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, c. 9, S. 24, Nisan 2014, s. 61-62.

- 12 yaşını tamamlamamış çocuklar,

şeklinde üçlü bir ayrıma gidilerek, çocukların yaş küçüklüğüne göre kademeli olarak ceza artırımı öngörülmüştür.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 414. maddesi, *“Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur”, yine aynı Kanun'un 416. maddesi ise “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 dolaylı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.”* şeklindedir. Görüldüğü üzere mülga 765 sayılı TCK döneminde de, mağdurun yaşı bakımında bir ayırım yapılmıştır. 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak, burada cinsel istismar kavramı yerine “ırza geçme, ırza ve namusa tasaddi” kavramları kullanılmıştır⁴⁴.

TCK m.103/2'de, suçun mağduru ve faili bakımından herhangi bir cinsiyet ayrımı ya da failin yaşı ile ilgili bir ayırım yapılmamıştır.

Diğer yandan, nitelikli cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması haline ilişkin olarak herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Bir öneri getirmek gerekirse, öncelikle yaşa ve psikolojik-fizyolojik açıdan etkilenme haline göre ikili bir ayrıma gidilebilir. Örneğin, yaşa ilişkin olarak; 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış olan ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocukların, 12 yaşını tamamlamamış çocuklar üzerinde gerçekleştirdikleri eylemler bakımından fail olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla 12 yaşını tamamlamamış çocukları, 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların gerçekleştirecekleri cinsel eylemlerden korumak adına ayrı bir düzenleme getirilebilir.

Diğer bir ayırım ise, çocukların psikolojik ve fizyolojik değişimlerine göre yapılmalıdır. Örneğin, 15 yaşından küçük çocuğun, birbirlerine cinsel davranışlarda bulunması veya birbirleri ile ilişki içerisinde bulunması halinde, fail ve mağdur olma kavramının çocukların psikolojik ve fizyolojik değişimlerinin dikkate alınarak belirlenmesi daha doğru olacaktır. Çocukların psikolojik ve fizyolojik değişimleri,

⁴⁴ Üzülmüş, s. 33-34.

mahkemece değerdendirilmelidir. Keza mahkeme, hangi çocuğun daha çok zarar gördüğü hususunda bir kanaate varamaz ise mahkemece atanan ilgili uzmanlar tarafından bu durum belirlenmelidir.

Kanun koyucu, cinsel istismarın basit halinde olduğu gibi, nitelikli halinde de 15 yaşından küçük veya 15 yaşından büyük olup da kendisine yönelik cinsel eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızalarına önem vermemişken, 15 yaşını tamamlamış olan ve fiilin anlam ve önemini algılama yeteneğine sahip çocukların rızalarına önem vermiştir. Ancak basit cinsel istismardan farklı olarak, bu çocukların kendi rızaları ile cinsel birleşme şeklinde bir birliktelik yaşamaları halinde, fail bakımından TCK m.104’de yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu oluşacaktır. Keza bahsi geçen çocuklar bakımından TCK m.103/2’nin gerçekleşebilmesi için cebir, tehdit, hile ya da iradelerinin fesada uğratılması gerekir⁴⁵.

Kanun koyucu, madde metninde, suçun oluşması bakımından vücudun elverişli yerlerine organ ya da cisim sokulması gerektiğini belirtmişken, vücudun elverişli bölgelerinin neler olduğu noktasında bir açıklama getirmemiştir. Örneğin fail, mağdurun kulağına kalem sokar yahut ağzına parmak sokar ise nitelikli cinsel istismar suçu oluşacak mıdır? Böyle bir durumda bu suç oluşmayacaktır. Çünkü suçun temelinde korunan hukuki değer çocuğun cinsel bütünlüğüdür⁴⁶. Dolayısıyla suçun oluşumu bakımından, vücudun cinsellik arz eden bölgelerine failin cinsel organını sokması aranmalıdır. Aksi halde, doğrudan Kanun’un lafzı dikkate alınarak hareket edilir ve mağdurun cinsellik vasfını taşımayan bölgelerine parmak, el gibi uzuvların ya da bu alanlara sair cisim sokulması halinde suçun oluşacağı kabul edilirse, cezalandırma suçun temel amacına ters düşeceğinden, adaletsiz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır⁴⁷.

Çocukların cinsel istismarı suçunun vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, suçun temel şekli için öngörülen cezanın en üst sınırı, taban ceza olarak kabul edilmiş ve fail hakkında çok daha ağır bir yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Çünkü, vücuda organ veya sair cisim sokma suretiyle işlenen nitelikli

⁴⁵ Üzülmmez, s. 33-34.

⁴⁶ Yurtcan, Erdener., Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, b.1, 2019, s.11-12.

⁴⁷ Üzülmmez, s. 33-35.

cinsel istismar suçu, basit cinsel istismar suçuna göre mağdurun cinsel özgürlüğünü çok daha ağır bir biçimde ihlal etmektedir⁴⁸.

Her somut olayda, hangi organ veya cismin, vücudun hangi bölgesine sokulmaya çalışıldığı, sokulmak istenen organ veya cisimle içine sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunup bulunmadığı, yapılan davranışın objektif olarak çocuğun cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelik taşıyıp taşımadığı, mağdurun cinsel özgürlüğünün suçun temel şekline göre daha ağır bir biçimde ihlal edilip edilmediği belirlenmeli ve bunun sonucuna göre bu nitelikli halin oluşup oluşmadığı tartışılmalıdır⁴⁹.

Bu bakımdan, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması, vücuda organ sokulması niteliğindeyse de, ağza parmak sokulması veya öperken dilin ağza sokulması, bu nitelikli hal anlamında vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilmeyecektir⁵⁰.

Nitelikli cinsel istismarın suçunun işleniş şekli, TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçu ile benzerlik göstermektedir. Diğer bir anlatımla, vücudun belli yerlerine organ veya sair cisim sokma eylemi, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde de yer almaktadır⁵¹. Keza TCK m.103’ün gerekçesinde de, nitelikli halden ne anlaşılabacağı hususunda, cinsel saldırı suçuna gönderme yapılmıştır⁵². Buna göre, suçun nitelikli hâlinin oluşabilmesi için vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin

⁴⁸ Üzülmüş, s. 33-35.

⁴⁹ Üzülmüş, s. 33-35.

⁵⁰ Yargıtay CGK. 2013/ 4-294 e., 2013/615 k., 17.12.2013 k.t., “...Diğer yandan, sanığın cinsel organını (veya yapay penisi) mağdurun vücuduna anal, oral veya vajinal yoldan ithal etmesi halinde suçun nitelikli boyuta ulaşacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK’nın 102/2 ve 103/2. maddelerine ve madde gerekçelerine bakıldığında; suçun nitelikli boyuta 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 taşımıyor ve mağdurun 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 ağzına sokması nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacak ve suç basit cinsel saldırı boyutunda kalacaktır. Bu bağlamda, sanığın penisini (veya yapay penisi) vajinal, anal veya oral yoldan, diğer organ veya sair cismin ise vajinal veya anal yoldan vücuda ithali halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Eğer cinsel amaçla da olsa, failin; mağdurun ağzına parmaklarını sokması ve dilini okşamayı veya dilini mağdurenin ağzına sokması şeklindeki eylemleri basit cinsel saldırı olarak kabul edilmelidir...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 16.06.2020.

⁵¹ Üzülmüş, s. 33-34.

⁵² TCK m.103 gerekçesi, “Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımı belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 18.06.2020.

sokulması gerekir. O halde vücuda penis sokulabileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop, sopa, kalem vb. gibi sair bir cisim de sokulabilir. Dolayısıyla, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, nitelikli hâlin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şartı aranmamaktadır⁵³.

15 yaşından küçük veya 15 yaşını doldurmakla birlikte kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve önemini anlamayan çocuklara ya da 15 yaşını tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve önemini anlayan çocuklara karşı tehdit, cebir, hile kullanılarak, kendi vücutlarına organ veya sair cisim sokturan kişilerin eylemleri de nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, failin çocuğa bahsi geçen eylemleri yaptırtması da TCK m.103/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, failin, 6 yaşındaki bir kız çocuğuna hiç dokunmadan yalnızca talimat vererek vajinal bölgesine kalem sokturması halinde, nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu tutulması gerekir. Çünkü fail, 15 yaşından küçük ya da 15 yaşından büyük olup algılama yeteneği gelişmemiş çocukların iradelerini yöneterek, 15 yaşından büyük olup fiilin anlam ve önemini anlayan çocuklar bakımından da cebir, tehdit ve hile ile iradelerini fesada uğratarak talimatlarını gerçekleştirmektedir. Diğer bir anlatımla, her ne kadar fail, çocuklar üzerinde doğrudan kendisi bir eylemde bulunmuyor gibi görünse de, çocukların kendi istemleri dışında, onların iradelerini yöneterek eylemlerini gerçekleştirmektedir. Bu durumda dolaylı faillik yoluyla suç işlenmiş olacaktır⁵⁴. Neticede, Kanun metninin lafzında edilgen bir dil kullanılmış olup, failin eylemini bizzat gerçekleştirmesi şartı aranmamıştır. Suçla korunmak istenen hukuki değerler açısından, failin cinsel istismarın nitelikli halinden sorumlu tutulması daha adil olacaktır⁵⁵.

Kanun'da, nitelikli cinsel istismar suçunun, çocukların vücutlarının doğal boşluklarına organ ya da sair cisim sokulması suretiyle işlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada eylemin tipikliği söz konusu olacaktır. Peki fail, burada yer alan çocukları kullanmak suretiyle, kendi bedenine organ veya sair cisim sokturursa ne olacaktır? Bu durumda, suç tipiklikten uzaklaşmış olacağından, cinsel istismarın basit halinin gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir⁵⁶. Örneğin, failin, 15 yaşından küçük

⁵³ Üzülmüş, s. 33-35.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan, Durmuş., Erdem., Mustafa, Ruhan., Önok, Murat., Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, b.18, Eylül 2020, s.396 vd.

⁵⁵ Üzülmüş, s. 33-35.

⁵⁶ Üzülmüş, s. 33-35.

erkek çocuğunun cinsel organını kendisine sokurtmaya çalışması, suçun nitelikli halini değil basit halini oluşturmaktadır. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir^{57 58 59}. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş kararları, suçun tipikliği bakımından yerindedir. Dolayısıyla uygulamaya da bakıldığında, cinsel istismarın nitelikli halinin gerçekleşebilmesi için, ancak ve ancak çocuğun vücudunun elverişli bölgelerine cinsel organ ya da sair cisim sokulması gerekir.

2.2.1.3.2.2. Cezanın Artırılmasını Gerektiren Diğer Nitelikli Haller

Çocukların cinsel istismarı suçunu ağırlaştıran diğer haller, TCK'nın 103. maddesinde yer alan 3. ve 4. fıkralarda yer almaktadır.

TCK m.103/3'e göre;

⁵⁷ Yargıtay 14. CD. 2018/7926 e., 2019/10020 k., 17.06.2019 k.t., “Sanık hakkında mağdur ...'a yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan kurulan hükmün incelenmesinde; mahkemece yapılan yargılama sonucunda sanığın 5237 sayılı TCK'nın 103/2'nci maddesi gereğince mahkumiyetine karar verilmişse de anılan maddede suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenebileceğinin belirtilmesi karşısında sanığın ... 15 yaşından küçük olan mağduru evine çağırarak cebir, hile ve tehdit olmaksızın mağdurun cinsel organını kendi anüsüne sokturması şeklinde gerçekleşen eyleminin bu madde kapsamına girmeyip çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK'nın 103/1'inci maddesi gereğince karar verilmesi gerekirken, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırı, sanık müdafisinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına karar verilmiştir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 16.09.2020.

⁵⁸ Yargıtay 14. CD. 2019/2303 e., 2019/11663 k., 15.10.2019 k.t., “sokakta oynayan mağduru yakında bulunan incir ağacı altına götüren sanığın, mağdurun pantolonunu indirdikten sonra mağdurun cinsel organını kendi ağzına almasının ardından, arkasını döndürerek parmağıyla kalçasına dokunması ve olayı gören tanık ...'nın ‘sapık var’ diye bağırıp, eşi olan diğer tanık ...'in de yakalamak gayesiyle kaldıkları evden çıkması üzerine olay yerinden koşarak uzaklaşması şeklinde gerçekleşen olayda, mevcut haliyle sanığın, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlemeye elverişli icrai hareketlere başladığından söz edilemeyeceği de gözetilerek, ispatlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan mahkumiyet kararı verilmesi”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 19.09.2020.

⁵⁹ Yargıtay 14. CD. 2014/ 5732 e., 2014/12305 k., 06.11.2014 k.t., “Oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, sanığın, cinsel arzularını tatmin amacıyla, suç tarihinde tehdit ve cebirle 15 yaş içindeki mağdurun önce cinsel organını yalayıp, mağdurun cinsel organını kendi anüsüne sokmaya çalıştığı, 45 dakika sonra ise yine tehdit ve cebirle kendi cinsel organını mağdurun poposuna sürtmek suretiyle gerçekleştirdiği sarkıntılık düzeyini aşan eylemlerinin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında 45 dakika arayla gerçekleştirilmesi nedeniyle...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 19.09.2020.

“Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

2.2.1.3.2.2.1 Suçun Birden Fazla Kişi ile Birlikte İşlenmesi

İlk olarak, cinsel istismar kapsamında olan eylemlerin birden fazla kişi tarafından, diğer bir deyişle müştereken işlenmesi hali ele alınacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, suça iştirak ile suçun birlikte işlenmesi aynı şey değildir⁶⁰. Kanun koyucu burada, TCK m.37’de belirtilen şekilde suçu birlikte işleyen kişileri kastetmiş olduğundan, asıl faille birlikte azmettiren ya da yardım eden sıfatına haiz olan kişiler, ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulmayacaktır. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir. Örneğin (a) bendi

⁶⁰ Kaptan, Efehan., “Ceza Hukukunda Suça İştirak”, *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 9, S. 96, Ağustos 2014, s. 32.

kapsamında müşterek fail sayılabilmek için, suça doğrudan birlikte işleyen sıfatıyla katılmak gerekmektedir.^{61 62 63}.

TCK m.103/3, nitelikli cinsel istismar suçunda artırım sebebi sayılabileceği gibi, basit cinsel istismar suçu bakımından da uygulanabilir. Örneğin, birden fazla kişi ile birlikte, bir çocuğu tehdit etmek suretiyle basit cinsel istismar suçu işlenebilir.⁶⁴

Diğer yandan, birlikte hareket eden faillerin tümünün, cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi gerekmez. O esnada faillerden birinin, mağdurun kollarını veya bacaklarını tutması ve mağdurun hareket etmesini engelleyerek, suçun işlenmesini sağlaması durumunda eylemi birlikte işlemiş kabul edildiğinden, cinsel istismar eyleminden müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır⁶⁵.

⁶¹ Yargıtay 14. CD. 2018/10211 e., 2019/8401 k., 20.03.2019 k.t., “...Aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıkların üzerinde müşterek hakimiyet kurdukları mağdureye karşı nitelikli cinsel istismar eylemlerini aynı mekanda birbirini takiben gerçekleştirdikleri ve her bir sanığın bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de TCK’nın 37. maddesi anlamında katıldığı gözetilerek müsnet suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nedeniyle tayin edilen cezalarının TCK’nın 103/3. maddesi ile arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi, ...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 22.09.2020.

⁶² Yargıtay 14. CD 2014/4102 e., 2014/7501 k., 04.06.2014 k.t., “Sanıkların eylemlerine birden fazla kişinin katıldığından bahisle artırım yapılabilmesi için eyleme suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatıyla katılmaları gerektiği, buna karşın sanıkların cinsel istismar eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak ettiklerinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, sanıklar hakkında tayin olunan cezaların artırılması, yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 22.09.2020.

⁶³ Yargıtay’ın bu kararında sanıkların eylemlerinin iştirak iradesi çerçevesinde olmaması sebebiyle eylemi ağırlaştırıcı neden olarak görmemiştir. Bkz. Yargıtay 14. CD. 2018/6814 e., 2019/207 k., 10.01.2019 k.t., “...sanıkların aralarında iştirak iradesi bulunmaksızın değişik zamanlarda cinsel ilişkiye girdiklerinin dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, her bir sanığın diğerinden bağımsız şekilde gerçekleştirdiği eylemlerde TCK’nın ... maddesinde belirtilen fiili birlikte işleme durumu söz konusu olmadığından, sanıklar haklarında TCK’nın ... maddesi gereğince belirlenen cezanın koşulları oluşmadığı halde eylemi birden fazla kişinin birlikte işlediği kabul edilerek aynı Kanunun 103/3. maddesiyle artırılması suretiyle fazla ceza tayini, Bozmayı gerektirmiştir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 22.09.2020.

⁶⁴ Yargıtay 14. CD. 2014/1453 e., 2014/4967 k., 14.04.2014 k.t., “Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, eylemlerini birden fazla kişiyle birlikte ve mağduru tehdit etmek suretiyle gerçekleştiren sanıklar hakkında, çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulurken TCK’nın 103/3 ve 103/4. maddelerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan karar verilirken de sanıkların eylemlerinin TCK’nın 109/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu nazara alınmadan, aynı maddenin 1. fıkrası ile cezalandırılmalarına karar verilerek 109/3.b maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 22.09.2020.

⁶⁵ Yargıtay 5. CD. 2008/16058 e., 2009/2686 k., 04.03.2009 k.t., “Sanığın diğer sanıkla aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsurunun uygulanması gerektiği gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 25.09.2020.

Birlikte hareket eden kişilerden birinin kusur ehliyetinin olmaması halinde de durum değişmeyecek, bu durumda da ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır.

Eğer; mağdur ve fail birden fazlaysa ve her bir fail yalnızca bir mağdura yönelik cinsel eylemde bulunuyorsa, ağırlaştırıcı sebebin varlığından bahsedilemez. Diğer bir anlatımla, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinin kabul edilebilmesi için, birden fazla kişinin, tek bir mağdura yönelik olarak cinsel eylemlerini gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla her bir fail, farklı bir mağdura cinsel istismarda bulunuyorsa, her birinin eylemi kendi içinde değerlendirilmelidir⁶⁶.

Yargıtay da, birden fazla sanığın, birden fazla mağdura yönelik eylemlerini yalnızca cinsel istismar olarak değerlendirmiş ve herhangi bir ağırlaştırıcı sebep öngörmemiştir: “...sanıkların mağdurları tehdit ederek, yaşadıkları bölgede bulunan samanlık ve ağaçlık alanlara götürüp pantolonlarını çıkarıp arkalarından sürtünmek suretiyle her mağdura yönelik ayrı ayrı zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işledikleri gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması...bozulmasına⁶⁷”.

2.2.1.3.2.2.2. Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Ağırlaştırıcı sebeplerden bir diğeri de, cinsel istismar suçunun, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi durumudur. Böyle bir ortamda, cinsel istismara yönelik eylemleri gerçekleştirmek faile kolaylık sağlamaktadır⁶⁸. Çünkü, bu tür yerlerde güven duygusunun hakim olması ve mekanın çok fazla dikkat çekmemesi sebebiyle, fail,

⁶⁶ Centel, Nur., “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, c. 25, S. 99, Mart 2012, s. 279-280.

⁶⁷ Yargıtay 14. CD. 2012/14107 e., 2014/10380 k., 23.09.2014 k.t.; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 25.09.2020.

⁶⁸ Çınar, Ali Rıza., “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin İstanbul Sözleşmesinin Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Yükümlülükler”, Terazi Hukuk Dergisi, c. 10, S. 106, Haziran 2015, s. 75.

eylemlerini çok rahat bir şekilde gerçekleştirebilmektedir⁶⁹. Bundan dolayı kanun koyucu, suçun bahsi geçen yerlerde işlenmesi halini ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörmüştür.

Madde gerekçesinde, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu yerler; yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, hastane vb. yerler şeklinde belirtilmiştir. Burada insanların birlikte yaşadıkları ve vakit geçirdikleri mekanlar kastedildiği için, bu yerlerin, geçici bir süreyle toplu bulunulan yerler olarak anlaşılmaması gerekir. Örneğin, failin, parkta ya da otobüste suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmesi halinde, bu bent kapsamında ceza artırımına gidilmeyecektir.

Ankara Bölge Adli Mahkemesi'nin yukarıdaki anlatıma paralel olarak vermiş olduğu bir kararda; belediye otobüsünün, insanların toplu olarak yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamlardan olmadığını ve insanların geçici olarak belediye otobüsünde bir arada bulunmasından dolayı bu ortamda gerçekleşen çocukların cinsel istismarı suçunun, TCK m.103/3-b bağlamında bir artırım nedeni olmadığı değerlendirilmesi yapmıştır⁷⁰. Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır⁷¹.

⁶⁹ Ünlü, s. 100

⁷⁰ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 17. CD. 2017/101 e., 2017/451 k.t., 10.03.2017 k.t., “.... Lisesinde öğrenci olduğunu, okula ... ve ... no'lu belediye otobüslerini kullanarak gittiğini, bir keresinde otobüse yalnız bindiğinde arkasından birisinin eliyle bacağına dokunduğunu hissettiğini, biraz uzaklaştığını, ancak dokunuşun devam etmesi nedeniyle sanığı uyardığını, sanığın bir şey söylemediğini, başka bir tarihte AVM yakınındaki otobüs durağında sanıkla arkalı önlü otobüse bindiklerinde sanığın kendisine "iyi dersler" dediğini, daha sonraki günlerde tekrar sanıkla karşılaştıklarını, karşılaştıkları zaman kendisine "günaydın, hangi okula gidiyorsun" şeklinde sorular sorduğunu, kendisinin cevap vermediğini, arkadaşı ... ile birlikte otobüsten indikleri bir gün arkadaşının uyarısı üzerine sanığın bir yerlerini okşadığını öğrendiğini, sanığın önceki konuşmaları gibi sözlerine devam ettiğini, aralarında bir şeyler olup olmayacağını, gözlerine bakmaktan kendini alamadığını söylemesi üzerine durumu babasına haber verdiğini, babasının otobüsle giderken otobüsü takip edip karakola haber vermesi sonucu otobüsün karakola götürüldüğünü... ilk derece mahkemesince sanığın eylemini belediye otobüsü içerisinde gerçekleştirmesi nedeniyle, belediye otobüsü insanların toplu bulunduğu ortam kabul edilerek sanık hakkında TCK'nın 103/3-b maddesi uyarınca sanığın cezasında artırım yapmış ise de, belediye otobüsünün insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlardan olmadığı, insanların geçici olarak belediye otobüsünde bir arada bulundukları anlaşıldığından, söz konusu madde uyarınca artırım yapılması hukuka aykırı bulunmuştur...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 25.09.2020.

⁷¹ Yargıtay 14. CD. 2016/7521 e., 2016/7172 k., 18.10.2016 k.t., “sanık hakkında hüküm kurulurken 645 sayılı TCK'nın 103/3-b maddesi uyarınca artırım yapılmış ise de, bu maddenin kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyon ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde sanığın cezasında artırım yapılabileceği, suça konu olayda sanığın, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu belediye otobüsünde yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği otobüsün TCK'nın 103/3-b maddesinde insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden,

2.2.1.3.2.2.3. 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

Diğer bir ağırlaştırıcı sebep, “*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*” işlenmesi halidir. Sayılan kişiler, mağdurla yakın ilişki içerisinde. Fail, bu yakın ilişkinin sağlamış olduğu güven neticesinde, mağdura yönelik eylemlerini daha kolay bir şekilde gerçekleştirebildiği için, ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Üçüncü derece dahil kan hısımlığı, altsoy-üstsoy-yansoy ilişkilerinin tümünü kapsamaktadır. Diğer bir anlatımla, bu kişilerden; mağdurun annesi, babası, büyük babası, büyük annesi, kardeşleri, amcaları, halaları, teyzeleri, yeğenleri anlaşılmalıdır. Üçüncü derece dahil kayın hısımlığından ise anne-babanın evliliği sona erse bile, devam eden ve aralarında kan bağı bulunmayan akrabalar kastedilmektedir. Bu kişiler; kayın, baldız, görümce, halanın kocası, amcanın karısı, teyzenin kocası, dayının karısı olarak anlaşılmalıdır. Yapılan eleştiriler sonucunda, 6545 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile, suçun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmesi hali de ağırlaştırıcı sebepler arasında sayılmıştır^{72 73 74 75}.

hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini,...bozulmasına”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 25.09.2020.

⁷² Ünlü, s. 100-101.

⁷³ Yargıtay 14. CD. 2016/5627 e., 2016/6907 k., 10.10.2016 k.t., “*Mağdurenin soruşturma evresinde kollukta verdiği samimi beyanı, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; suça sürüklenen çocuğun 2014 yılı içerisinde bir gün evde yalnız kaldığı onyedinci yaşındaki kız kardeşi mağdurenin göğüslerine dokunduğu ve ertesi yıl içinde bir gece mağdureyi odasına çağıran suça sürüklenen çocuğun tehditle göğüslerine dokunduğu mağdurenin cep telefonuna gönderdiği mesajların okulda öğretmeni tarafından görülmesi üzerine adli makamlara konunun intikal ettirildiği anlaşıldığından, suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin ani ve kesintili olması nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve iki eylem arasındaki zaman gözetildiğinde suç kastının yenilendiği nazara alınarak 5237 sayılı TCK'nın 103/1-c.2, 103/3-c, 31/3. maddelerinin iki kez tatbiki suretiyle cezalandırılması yerine suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 103/1-c.1, 103/3-c, 43/1, 31/3 maddelerinin tatbiki ile hüküm kurulması...bozulmasına...”;* www.kazanci.com, erişim tarihi: 26.09.2020.

⁷⁴ Yargıtay 14. CD. 2015/7324 e., 2019 /9212 k., 17.04.2019 k.t., “*5237 sayılı TCK'nın 103/3-c. maddesinde sayılan hısımlığa ilişkin nitelikli halin uygulanabilmesi için suça sürüklenen çocuk ile mağdure arasında 3. derece dahil olmak üzere kan veya kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması gerektiği ve dosya kapsamına göre suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin amcasının oğlu olması nedeniyle mağdure ile arasında dördüncü derece kan hısımlığı mevcut olması karşısında hakkında münnet suçtan belirlenen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde anılan madde ile artırılması suretiyle fazla cezaya hükmedilmesi...bozulmasına”;* www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 29.09.2020.

⁷⁵ Yargıtay CGK. 2017/1042 e., 2018/643 k., 13.12.2018 k.t., “*...Olayın mağdurelerin olayla ilgili olarak kendi aralarında yaptıkları konuşmayı duyan komşuları tanık...(Demirel)...’un bu konuşmaları*

2.2.1.3.2.2.4. Suçun Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Koruyucu Aile veya Sağlık Hizmeti Veren ya da Koruma, Bakım veya Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişiler Tarafından İşlenmesi

Başka bir ağırlaştırıcı sebep ise cinsel eylemlerin vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halidir. Keza burada da, mağdur ile fail arasındaki yakınlığın verdiği güven ilişkisinin sağladığı kolaylık nazara alınmıştır⁷⁶.

Vasi ile ilgili; TMK m. 413’de, “*Vesayet makamı, bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atar. Gereken durumlarda, bu görevi birlikte veya vesayet makamı tarafından belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasi atanabilir*”; TMK m.404’de ise “*Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Buna göre ağırlaştırıcı sebebin oluşabilmesi için, failin mağdur çocuğa, sulh hukuk mahkemelerince vasi olarak atanmış

mağdurelerin teyzesine aktarması ile ortaya çıktığı, ilk soruşturmanın etkin bir şekilde yapılmadığı, mağdure anlatımlarının kopyala-yapıştır yöntemi ile tutanağa aktarıldığı, ancak mağdurelerin çocuk yuvasına yerleştirilmeleri akabinde burada yapılan görüşmede olayı anlatıkları, bu kez Cumhuriyet savcısı tarafında ayrıntılı bir şekilde alınan ifadelerinde birbirleri ile de tutarlı bir şekilde sanığın eylemlerini ayrıntılı bir şekilde anlattıkları, olayın ortaya çıkış şekline göre mağdurelerin teyzeleri...tarafından yönlendirildiğine dair savunmanın aksinin kanıtlandığı, mağdurelerin olay tarihinde 6-7, olaya ilişkin ifade verdikleri tarihte 7-8 yaşlarında olduğu, yaşları itibarıyla hiçbir çelişkiye düşmeden böyle bir olayı kurgulamalarının mümkün olmadığı, nitekim çocuk yuvası görevlisi...’un mağdurlerin hayal gücünün bu denli geniş olmadığı şeklindeki tespitin de bu durumu doğruladığı, mağdurelerin babalarından aşırı şekilde korktuklarına dair tespit ve beyanlar da nazara alındığında kendilerini çocuk yuvasında rahatça ziyaret edebilen, hatta izin alarak dışarı çıkarabilen babalarını huzurunda onu suçlayıcı ifade vermekten kaçınmalarının da doğal olduğu, nispeten kendilerini rahat hissettikleri ortamlarda ve arkadaş ortamlarında olayı açıklıkla anlattıkları, çocukların babaları olan sanığın kendilerini ziyaretleri nedeniyle kaygılandıklarına, tekrar kendilerine zarar vereceği korkusunu taşıdıklarına, yaşadıkların olay nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu yaşadıklarına,...’nin ayrıca majör depresyona duçar olduğuna, mağdurelerin iddia edilen eylemlere maruz kaldıkları kanaatine ulaşıldığına dair uzman hekim raporları da gözetildiğinde, her iki mağdurenin 25/10/2010 günü Cumhuriyet Savcısına verdikleri ayrıntılı ve birbiri ile uyumlu anlatımlara itibar edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır...Mağdurelerin annelerinin olaydan yaklaşık 1 yıl önce kendilerini ve evi terk ederek bir başkasıyla birlikte yaşamaya başladığı, kendilerinin evde babalarıyla birlikte kaldıkları, aşırı alkol alan babalarının alkol aldıktan sonra mağdure Özge’yi odasına alarak giysilerini çıkarttığı, penisini onun ağzına verdiği ve onu şehvetle öptüğü, bunu Özgeyle birden fazla kez yaptığı, daha sonra kızı Özge’ye yönelik bu davranışları sergiledikten sonra diğer kızı....’i de içeriye yanlarına çağırdığı, aynı şekilde onun da giysilerini çıkararak penisini ağzına soktuğu, vücudunun değişik yerlerinden öptüğü ve cinsel organını kızının cinsel organına sürüttüğü, sanığın bu suretle her iki mağdurenin vücuduna organ sokarak ruh sağlıklarını bozacak şekilde çocuğun cinsel istismarı suçunu işlediği, Sanığın....karşı TCK.nun 103/2, 103/3, 103/6, 43/1, maddelerine, mağdure....’ye karşı TCK.nun 103/2, 103/3, 103/6 maddelerine temas eden eylemlerinin sabit olduğu”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 29.09.2020.

⁷⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.340.

olması gerekir. Diğer bir anlatımla, vasi ataması henüz gerçekleşmemiş veya tamamlanmamış olan kişiler bakımından, TCK m.103/3-d hükmü uygulanmayacaktır⁷⁷.

Diğer yandan eğitici, öğretici veya bakıcı bakımından özel bir atama şartı yoktur⁷⁸. Eğitici ve öğretici kavramları birbirinden farklı olsalar da, iki kavramda birbiri içerisinde yer almaktadır. Bu kişiler, resmi kurumlardan atanmış olabileceği gibi özel bir kurumun elemanı da olabilirler. Bakıcılar ise eğitim veya öğretim vermeyen, ancak çocukların davranışlarını kontrol eden ve bakımından sorumlu olan kişilerdir⁷⁹.

Koruyucu Aile Yönetmeliği m.4/1-a’ da “*Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi*” denilerek koruyucu aile tanımlanmıştır. Ayrıca bu madde içerisinde “akraba veya yakın çevre koruyucu aile modeli⁸⁰”, “geçici aile modeli⁸¹”, “sürelî koruyucu aile modeli⁸²” ve “uzmanlaşmış koruyucu aile modeli⁸³” de tanımlanmıştır. Bu kişilerin çocukların cinsel istismarı suçunu işlemesi halinde, açıklanan ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır⁸⁴.

⁷⁷ Ünlü, s. 101-102.

⁷⁸ Memiş, Kartal., Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, b.1, İstanbul, 2014, s.192.

⁷⁹ Ünlü, s. 101-102.

⁸⁰ Koruyucu Aile Yönet. m.4/1-a’ya göre, “*Akraba veya Yakın Çevre Koruyucu Aile Modeli: Veli ya da vasi dışında kalan kan bağı bulunan akrabalar ya da çocuğun iletişim içinde olduğu veya tanıdığı bakıcı, komşu gibi yakın çevresinde olan, tercih etmeleri halinde en az temel ana, baba eğitimleri kapsamında eğitim almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı ifade eder.*”

⁸¹ Koruyucu Aile Yönet. m.4/1-e’ye göre, “*Geçici Koruyucu Aile Modeli: Acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılamamış çocuklar için, temel ana, baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimini almış profesyonel kişi ve ailelerin sağladığı birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakımı ifade eder.*”

⁸² Koruyucu Aile Yönet. m.4/1-r’ye göre, “*Sürelî Koruyucu Aile Modeli: Öz ailesi yanına kısa sürede döndürülme imkânı bulunmayan ya da kalıcı olarak aile yanına yerleştirilemeyen çocuklara, tercihen temel ana-baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci Kademe Eğitimini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı ifade eder.*”

⁸³ Koruyucu Aile Yönet. m.4/1-ş’ye göre uzmanlaşmış koruyucu aile modeli; “*Özel zorlukları ve ihtiyaçları olan çocuklara yardımcı olabilecek lisans eğitimine sahip olan veya eşlerden biri en az ilköğretim düzeyinde olmak üzere temel ana, baba eğitimleri, Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimlerini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı ifade eder.*”

⁸⁴ TURHAN, Engin., Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Ana Bilim Dalı, 2018, İstanbul, s. 94.

*2.2.1.3.2.2.5. Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin
Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi*

Sağlık hizmeti veren kişilerin, çocuğun üzerinde belirli bir derecede nüfuz etkisi sağlamasından dolayı, suçun işlenmesi daha kolay hale gelmektedir. Bu nedenle, bu sıfatlar da ağırlaştırıcı sebep konusu olarak öngörülmüştür. Sağlık hizmetini doktor, hemşire, eczacı, hasta bakıcı vb. kişiler sağlayabilir⁸⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, bir sağlık hizmetinin varlığından bahsetmek gerekir. Örneğin, sağlık personeli olan bir fail, parkta oynayan bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işleyebilir. Burada failin salt doktor olması, ağırlaştırıcı sebebin uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır⁸⁶.

Çocuğun, edep ve ahlakına yön veren, bakımını sağlayan, geçici veya sürekli olarak çocuğu gözetiminde bulunduran kişiler, “koruma, bakım veya gözetim

⁸⁵ Memiş, s.193.

⁸⁶ Ünlü, s. 101-102.

yükümlülüğü bulunan” kimselerdir. Dolayısıyla bu kişiler hakkında da ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır^{87 88 89 90 91}.

⁸⁷ Ünlü, s. 101-102.

⁸⁸ Yargıtay 14. CD. 2015/3681 e., 2015/7973 k., 06.07.2015 k.t., “...Suç tarihi dönemde N.. Ş.. E.. E.. B.. İlköğretim Okulunda fen ve teknoloji öğretmeni olup aynı zamanda müdür yardımcılığı görevini yürüten sanığın, öğrencileri olan mağdureler E.. Z., R.. ile E.. üzerindeki eğitici-öğretici sıfatının sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle basit cinsel istismarda bulunduğu tüm dosya içeriğinden anlaşılmakla, TCK'nın 103/1. maddesi ile belirlenen temel cezaların koşulları olduğu halde aynı Kanunun 103/3-d. maddesi ile artırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde cezaların eksik tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...onanmasına”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 29.09.2020.

⁸⁹ Yargıtay CGK. 2017/552 e., 2018/645 k., 13.12.2018 k.t., “Sekiz yaşındaki mağdurenin yüzme öğretmeni olan sanığın farklı günlerde, mağdurenin yanaklarından ve dudağından öpmek, cinsel organını ellemek biçimindeki eylemlerini mağdurenin cinsellik içerdiği düşüncesiyle rahatsız olarak ailesine bildirmesi karşısında tanıkların anlatımları ve sanığın ikrarından da sabit olduğu anlaşılan cinsel nitelikli hareketlerin TCK'nın 103/1-a, 103/3 ve 43. maddelerine uyduğu gözetilmeden ve sanığın, dudaktan öpme eyleminin yüzmeyi öğretmekle ilgisinin bulunmadığı da düşünülmeden eksik ve yerinde olmayan gerekçelerle beraatine hükmolunması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 29.09.2020.

⁹⁰ Yargıtay 14. CD. 2015/2381 e., 2018/5605 k., 01.10.2018 k.t., “...olay tarihinde sanığın öğrenci pansiyonunda kaldığı, nöbetçi öğretmen olarak bulunmadığı, nöbetçi öğretmen tanık ...'ın öğrencilere göz kulak olması yönündeki ricası ile yatakhanelerde dolaştığının anlaşılması karşısında somut olayda yasal şartları oluşmayan 5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinin sanık hakkında uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...bozulmasına...Karşı Oy...katılan SSÇ ...'un Gökçeada Endüstri Meslek Lisesi'nde yatılı öğrenci olduğu, mağdur sanık ...'in aynı okulda ücretli öğretmenlik yaptığı, mağdur sanığın yatılı okulun alt katında bulunan, eskiden bavul odası olarak kullanılan küçük bir odada kaldığı, yarıyıl tatilinin bitmesi dolayısıyla 05.02.2012 tarihinde akşam gemisi ile Gökçeada'ya geldiği, okulun nöbetçi öğretmeni tanık ...'in ricası üzerine öğrencilere göz kulak olduğu, mağdur sanığın 05.02.2012 akşamı 21.00 - 22.00 saatleri arasında dört şişe bira aldığı, okulun arkasında bu biraları içtiği, sarhoş olduğu, 06.02.2012 tarihinde saat 00.00 - 00.30 sıralarında öğrencileri kontrol etmek amacıyla üst kata çıktığı, yatakhaneleri gezdiği sırada 5. koğuştaki kalan öğrencilerden katılan SSÇ ...'un uyanık olduğunu gördüğü, okulun kaloriferleri yanmadığı için odasının sıcak olduğunu ve elektrikli ısıtıcının çalıştığını söyleyerek odasına davet ettiği, katılan SSÇ'nin mağdur sanığın odasına geldiği, birlikte sigara içtikleri, oda içerisinde iki yatak bulunduğu, elektrikli sobanın mağdur sanığın yatağını daha çok ısıttığı ve sanık ...'in, ...'i kendi yatağına davet etmesi sonucu birlikte aynı yatağa yattıkları, bir süre sonra mağdur sanığın katılan SSÇ'nin cinsel organına ve bacaklarına dokunmaya başladığı, ardından katılan SSÇ'nin eşofmanını ve külotunu eliyle açarak cinsel organını yalamaya başladığı, katılan SSÇ'nin yukarıdan bir şey alacağını söyleyerek odadan ayrıldığı ve arkadaşının telefonundan polisi arayarak olanları anlattığı, bir müddet sonra odaya döndüğü, elinde adli emanetin 2012/2 sırasında kayıtlı bıçağın bulunduğu, suça sürüklenen çocuğun bıçağı mağdur sanık ...'e doğrultarak "kalk, benim oramı buramı niye elliyorsun, seni polise şikayet ettim, polisler gelecek şimdi dışarıya çıkalım" dediği, daha sonra okulun kapısına polislerin geldiği ve birlikte emniyete gittikleri anlaşılmış sanık savunmaları, tanık, mağdur beyanları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde olayın yukarıda anlatıldığı şekilde gerçekleştiği kanaatine varılmıştır. Mağdur Sanık ... savunmasında; sarhoş olduğunu, kafasının yerinde olmadığını, farkında olmadan elinin ve kolunun mağdurun vücudunun bazı yerlerine çarpmış olabileceğini, katılan sanığa karşı kasıtlı herhangi bir cinsel taciz eyleminin olmadığını, hatırladığı kadarıyla 2011 yılı aralık ayı içerisinde Katılan SSÇ ...'u arkadaşı ... ile aralarında geçen bir olay nedeniyle okul müdürü ...'a götürdüğü için katılan SSÇ'nin kendisine iftira atmış olabileceğini iddia etmiş ise de bahse konu husumet ile suç arasında makul sayılmayacak ölçüde bir orantısızlığın söz konusu olması, sanık savunması ile mağdur anlatımlarının büyük ölçüde uyuşan yönlerinin olması, mağdur SSÇ'nin lisede okuyan erkek bir öğrenci olması nedeniyle böyle bir eylemi asılsız yere iddia etmesiyle kendisinin de toplumsal bir baskı altında kalacağı ve zarar göreceği, hayatın olağan akışına uygun olmayan sanık savunmaları ve tüm dosya kapsamı da nazara alındığında sanık ...'in katılan SSÇ'ye karşı TCK'da düzenlenen çocuğun basit istismarı suçuna uyan eylemleri işlediği kanaatine varılarak sanığın cezalandırılması cihetine gidildiği görülmüştür. Sayın Daire çoğunluğu ile ihtilafımız olan TCK'nın 103/3. maddesinin sanık hakkında tatbiki hususunda; 103/3. fıkra göre, cinsel istismarın

Diğer bir ağırlaştırıcı sebep de, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi halidir. Bu kişilerin sahip oldukları otorite nedeniyle, çocukların cinsel istismarı suçunu işleyebilmeleri daha kolay olduğundan, bu durum ağırlaştırıcı sebep sayılarak suçun işlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır^{92 93}.

üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılma suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu durumda faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu nitelikli hallerden iki veya daha fazlasının birleşmesi halinde artırım bir kez yapılmakla birlikte bu durumun temel cezanın belirlenmesinde teşdit nedeni olarak 61. madde uyarınca gözetilmesi gerekir. Cinsel istismar suçunun "eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler" tarafından işlenmesi halinde de 103/3. fıkra hükmü uygulanır. Suçun işlendiği sırada mağdur çocukla fail arasında eğitim, öğretim, bakım veya koruma ve gözetim yükümlülüğü ilişkisinin varlığı bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Yasa koyucu, bu konumdaki kişilerin statülerini mağdur üzerinde oluşturduğu baskıdan yararlanarak suçu işlemelerinin kolaylığından dolayı bu nitelikli hali kabul etmiştir. Bu kimselerin resmi ya da özel bir kuruluşa bağlı olarak veya kendi namlarına çalışıyor olmaları, eğitim öğretim veya bakım hizmeti karşılığında ücret alıp almamaları önemli değildir. "Koruma ve gözetim yükümlülüğü" kanuna (örneğin TMK'na) dayalı olabileceği gibi bu yükümlülük iradi biçimde (sözleşme ilişkisiyle) de üstlenilmiş olabilir. Çocuğun terbiye ve nezaret veya korunması altına bırakıldığı kişiler (örneğin kreş, çocuk bakım evi, yaz okulu, kamp gibi yerlerde çalışan kimseler), çocuğun bakımın birkaç gün veya birkaç saat için üstlenen komşu veya akraba bu anlamda koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan mağdura karşı cinsel istismar suçunu işlediği takdirde bu nitelikli hal uygulanacaktır. Önemli olan verdiği sağlık hizmeti nedeniyle kurduğu yakınlıktan yararlanarak bu suçu işlemiş olmasıdır"; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 05.10.2020.

⁹¹ Yargıtay 14. CD. 2019/6195 e., 2019/11096 k., 25.09.2019 k.t., "5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinde yer alan "cinsel istismarın hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması" kavramından failin, yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdur üzerinde işe alma, işten çıkarma, ücret gibi sosyal haklarını belirleme şeklinde yetkilere sahip olup bunun verdiği nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesinin anlaşılması gerektiği, buna göre yapılan değerlendirmede mağdure ile kardeşini zaman zaman hastaneye götüren ambulansın şoförlüğünü yapan ve bu tanışıklık nedeniyle aralıklarla evlerinde ziyaret eden sanıkla mağdure arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığı gibi sanığın, mağdure üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün de bulunmadığı gözetilmeden, hakkında müsnet suçtan belirlenen temel cezanın TCK'nın 103/3. maddesi ile artırılması suretiyle fazla tayini... 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/3, 103/6. maddelerinin tatbiki ile belirlenen 15 yıl hapis cezasında aynı Kanunun 43. maddesi ile 1/4 oranında artırım yapıldığında 18 yıl yerine 17 yıl hapis cezasına hükmolunup, izleyen indirimin de bu miktar üzerinden yapılması suretiyle sonuç cezanın eksik ceza tayini...bozulmasına..."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 05.10.2020.

⁹² Ünlü, s. 102.

⁹³ Yargıtay CGK. 2018/283 e., 2019/410 k., 09.05.2019 k.t., "...Sanık... 'nın çocuğun basit cinsel istismarı suçundan TCK'nın 103/1-b, 103/3, 62, 58, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin Antalya 6. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 22.01.2013 tarihli ve 596-25 sayılı hükmün sanık ve müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 24.10.2017 tarih ve 11815-4996 sayı ile oy çokluğuyla onanmasına karar verilmiş, ... 'Sanığın iş başvurusunu yapmak için olay yerine gelen mağdureyi manken olarak işe alma vaadiyle kandırarak fotoğraflarını çekmeye ikna ettikten sonra mağdureye cinsel istismarda bulunduğu olayda, mağdureyle sanık arasında başlamış bir hizmet ilişkisinin bulunmadığı, mağdureye modellik yaptıracağını söylemesinin hizmet ilişkisinin oluşması için yeterli olamayacağı' düşüncesi ile karşı oy kullanmışlardır. Ancak maddede hizmet ilişkisinin ne olduğu konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Yüksek Dairenin 27.11.2017 gün ve 2014/12265 Esas, 2017/5923 Karar sayılı kararında; 5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinde öngörülen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması kavramı ile failin, yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdur üzerinde işe alma, işten çıkarma, ücret gibi

TCK m.103/4’ de ise diğerk bir ağırlaştırıcı sebep olan, “*Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” hükmü yer almaktadır. Silahtan ne anlaşılması gerektiğı hususu, TCK m.6/1-f bendinde gösterilmiştir. Buna göre, silah deyiminden; ateşli silahlar, 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 diğerk şeyler, patlayıcı maddeler, yakıcı, yaralayıcı, aşındırıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılmalıdır.

Kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamamış ya da 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte cinsel eylemin hukuki anlam ve önemini algılama yeteneğı gelişmemiş çocuklar bakımından, cebir ya da tehdit kullanılması suretiyle cinsel istismar eylemlerinin gerçekleştirilmesini ağırlaştırıcı sebep saymıştır. Daha önce de açıklandığı üzere, bu çocukların rızalarına bir önem atfedilmediğı için, irade sakatlığı veya hilenin varlığı da bir önem taşımamaktadır. Bu sebeple, yalnızca cebir ve tehdide ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Cebir varlığından bahsedilebilmesi için, en fazla kasten yaralamanın basit halinin gerçekleşmesi gerekir. Kasten yaralamanın nitelikli hali söz konusu olduğunda, artık TCK m.103/4 değil, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline yer veren TCK m.103/5 hükmü uygulanacaktır.

Diğerk bir anlatımla, 15 yaşını tamamlamış ve kendisine yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemlerin anlam ve önemini anlayan çocuklar bakımından, suçun temel şekli cebir, tehdit ve hileyi içinde barındırdığından ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmemiştir.

sosyal haklarını belirleme şeklinde yetkilere sahip olup bunun verdiği nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suç işlenmesi halinin kastedildiğinin belirtildiğı, bu tanıma göre de, iş başvurusu yapan arkadaşı tanık Özge ile olay yerine giden mağdurun, sanığın O'nun da fotoğraflarını çekmek istemesi sonucu buna rıza göstermesinin hizmet ilişkisi doğurmaya yeterli olmadığı, müteakip gelişen olayların da artık hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan faydalanılarak gerçekleştirildiğinin kabulüne imkân bulunmadığı” görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle KABULÜNE... Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 24.10.2017 tarihli ve 11815-4996 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

Ancak tehdidin, silahla işlenmesi, çocuğu korkutma bakımından daha etkili sayıldığı için, kanun koyucu silahla tehdit edilme halini ayrıca düzenleme gereği duymuştur^{94 95}.

2.2.1.3.3. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Suçlar, kasten veya taksirle işlenebilmektedir. Ancak kanun koyucu, bazı suçlar bakımından, kast ve taksirin kombinasyonundan oluşan “karma nitelikteki” suçlara da yer

⁹⁴ Yargıtay 14. CD. 2016/1899 e., 2019/10758 k., 11.09.2019 k.t., “...Mağdure 'in bütün ifadelerinde, sanığın bıçakla tehdit ederek zorla kendisiyle birden çok cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği, ancak sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle...Sulh Ceza Mahkemesi'ne kamu davasının açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK'nın 104/1, 43/1, 62/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, ...Sulh Ceza Mahkemesi tarafından düzenlenen gerekçeli kararda ise eylemlerin tehditle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışıldığı, ancak mahkemenin zor ve tehdit iddiasını tartışmakla görev sınırını aştığı, zira cinsel ilişkinin cebir tehdit ve hile ile gerçekleştiğinin kabulü halinde, TCK'nın 103/2-4, 43/1. madde ve fıkralarında düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağı bu durumda; hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrası öngörülen cezaları üst sınırı itibarıyla davaya bakma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini ile buna göre lehe kanunu belirleme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanunun 12 ve 5271 sayılı CMK'nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirdiğinden”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

⁹⁵ Yargıtay CGK. 2016/335 e., 2016/419 k., 15.11.2016 kt., “...Olay sırasında mağdurenin kendisine yönelik cinsel istismar içeren fiillerini gerçekleştiren sanığa 'canım acıyor', 'yapma' şeklindeki beyanlarda da bulunarak karşı koymasına rağmen sanığın cebir kullanmak suretiyle mağdurenin direncini kırıp eylemlerine devam ettiğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında, hakkında koşulları olduğu halde TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanmaması, Maddenin uyuşmazlıkla ilgili dördüncü fıkrasında, cinsel istismarın on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuğa karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, maddenin beşinci fıkrası uyarınca cinsel istismarın nitelikli halinin yanı sıra ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler de uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunundaki değişik suç tiplerinde unsur veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülen cebir, esasen TCK'nın 108. maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiş ve ilgili maddenin gerekçesinde 'kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir' şeklinde tanımlanmıştır. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebirin oluşması için mağdurun irade oluşturma ve iradi hareket serbestisini ihlale elverişli bir fiziki kuvvet kullanımı yeterlidir. (KOCA, Mahmut., ÜZÜLMEZ, İlhan., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 387) Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Suç tarihinde 9 yaşının içinde bulunan mağdurenin, cinsel istismar içeren eylemlerine son vermesi için dayısı olan sanığa 'canım acıyor, yapma' şeklinde beyanlarda bulunmasına karşın, sanığın, cinsel istismara katlanması için mağdureye fiziki güç kullanıp direncini kırarak eylemlerine devam etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın cinsel istismar eylemlerini cebir kullanarak gerçekleştirdiğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle, sanığın nitelikli cinsel istismar suçunu cebir kullanmaksızın işlediğine dair yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 09.10.2020.

vermiştir. Karma nitelikteki bu suçlar, Kanun’da, “netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan bahsedilebilmesi için, öncelikli olarak failin kasten başlamış bir eyleminin olması gerekir. Kasten başlamış eylem ile bağlantılı olarak ortaya çıkan netice arasında en azından taksir niteliğinde olan sübjektif bir ilişki bulunmalıdır⁹⁶.

Suçun işlenmesi sonucunda, istenen neticeden farklı olarak, daha ağır bir netice gerçekleşirse, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç gündeme gelecektir. Diğer bir anlatımla, failin asıl istediği neticenin yanında, kastın aşılması sonucu daha ağır bir netice ortaya çıkarsa, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri uyarınca ceza artırımını yoluna gidilecektir⁹⁷. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından netice sebebiyle ağırlaştırıcı haller, TCK’nın 103. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir.

TCK m.103/6’da, cinsel istismar suçunun sonucunda, mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesi halleri düzenlenmiştir. Buna göre, “*Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*” TCK m.23’e göre, failinin ağırlaştırılmış neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir⁹⁸. Dolayısıyla, failin, cinsel eylemlerini gerçekleştirirken, mağdurun ölmesine ya da bitkisel hayata girmesine en azından taksirle sebebiyet vermesi gerekir⁹⁹. Belirtmek gerekir ki, failin, mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesinden sorumlu tutulabilmesi için, eylemlerinin, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturan eylemler ile illiyet bağı içerisinde olması gerekir.¹⁰⁰

TCK’nın ilk düzenlemesinde yer alan 6. fıkra şu şekilde idi: “*Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur*”. Ancak bu hüküm, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle

⁹⁶ Apaydın, Cengiz., “Kusurluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 11, S. 116, Nisan 2016, s. 86-87.

⁹⁷ Özbek, Veli Özer., “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, c. 2, S.4, Ağustos 2007, s. 223.

⁹⁸ TCK m.23’e göre; “*Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*”

⁹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.371.

¹⁰⁰ Ünlü, s. 104-105.

kaldırılmıştır^{101 102}. Çünkü; suçun işlenmesi sonucunda, mağdurun gerek bedeninde gerekse ruhsal sağlığında mutlaka olumsuz bir iz kalacaktır. Ayrıca, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin devamlı olarak yapılacak doktor kontrolleri, mağdurun psikolojik sağlığı üzerinde daha fazla hasara sebep olacaktır. Dolayısıyla, böyle bir düzenlemeye ayrıca yer verilmesine gerek yoktur. Bu nedenle, eski düzenlemede yer alan 6. fıkranın kaldırılması isabet olmuştur¹⁰³.

2.2.2. Suçun Manevi Unsuru

Bir eylemin, suç teşkil edebilmesi için, suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi yeterli olmayıp, ayrıca suça ilişkin manevi unsurların da gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, kişi ile gerçekleştirilen davranış arasında manevi bağ oluşmamışsa, bir suçun varlığından da bahsedilemez. Dolayısıyla, fiilin sübjektif olarak, kişiye isnat edilebilmesi için, manevi unsurların varlığı gereklidir¹⁰⁴. Genel olarak suçun manevi unsuru, kast ve taksirli eylemleri ifade eder¹⁰⁵.

Failin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, kişinin davranışının iradi olması gerekir. Eğer gerçekleştirilen davranış, hukuka aykırı olsa bile, iradi olarak

¹⁰¹ Baytemir, Erdal., Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, b.1, Ankara, Mayıs 2019, s.481.

¹⁰² Madde gerekçesi şu şekildedir: “Maddenin altıncı fıkrasında yer alan ‘suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı’na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, 102’nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırılmaktadır. Buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 19.01.2021.

¹⁰³ 23 Kasım 2016 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının TBMM Adalet Komisyonundaki görüşme tutanakların ilgili kısmı incelendiğinde dönemin Adalet Bakanı Bekir BOZDAĞ söz alarak; “Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği zaman, beden ve ruh sağlığının bozulması hâlinde cezanın artırılacağına ilişkin bir düzenleme vardı. Yani hem cinsel saldırı veya cinsel istismar suçuna muhatap oluyor, ondan sonra bir de soruyoruz: ‘Beden ve ruh sağlığı bozuldu mu, bozulmadı mı?’ Yani böyle bir soru sormak gerçekten bir utançtı, doğru bir şey de değildi. Ne yaptık? Bunu da kaldırdık ve böyle bir suça muhatap olan çocuk olsun, yetişkin olsun, bunlarla ilgili bir şeyi peşinen yasa kabul etmiş oldu. Yani, bunun bozulduğunu kabul etti ve bu cezayı artırıcı bir neden olarak düzenlenmişti. Bu artan kısmı temel cezaya yansıtık ve peşinen kabul ettiğimiz için temel cezaya biz bunu yansıtmış olduk.”, s. 7, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi: 19.01.2021.

¹⁰⁴ Koca, Mahmut., Üzülmüş, İlhan., Ceza Hukuku Genel Hükümler, b.11, Eylül 2018, Ankara, s.146.

¹⁰⁵ Centel, Nur., Zafer, Hamide., Çakmut Yenerer, Özlem., Türk Ceza Hukukuna Giriş, b.8, 2014, s.337-338.

gerçekleştirilmemişse, kişi bu fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Dolayısıyla kişi ile gerçekleştirilen davranış arasındaki bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır. Bir fiilin, suç oluşturup oluşturmadığı noktasında değerlendirme yapılırken, kişilerin şahsi özelliklerine bakılmaz. Burada, kişinin iradesinin varlığına bakılmalıdır. Örneğin; akli dengesi yerinde olmayan failin, suç teşkil eden fiili gerçekleştirmesi halinde, gerçekleştirilen fiil, suç olma özelliğini kaybetmeyecektir¹⁰⁶.

2.2.2.1. Kast ve Taksir

Çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için, failin, suçu işleme kastının olması gerekir. Diğer bir deyişle, çocukların cinsel istismarı suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Olası kastla da işlenebilmesi mümkündür¹⁰⁷. Örneğin, netice sebebiyle ağırlaşmış hallerde, daha ağır ve başka neticelerden sorumlu tutulmanın söz konusu olması için, failin bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Bununla birlikte, failin, gerçekleştirdiği eylem sonucunda, daha ağır neticelerin ortaya çıkacağını öngörmüş, ancak bunları umursamamış ve kabullenmişse, artık failin olası kastı söz konusu olduğundan, meydana gelen ağır neticeden de ayrıca sorumlu olacaktır¹⁰⁸. O halde bu suçun, kast dışında taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin kastı ise cinsel istismara yönelik olarak gerçekleştirdiği eylemlere göre değerlendirilecektir¹⁰⁹. Failin, cinsel arzularını tatmin etmek maksadıyla gerçekleştirdiği davranışlar, kastını ortaya koyacaktır. Bunun haricinde, suçun oluşabilmesi bakımından başkaca bir saik veya amaç aranmamaktadır¹¹⁰. Ayrıca suçun tamamlanması bakımından, cinsel hazların tatmin edilmiş olması da aranmaz¹¹¹.

¹⁰⁶ Özgenç, İzzet., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, b.15, Ankara 2019, s.236-238.

¹⁰⁷ Vural, Savaş., Mollamahmutoğlu, Sadık., Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara, Seçkin Yay, c.3, 1999, s. 3910.

¹⁰⁸ Centel, s.282.

¹⁰⁹ Üzülmüş, s. 37-38.

¹¹⁰ Arslantürk, s.250-251.

¹¹¹ Baytemir, s.415.

Kastın kapsamına, çocukların cinsel istismarı suçunda yer alan tüm maddi unsurlar dahildir. Dolayısıyla failin kastından bahsedilebilmesi için, mağdurun çocuk olduğunu bilmesi ve eylemlerini de cinsel amaçlarına yönelik olarak gerçekleştirmesi gerekir. Diğer yandan, failin, nitelikli hallerden sorumlu tutulabilmesi için, bu unsurları bilerek ve suç işleme kastı ile hareket etmesi gerekir.¹¹².

Suçun objektif unsurları bakımından, failin hangi saik ile hareket ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Böylece failin, kastını ortaya koyarken hangi saik veya hangi amaçla hareket ettiğinin araştırılmasına gerek yoktur. Önemli olan failin kastı neticesinde ortaya çıkan eylemlerin varlığıdır¹¹³.

2.2.2.2. Kastı Engelleyen Hata

Hata hükümleri, TCK m.30'da şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

Suçun oluşabilmesi için, failin kastı tüm maddi unsurları kapsamalıdır. Ancak fail, maddi unsurular bakımından hataya düşmüş olabilir. Dolayısıyla, burada failin kastından söz edilemez. Ancak suç işleme kastının olmadığını söyleyebilmek için, hatanın esaslı

¹¹² Üzülmüş, s.38.

¹¹³ Üzülmüş, s. 38.

olması gerekir. Örneğin; 14 yaşında olan bir çocuk, kendisini 15 yaşındaymış gibi tanıtabilir. Fail de, çocuğun 15 yaşında olduğuna inanarak eylemini gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda, fail mağdurun yaşı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olacaktır. Yine aynı şekilde fail, mağdur çocuğun algılama yeteneği konusunda hataya düşmüş olabilir. Fail, her iki durumda da, suçun maddi unsurları bakımından esaslı ve kaçınılmaz bir hataya düştüğü için, suç işleme kastından da bahsedilemez¹¹⁴.

Kanun metninde, cinsel saldırı yerine “cinsel istismar” kavramı kullanılmıştır. Bunun sebebi, daha önce de bahsedildiği üzere çocuğun rızasına bir önem atfedilmemiş olmasıdır. Mağdur rıza gösterilmiş olsa bile suç oluşacaktır. Ancak fail, çocuğun yaşı bakımından yanılığa düşmüş olabilir. Suçun maddi unsurlarından biri olan yaşa ilişkin yanılığa düşülmesi halinde kasttan bahsedilemez¹¹⁵.

Mağdur, yaşı konusunda faile gerçek dışı belgeler de göstermiş olabilir. Bu durumda da failin kastı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca mağdurun suç tarihindeki yaşına ilişkin bir tereddüt varsa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 218/2

¹¹⁴ Taner, s.323-325.

¹¹⁵ Koca, Mahmut., Üzülmaz, İlhan., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, b.6, Ankara, Ekim 2019, s.359-360.

uyarınca mağdurun gerçek yaşı tespit edilerek, failin hukuki durumu belirlenecektir^{116 117}

118 119

¹¹⁶ Ayral, Fatma., Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.65-66.

¹¹⁷ Yargıtay CGK, 2013/749 e., 2015/277 k., 15.09.2015 k.t., “Yargıtay 14. Ceza Dairesince 08.04.2013 gün ve 10975-4092 sayı ile; ‘Nüfus kaydına göre 22.06.1993 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşı içerisinde olan ve bu yaşını tamamlamayan mağdure ile sanığın anlaşarak İzmir İli Menemen İlçesine birlikte kaçtıkları, burada birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra önce gayri resmî olarak evlenip yaşamaya devam ettikleri, bilahare resmî olarak evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen evliliğin devam ettiği anlaşılmış olup, sanığın, aşamalarda mağdurenin kendisine 16 yaşında olduğunu söylediğini ve bu nedenle onu 16 yaşında bildiğini savunması, mağdurenin de bunu doğrulaması ve Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre de bazen kişinin kemik yaşının hormonal gelişimi, beslenme gibi nedenlerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle belirlendikten sonra TCK’nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması’ isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir. Yerel mahkeme ise 27.09.2013 gün ve 136-205 sayı ile; ‘... Mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı, bu durumun nüfus kayıtları ve Menemen Devlet Hastanesi doğum raporu ile sabit olduğu, mağdurenin 01.08.2007 tarihli cinsel raporuna göre kızlığının bozulduğu, mahkememizce yargılama sürecinde toplanan tüm deliller ve duruşmada yapılan gözlemler neticesinde suça sürüklenen çocuğun 15 yaşından küçük mağdureye yönelik organ sokmak suretiyle zincirleme cinsel istismar suçunu işlediği, ayrıca mağdur ile suça sürüklenen çocuğun 2005 yılından beri duygusal arkadaş oldukları, evlenmek için ailelerine durumu bildirdikleri ancak mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle evlenmelerine mağdurun ailesinin karşı çıktığı, suça sürüklenen çocuk ile mağdurun aileleri baskı altına alıp evlenmelerine rıza göstermelerini sağlamak için birlikte kaçıp 20 gün açık arazide kaldıkları, bu oluşa göre uzun süredir tanışan ailesini mağdurun ailesine kız istemek için gönderen ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle kızlarını vermediğini öğrenen suça sürüklenen çocuğun mağdurun resmi yaşını bilmediği yönündeki iddiası samimi görülmemiş, bu nedenlerle Yargıtay 14.Ceza Dairesi’nin bozma ilamında belirttiği gerekçelerin yerinde olamayacağı, kamu davasının tarafların beyanlarına göre şikayete tabi bir dava haline dönüşme yolunun açılacağı kanaatine varılmıştır’ gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi cezalandırılmasına karar vermiştir.... İzmir 1. Çocuk Mahkemesinin 27.09.2013 gün ve 136-205 sayılı direnme hükmünün ONANMASINA”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

¹¹⁸ Yargıtay 14. CD. 2019/2602 e., 2019/10072 k., 18.06.2019 k.t., “...Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile tarafların sosyal ve kültürel durumları nazara alındığında fiziki görünüm itibarıyla on altı-on yedi yaşlarında gözükten mağdurenin on beş yaşından büyük olduğu yönündeki sanık savunmasının aksine delil bulunmaması ve tüm dosya içeriğine göre ilk derece mahkemesince sanık hakkında ..sayılı TCK’nın ... maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin tatbiki gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hata halinin bulunmadığı gerekçesiyle sanığın mahkumiyetine dair kurulan hükme ilişkin istinaf başvurusunun bu yönden kabulü yerine hakkında TCK’nın ... maddesinin uygulanması gerektiğinden bahisle hükmün kaldırılarak müsnet suçtan mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

¹¹⁹ Yargıtay 14. CD. 2019/860 e., 2019/10523 k., 02.07.2019 k.t., “Sanıkların savunmalarında mağdurenin kendisini on beş yaşından büyük olarak tanıttığını belirtmeleri, mağdurenin, sanıklardan...’la tanıştığı gün olan...tarihinde,...ile 2008 yılı sonunda arkadaş olduktan sonraki iki hafta içinde,...’le tanıştıkları 2008 Eylül ayı içerisinde cinsel ilişkiye girmesi ve mağdurenin suç tarihlerinde Kız Meslek Lisesi öğrencisi olup, soruşturma evresinde verdiği ifadesinde aslen 1993 doğumlu olduğu yönünde beyanda bulunduğunun anlaşılması karşısında, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin...başvuru numaralı kararı ve tüm dosya içeriği nazara alınarak, olayda...sayılı TCK’nın....maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp bu yöndeki savunmanın reddi nedenleri karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, sanıkların anılan savunmalarının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu şeklindeki noksan gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması suretiyle...sayılı CMK’nın...maddesine muhalefet edilmesi, sanık...müdafisinin, sanığın aslen 1991 doğumlu olup suç tarihinde on sekiz yaşından küçük olduğunu ve bununla ilgili hukuk mahkemesinde dava açıldığını

Diğer yandan, 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurun rızasının olduğu düşüncesiyle hareket eden fail, eğer kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise TCK m.103’de yer alan cinsel istismardan değil, TCK m.104 hükmü uyarınca “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçundan cezalandırılmalıdır¹²⁰.

2.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırı eylemler, hukuk düzeni tarafından kabul görmemiş fiillerdir. Hukuka aykırılık, bir suç oluştursun veya oluşturmaz, o fiilin vasfını ifade ederken, haksızlık ise hukuka aykırı olan fiili ifade eder. Ceza hukuku bakımından hukuka aykırılık kişi üzerinde bir haksızlığa neden olacağı için, suç teşkil eden eylemlerin tümünü ifade etmektedir¹²¹.

Ancak bazı durumlarda, suçun maddi unsurunu oluşturan eylemlerin gerçekleşmesi halinde, hukuka uygunluk nedenlerinden biri var ise eylem suç oluşturmaz. Mesela, kişi eylemlerini; hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ya da ilgilinin rızasına dayanarak gerçekleştiriyorsa, artık burada bir suçun varlığından bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır¹²².

Hukuka uygunluk sebeplerinin çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ortaya çıkıp çıkamayacağı incelenirse, öncelikle suçun yapısı itibariyle meşru savuma hükümlerinin bu suçta uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir¹²³.

Kanunun emrini icra bakımından suçun işleniş şekli nazara alındığında, hekimlerin, Kanun’da yazan görevlerini yerine getirmeleri, kanunun emrinin yerine getirilmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durum, hakkın kullanılması kapsamında da değerlendirildiğinde, yine hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilecektir. Örneğin;

belirtmesine rağmen anılan hususta araştırma yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 6.10.2020.

¹²⁰ Taner, s.325.

¹²¹ Özen, s.473-478. Özen, Mustafa., Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, b.1, Eylül 2019, s.473-478.

¹²² Özen, s.473-478.

¹²³ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.343.

CMK m. 75’de yer alan şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması gibi eylemler bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir¹²⁴.

Yine hekimlerin, CMK m. 76’ya göre mağdurun rızasına, hâkim ya da Cumhuriyet savcısının kararına dayalı olarak, genital yahut anal muayene yapmaları, hukuka uygunluk nedenlerinden olan kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme kapsamında değerlendirilecektir¹²⁵. Ancak hekim; mağdurun rızası, hâkim ya da Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın ve fakat cinsel amaç olmaksızın böyle bir muayene yaparsa, bu durumda TCK m.287’de yer alan suçtan dolayı cezalandırılacaktır¹²⁶.

Hekimlerin, mesleklerini icra ederken, mesleğin amacını aşmayacak şekilde yaptıkları eylem ve davranışlar, hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Hekimler ya da diğer sağlık personelinin, tıbbi tedavi amacıyla çocuğun vücuduna dokunması, cinsel bölgelerini kontrol etmesi yahut o bölgelere bakması, bu kapsamda hukuka aykırılık unsurunu taşımadığından suç olarak nitelendirilemez. Fakat bu kişiler, tıbben gerekmediği halde, cinsel arzuların tatmini amacıyla, mağdur çocuğa temas ediyor ve onu istismar ediyorsa, bu durumda çocukların cinsel istismarı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Failin sağlık çalışanı olmasından dolayı da TCK m.103/3-d uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır¹²⁷.

TCK m. 26’da “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre elverişli suçlar bakımından rızanın varlığı halinde suç oluşmayacaktır¹²⁸.

¹²⁴ Özen, s.473-478.

¹²⁵ Kanunun hükmü ve amirin emri madde 24’te şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*”

¹²⁶ Genital muayene madde 287’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.*”

¹²⁷ Aydın, s.76-77.

¹²⁸ Aydın, s.76-77.

Çocuğun cinsel istismarı suçunda rızanın durumu, yaşa göre ikiye ayrılmaktadır. Buna göre birinci ayırım; 15 yaşından küçük olan ya da 15 yaşını tamamlamakla birlikte kendisine yönelik cinsel eylemlerin anlam ve önemini anlamayan çocukların rızalarına bir önem atfedilmemesi durumudur. Diğer bir anlatımla, kanun koyucu, bu çocukların vücut dokunulmazlıklarına ilişkin haklarını mutlak suretle tasarruf edilebilecek bir hak olarak kabul etmediği için, geçerli bir rızadan da bahsedilemez. İkinci ayırım; 15 yaşından büyük ve 15 yaşını tamamlamakla birlikte kendisine yönelik cinsel eylemlerin anlam ve önemini anlayan çocukların rızalarına ilişkindir. Bu çocuklar bakımından, rıza kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre; bahsi geçen çocukların, cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlara rıza göstermeleri halinde, TCK m.103/1’de suçlar oluşmayacaktır. Ancak suçun oluşmaması için rızanın devamlılık arz etmesi gerekir. Örneğin; mağdur, sevgilisinin kendisini öpmesine ve dokunmasına izin verebilir. Eylemler devam ederken rıza ortadan kalkarsa, rızanın kalktığı andan itibaren devam eden cinsel eylemler suç teşkil edecektir¹²⁹. Bunun haricinde, bu çocuklar, cinsel ilişki boyutuna varan eylemlere rıza gösterirlerse, fail bakımından TCK m.104/1’de yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu” oluşacaktır¹³⁰.

Rıza kavramı “tipiklik” ve “hukuka uygunluk sebebi” olan rıza olarak ikiye ayrılmaktadır¹³¹. Diğer tüm cinsel suçlarda olduğu gibi çocukların cinsel istismarı suçunda da rıza, suçun “tipiklik” unsurudur. Çünkü, 15 yaşını doldurmuş çocuğun geçerli rızasının varlığı halinde, cinsel ilişki boyutuna varmayan diğer cinsel eylemler suç oluşturmaz. Diğer bir anlatımla, çocuğun geçerli olan rızası, kendisine yönelik yapılan eylemi suç olmaktan çıkartmaktadır. O halde, 15 yaşından büyük ve 15 yaşını tamamlamakla birlikte kendisine yönelik cinsel eylemlerin anlam ve önemini anlayan çocukların rızaları, suçun tipiklik unsurunu oluşturmaktadır¹³².

¹²⁹ Aydın, s.76-77.

¹³⁰ İştin, s.149.

¹³¹ Özen, s.473-478.

¹³² Dursun, s.64, Aksi görüş için bkz.: Tezcan, Durmuş., Erdem., Mustafa, Ruhan., Önok, Murat., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku b.16, Ankara, s.431.

2.3. Kusurluluk

Failin cezai sorumluluğundan bahsedebilmek için, gerçekleştirilen davranışın iradi olması gerekir. Dolayısıyla iradi olarak gerçekleştirilmeyen davranışlar, hukuka aykırı olsa bile, cezai anlamdaki sorumluluktan bahsedilemez¹³³.

TCK'da kusurluluğu etkileyen haller şu şekilde belirtilmiştir; yaş küçüklüğü (m.31), akıl hastalığı (m.32), sağır ve dilsizlik (m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu etkisinde olma (m.34), cebir veya tehdit altında suç işleme (m.28), zorunluluk hali içinde suç işleme (m.25/2, 92, 99/2, 143), hukuka aykırı veya bağlayıcı nitelikteki emrin yerine getirilmesi (m.24/2), hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması (m.27), haksız tahrik (m.29) ve hata (m.30/3, 30/4) sayılmıştır¹³⁴.

Failin çocuk olması halinde, TCK m.31'de¹³⁵ yer alan hüküm gündeme gelecektir. Madde metninde, çocuğun yaşı 3 kademeye ayrılmıştır. İlk olarak, 12 yaşından küçük çocukların fail olması halinde, bu çocukların cezai sorumluluklarının olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından, ceza kovuşturması veya soruşturması yapılmayacaktır. Ancak bu çocuklara karşı özel güvenlik tedbirleri uygulanacağı Kanun'da belirtilmiştir.

12-15 yaş gurubunda olan çocuklar bakımından, işledikleri fiilin anlam ve sonuçlarını bilmeleri veya bilmemelerine göre, gerçekleştirdikleri eylemler dikkate alınacak ve ona göre ceza tayini yapılacaktır. Şayet 12-15 yaş aralığındaki çocuklar,

¹³³ Özgenç, s.403-404.

¹³⁴ Aydın, s.76-77.

¹³⁵ Yaş küçüklüğü madde 31'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz."

gerçekleştirdikleri eylemin hukuki anlam ve sonuçlarının farkında değilse, ceza soruşturması yahut kovuşturması yapılmayacaktır. 12 yaş altındaki çocuklarda olduğu gibi, burada da çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ancak gerçekleştirdikleri eylemin farkında olan çocuklar hakkında maddede cezai yaptırım öngörülmüş olup, ceza indirimi yapılacağı düzenlenmiştir.

15 yaşını doldurmuş olan ve fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından ise yalnızca ceza indirimi öngörülmüştür.

Failin, suça konu olan eylemlerden sorumlu tutulabilmesi için, gerçekleştirdiği fiilin farkında olması da gerekir. Buna göre, kişi hakkında ceza tayini yapılabilecektir. Ancak verilecek ceza, TCK m.32/2 hükmü nazara alınarak belirlenecektir¹³⁶. Diğer yandan, failin akıl hastalığına¹³⁷ sahip olması nedeniyle algılama yeteneği ortadan kalkmış olabilir. Bu durumda, faili, gerçekleştirdiği eylemlerin farkında olmadığı için kusurlu olarak atfedemeyiz. Bunun dışında, akıl hastalığı, kişinin gerçekleştirdiği davranışları önemli derecede etkilemiyorsa, kişinin kusursuzluğundan bahsedilemez.

2.4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

2.4.1. Teşebbüs

Suçun tamamlanabilmesi için, belirli bir sürecin gerçekleşmesi gerekmektedir. Fail, bu süreç içerisinde gerçekleştireceği eylemler için birtakım hazırlık hareketleri yapar ve akabinde icra hareketlerini işlemeye başlar. Kanun maddesinde neticeye yer verilmişse, neticenin vuku bulduğu an, suç tamamlanmış olur. Teşebbüsün uygulanabilmesi için, failin suç işleme kararı kapsamında, kasıtlı hareketlerinin varlığı

¹³⁶ Koca, s.364-365.

¹³⁷ TCK m. 32/1'e göre; "Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur."

gerekir. Bu nedenle taksirli suçlarda teşebbüs mümkün değildir. Olası kast halinde ise ancak failin ortaya çıkan neticeden sorumlu olması gerekir¹³⁸.

TCK m.35/1’de, “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” hükmü yer almaktadır. Buna göre, failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için, kast ettiği icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması gerekir. Doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama ise, her somut olaydaki suç tipine göre ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenecektir¹³⁹. Diğer bir anlatımla, failin, salt cinsel davranış gerçekleştirme düşüncesi teşebbüsün uygulanması bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla teşebbüsten bahsedilebilmesi için, failin düşüncesini harekete geçirmesi gerekir¹⁴⁰.

Fail, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlayıp elinde olmayan sebeplerden ötürü eylemlerini tamamlayamamış olabilir. Fail, icra hareketlerini tamamlamadan ya da netice henüz gerçekleşmeden, suçtan gönüllü olarak vazgeçerse, teşebbüs hükümleri değil, TCK m.36’da yer alan gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır¹⁴¹.

Suçta teşebbüs, cinsel istismarın hem basit hem de nitelikli hali için mümkündür. Basit cinsel istismar suçu, niteliği itibari ile sırf hareket suçu niteliğindedir. Ancak failin eylemleri kısımlara ayrılabiliriyorsa, teşebbüsten bahsedebiliriz. Örneğin, çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirme kastı ile elini veya cinsel organını harekete geçiren bir kimse, başka birisinin müdahalesi sonucu eylemini tamamlayamazsa, suça teşebbüs etmiş olacaktır¹⁴².

Sarkıntılık fiili, ani ve süreksiz olduğu için, sadece icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs mümkün olacaktır¹⁴³. Örneğin; fail, mağdurun vücuduna

¹³⁸ Akkaya, Çetin., Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ocak 2018, s. 255-258.

¹³⁹ Akkaya, s. 255-258.

¹⁴⁰ Aydın, s.87-90.

¹⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.346.

¹⁴² Akkaya, s. 255-258.

¹⁴³ Artuk, Mehmet., Gökçen, Emin., Yenidünya, Ahmet., Ceza Hukuku Özel Hükümler, b.4, Ankara 2003, s.829; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 363.

dokunmaya çalıştığı esnada mağdur kaçarsa ya da eylemin gerçekleşmesine üçüncü kişiler mani olursa, sarkıntılık suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁴⁴.

TCK m.103/2'deki cinsel istismarın nitelikli halinde, neticenin gerçekleşmesi çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulmasına bağlıdır. Fail, organ veya sair cisim sokma kastı ile doğrudan doğruya icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan sebeplerle hareketlerini bitiremezse, cinsel istismar suçunun nitelikli haline teşebbüsten bahsedebiliriz. Failin elinde olmayan sebepler burada önem arz edecektir. Örneğin, fail, çocuğu cinsel ilişkiye zorladığı esnada sertleşememesi sebebiyle hareketini tamamlayamamış olabilir. Bu durumda failin iktidarsızlıktan kaynaklı mı yoksa o an duyduğu korku, heyecan veya hüzünden dolayı mı eylemini tamamlayamadığı, teşebbüsün uygulanması bakımından önem taşımaktadır^{145 146}.

Failin iktidarsızlığı sebebiyle mağdurun vücuduna cinsel organını sokamaması hali, Yargıtay kararlarınca da işlenemez suç kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak aksi görüşte olan yazarlar da vardır¹⁴⁷. Buna göre, failin iktidarsızlığı sebebi ile suç tamamlanamazsa, teşebbüs hükümlerine göre ceza tayini yapılmalıdır.

Nitelikli cinsel istismar suçunun neticeye ulaşması için, failin cinsel hazzını tamamlamış olması aranmaz. Daha öncede bahsedildiği üzere, vücuda organ yahut sair cisim sokulduğu anda suç tamamlanmış olur¹⁴⁸. Dolayısıyla suçun oluşması için özel kast aranmaz.

Failin kastının, basit cinsel istismara mı, yoksa nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğunu anlamak için her somut olayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Buna

¹⁴⁴ Tezcan, Durmuş., Erdem., Mustafa Ruhan., Önok, Murat., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, b.13, Ankara 2016, s.387.

¹⁴⁵ Aydın, s.87-90.

¹⁴⁶ Yargıtay 14. CD. 2016/619 e., 2016/4514 k., 03.05.2016 k.t., “*cinsel organda sertleşme bozukluğu olan hastaların tedavisinde kullanılan Vega 100 Sildenafil Cırate isimli ilacı kullandığı anlaşılan sanığın cinsel organını anal yoldan mağdurenin vücuduna sokmaya çalıştığı, bu amaçla cinsel organına ayrıca krem sürdüğü, ancak mağdurenin etkin direnmesi olmadığı halde duhul eylemini gerçekleştiremediği, mağdureye vajinal yoldan ilişkiye girmesi halinde kızlığının bozulacağını, hayatının söneceğini, kendisine acıdığı için anal yoldan ilişkiye girmeye çalıştığını söylediği, bu nedenle cinsel organını mağdurenin anal ve vajinal bölgelerine sürmek suretiyle cinsel arzularını tatmin ettiği, sanığın organ sokma eylemini gerçekleştirebilecek fiziksel yeterliliği bulunmadığından nitelikli cinsel istismar suçunun elverişli hareketlerle icrasına başlayamadığı, bu itibarla eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması...bozulmasına*”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

¹⁴⁷ Akkaya, s. 258.

¹⁴⁸ Akkaya, s. 259.

ilişkin olarak, failin eylemi gerçekleştirmeden önce söylediği sözler ve davranışlar suçun niteliğini belirleme bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, fail, icra hareketlerine başlamadan önce “*seni becereceğim*”, “*seninle birlikte olmak istiyorum*” gibi cümleler kurmuş ve hemen akabinde de çocuğun pantolonunu ve külotunu zorla çıkarmışsa, cinsel istismarın nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerine başladığını söylenebilir¹⁴⁹. Şayet bu şekilde bir sonuca ulaşılamazsa, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince, failin eylemlerinin basit cinsel istismar suçu kapsamında kaldığı kabul edilmelidir^{150 151}.

Teşebbüs durumunda faile verilecek ceza, Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarında da olduğu gibi, hakkaniyet gereği, çocuğun basit cinsel istismarı suçu için öngörülen asgari cezadan az olamaz. Bir diğer anlatımla, uygulamada eylemin işleniş şekli, işlendiği zaman aralığı, sanığın kastına dayalı olarak gerçekleştirdiği eylemin ağırlığı, mağdura verilmek istenen zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, TCK m.103/1’de yer alan cinsel istismarın temel halinde belirtilen cezadan daha az ceza verilmeyeceği kabul edilmiştir^{152 153 154}.

¹⁴⁹ Yargıtay 5. CD. 2005/18597 e., 2006/343 k., 30.01.2006 k.t., “...Oluşa ve kabule göre, sanığın tehdit ederek zorla götürdüğü evinde mağdura ‘seni yapacağım’ dedikten sonra eline aldığı kırık şişeyi ona doğrultup korkutarak soyunmasını sağlayıp kırık şişeyi onun vücudunda dolaştırırken dışarıda bulunan köpeğin havlaması üzerine ‘buradan ayrılma, köpeği senin yanına alıp geleceğim, seni yapacağım’ diyerek dışarıya çıkması üzerine mağdurun pencereden atlayıp kaçması şeklindeki olayın 5237 sayılı Yasanın 103/2 ve 35. maddelerinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının sübutu ve bu husustaki delillerin tayin ve takdirinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 9.10.2020.

¹⁵⁰ Akkaya, s. 255-261.

¹⁵¹ Yargıtay 14. CD. 2012/5826 e., 2012/7817 k., 09.07.2012 k.t., “Mağdurenin özde değişmeyen istikrarlı beyanlarında, öz dayısı olan sanığın evde annesinin bulunmadığı farklı zamanlarda pantolonunu indirerek cinsel organını poposuna soktuğunu belirtmesi, mağdure hakkında olaydan kısa süre sonra düzenlenen raporlarda fiili livatanın maddi delillerine rastlanmadığının belirtilmesi, sanık savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre, mağduru bir çok kez soyundurup cinsel organını mağdurun anüsüne soktuğu veya sokmaya çalışırken ciddi bir engel nedeniyle sokamadığının kesin olarak belirlenemediği, bu haliyle sanığın kanıtlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı niteliğinde olduğu gözetilmeden TCK’nın 103/1 inci maddesi yerine aynı maddenin 2 nci fıkrasıyla cezalandırılmasına karar verilmesi...bozulmasına”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁵² Baytemir, s.445-446.

¹⁵³ Akkaya, s. 255-261.

¹⁵⁴ Yargıtay 14. CD. 2016/1063 e., 2016/3680 k., 13.04.2016 k.t., “...Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs eylemlerinin, geçitli suç kuralı gereğince basit cinsel istismarı suçunu da kapsadığı, verilecek cezanın hakkaniyet gereği çocuğun basit cinsel istismarı suçu için öngörülen asgari cezadan az olamayacağı ve eylemin işleniş şekli, işlendiği zaman dilimi ile sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı nazara alınıp fiilin ağırlığıyla orantılı olarak, sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten TCK’nın 103/2. maddesi uyarınca verilecek temel cezadan aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca nedeniyle yapılacak indirimin, mağdura verilmek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek uygun bir oranda yapılması suretiyle belirlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunun temel haline ilişkin

Failin, asıl olan kastını doğrudan doğruya icra etmesi esnasında, Kanun'da yer alan başkaca bir netice daha meydana gelirse, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştik. Dolayısıyla, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçların mahiyeti itibarıyla teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹⁵⁵.

Suçun iştirak halinde işlenmesinde, faillerden birisinin suçu işlemekten vazgeçmesi tek başına yeterli değildir. Gönüllü olarak vazgeçen fail, diğer şeriklere de engel olmalıdır. Şayet gönüllü vazgeçen şerik, tüm çabalarına rağmen suçun gerçekleşmesinin önüne geçemez veya elinde olmayan sebeplerden dolayı diğer şerikler suçu tamamlayamazsa, vazgeçen şerik hakkında TCK m. 41 uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, cinsel istismar suçunu gerçekleştirecekleri sırada çocuğun ağlamasına ve yalvarmasına dayanamayıp, olay yerini terk eden fail, suçtan doğacak sorumluluktan kurtulamaz. Failin gönüllü olarak vazgeçmesi halinde, diğer şerikleri etkisiz hale getirmeli, en azından buna çabalamalıdır. Gönüllü vazgeçen, diğer şeriklerin suç işlemesini önlemeye çalışırken, olay yerine gelen başka insanların olması halinde suç tamamlanamazsa, yine gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanacaktır. Bu durumda gönüllü vazgeçen o ana kadar yapmış olduğu eylemlerden sorumlu tutulacaktır.

2.4.2. İştirak

Çocukların cinsel istismarı suçu, bir veya birden fazla kişi ile işlenebileceği gibi, suçun işlenebilmesi için yardım eden sıfatıyla, bir veya birden fazla kişi de suça katılmış

103/1. maddesinde yer alan cezanın altında olamayacağı düşünülmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde eksik cezaya hükmedilmesi...bozulmasına..."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁵⁵ Yargıtay 5. CD. 2008/14544 e., 2009/3539 k., 23.03.2009 k.t., "...Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip, 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin aynı Yasanın 61/5. maddesindeki sıraya uygun olarak, ancak 103/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken, yazılı biçimde 103/6. madde ile verilen cezadan teşebbüs nedeni ile indirim yapılması suretiyle noksan cezaya hükmolunması...bozulmasına...", www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

olabilir. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından iştirak hükümleri, genel hükümlere tabii olmakla birlikte, birkaç noktada farklılık arz etmektedir¹⁵⁶.

Öncelikle, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, TCK m.103/3-a kapsamında nitelikli hal olarak kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda faillerden her biri, kendi eylemlerini gerçekleştirirken, aynı zamanda diğer şeriklerin de eylemlerine iştirak etmiş olur. Diğer bir anlatımla, suçun, birden fazla kişi tarafından işlenmesi esnasında, faillerden her biri, cinsel eylemlerin çeşitli kısımlarını birlikte işleyebileceği gibi tek başına da işleyebilirler¹⁵⁸.

Dolayısıyla failler hakkında, çocukların cinsel istismarı suçunu birlikte işlemelerinden dolayı, TCK m.103/3-a maddesi uygulanırken, her failin diğer şerikin suçuna iştirak etmesinden dolayı belirlenecek ceza TCK m.43/1 uyarınca da arttırılmalıdır^{159 160}.

Çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi halinde, faillerden birinin eylemi, çocuğun vücuduna organ ya da sair cisim sokma şeklinde gerçekleşirse ve diğer şerikler suçun nitelikli haline ilişkin bir eylem gerçekleştirmeyip yalnızca mağdurun direncini kırarak şekilde davranmışlarsa, tüm failler, TCK m.103/2 uyarınca cinsel istismarın nitelikli halinden sorumlu olacaklardır. Suçu birden fazla kişi ile birlikte işledikleri için, ayrıca TCK m.103/3-a hükmü uyarınca ceza artırımı yapılacaktır¹⁶¹.

Yargıtay, önceki içtihatlarında, reşit olmayan çocuğunu yasa dışı olarak evlendiren ve doğal olarak cinsel ilişkiye girmelerini sağlayan anne ve babanın asli fail olarak suça iştirak ettiğini kabul etmişti. Ancak, bu görüşün adaletsiz sonuçlara sebep

¹⁵⁶ Aydın, s.91-92.

¹⁵⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.368.

¹⁵⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.368.

¹⁵⁹ Aydın, s.91-92.

¹⁶⁰ Yargıtay 5. CD. 2009/14749 e., 2010/617 k., 04.02.2010 k.t., “...Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklar Mevlüt, Adem ve Rahim'den her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanıkların eylemlerine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasa'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁶¹ Aydın, s.91-93

olmasından dolayı, sonraki içtihatlarda değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, aile içindeki baskı nedeniyle annenin söz hakkının kısıtlı olması halinde, suça iştirakinin olmadığı kabul edilmiştir. Ancak mağdur ile fail arasındaki cinsel birliktelik, anne ve babanın rızalarına her zaman dayanmayabilir. Bu durumda, anne-babanın iştirakinden bahsetmek mümkün olamayacağı için, böyle bir genelleme yapılması doğru olmayacaktır. Her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmalı ve ona göre bir sonuç çıkarılmalıdır¹⁶².

Sarkıntılık düzeyinde kalan eylemler, failin çocuk olması halinde şikayete tabiidir. Dolayısıyla TCK m.73/5'e göre, faillerden biri hakkında şikayetten vazgeçilmesi halinde, diğer şeriklerde bu hükümden faydalanır.

2.4.3. İçtima

Suçla ilgili olarak, TCK'nın 103. maddesinin 5. fıkrasında "*Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" şeklinde, gerçek içtima düzenlemesi yer almaktadır. Kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere, cebir ve şiddetin, kasten yaralamanın basit halini aşması ve nitelikli kasten yaralama suçuna neden olması durumunda, gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve faile her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilecektir¹⁶³. Diğer yandan kanun koyucu, burada herhangi bir yaş ayrımı

¹⁶² Aydın, s.91-93.

¹⁶³ TCK m.87'ye göre, "*Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkra giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkra giren hallerde beş yıldan az olamaz. Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkra giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkra giren hallerde sekiz yıldan az olamaz. Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır. Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*"

yapmamıştır. Başka bir anlatımla, mağdurun 15 yaşından küçük olup olmaması ya da fiilin anlam ve önemini algılayıp algılamamasının bir önemi yoktur¹⁶⁴.

Bunun haricinde, tehdit veya cebir, nitelikli cinsel istismarın içerisinde yer alan unsurlardan olduğu için, bu suçlardan faile ayrıca ceza verilmeyecektir. Diğer bir anlatımla, nitelikli cinsel istismar suçunun işleniş biçiminde, cebir ve tehdidin uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla cebir ve tehdit eylemleri, bahsi geçen suçun içerisinde yer alan unsurlardan olduğu için, faile ayrıca TCK m.106 veya TCK m.108'den ceza verilmeyecektir. Ancak, cebir ve şiddetin boyutu, kasten yaralama suçunun nitelikli halini meydana getirmişse, TCK m.103/5'deki düzenleme sebebiyle gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve faile ayrıca TCK m.87'den de ayrıca ceza verilecektir¹⁶⁵.

15 yaşından küçük ya da 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte kendisine yönelik cinsel eylemlerin anlam ve önemini algılamayan çocuklara, cebir veya tehdit kullanılarak cinsel istismar suçunun işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak sayılarak bileşik suç yaratılmıştır¹⁶⁶. Aynı şekilde 15 yaşından büyük olup kendisine yönelik yapılan cinsel eylemlerin anlam ve önemini algılayabilen çocukların, silah kullanmak suretiyle tehdit edilmesi hali de ağırlaştırıcı sebep sayılarak bileşik suç oluşturulmuştur¹⁶⁷.

Çocukların cinsel istismarı suçunun içerisinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal ya da kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu düzenlenmediği için, bu suçlardan da ayrıca ceza verilecektir¹⁶⁸. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun bileşik suç olarak kabul gördüğü bazı Yargıtay kararları da mevcuttur. Örneğin, sanık, mağdurun vücuduna organını sokarak, nitelikli cinsel istismar suçunu işlemesi esnasında, suçun işlenmesi için gerekli süre kadar çocuğu hürriyetinden yoksun bırakması ve hemen akabinde de suçun tamamlanmasıyla birlikte mağduru serbest bırakmış olması durumunda, ayrıca kişi hürriyetinde yoksun bırakma suçunun oluşmayacağı, bu durumun bileşik suç olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir¹⁶⁹. Doktrinde de bir görüşe göre,

¹⁶⁴ Ünlü, s.104.

¹⁶⁵ Aydın, s.91-93.

¹⁶⁶ Taner, s.340-342.

¹⁶⁷ TCK m.42'ye göre *"Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."*

¹⁶⁸ Taner, s.346-347

¹⁶⁹ Yargıtay CGK. 2011/5-447 e., 2012/1789 k., 25.09.2012 k.t. *"Somut olayda sanık, mağdurun vücuduna organını sokarak, kanun maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunu işlemiştir. Bu suçun işlenmesi için gerekli süre kadar hürriyetinden yoksun bıraktığı mağduru, suçun tamamlanması ile birlikte serbest bırakmıştır. Bu olayda, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması*

suçun özünde hürriyetten yoksun bırakma suçu da olduğundan ve cinsel istismar suçunun içinde eridiğinden dolayı, faile ayrıca ceza verilmemesi gerekmektedir. Bu husus, her somut olaya göre incelenmeli ve hürriyetten yoksun bırakma suçunun oluşmasını gerektirecek durumların varlığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁷⁰.

Cinsel ilişki haricinde, cinsel amaçlarla kişinin alıkonularak hürriyetinden yoksun bırakılması hali ise TCK m.109/5'e göre ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, 15 yaşını doldurmuş olan ve kendisine yönelik yapılan cinsel eylemlerin anlam ve önemini algılayabilen çocukların rıza göstermesi halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan bahsedilemez. Bu durumda TCK m.234'de yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasına ilişkin hükümlere bakmak gerekir. Çocuk kendi rızası ile gitmiş olsa bile, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk etmesi halinde, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi bakımından TCK m.234/3'e göre ayrıca ceza tayini yapılacaktır¹⁷¹.

Cinsel istismar suçunun zincirleme olarak işlenmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynı suçun, aynı kişiye karşı, bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla kez işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak TCK m.43/1 uyarınca, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin, farklı zaman aralıklarında bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunu birden fazla kez işlemesi gerekir¹⁷². Diğer bir anlatımla, aynı kişiye karşı, aynı suçu işleme kararı kapsamında hareket eden failin, farklı zamanlarda yapmış olduğu cinsel eylemler zincirleme suç hükümlerine tabi olacaktır¹⁷³.

TCK m.43/2'de, bir suçun birden fazla kişiye karşı, tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak çocukların cinsel istismarı suçunun mahiyeti itibarıyla tek eylem ile birden fazla kişiye karşı işlenebilmesi fiziken mümkün değildir. Örneğin, kişinin iki farklı mağdura, cinsel istismarın basit halini bile gerçekleştirebilmesi için, iki farklı temas içeren eylem

suçu, mağdurun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan bileşik suç söz konusudur. Yerel mahkeme, sanık hakkında bileşik suç durumundaki çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurduğundan, suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararda direnmesi doğrudur."; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁷⁰ Özen, s.486-487.

¹⁷¹ Taner, s.346-347.

¹⁷² Aydın, s.93-95.

¹⁷³ Özen, s.377.

gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla failin, tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı bu suçü işlemesi mümkün olmayacaktır¹⁷⁴.

Fikri içtima hükümlerine göre, işlenen fiil, birden fazla suçü vücut veriyorsa, en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza tayini yapılmaktadır. Örneğin, çocuğun fuhuş yapmasına aracılık eden kişi, azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla aynı zamanda cinsel istismar suçunu da işlemiş olacaktır. Bu bakımdan kişi, fikri içtima hükümlerine göre yaptırımını daha ağır olan suçtan cezalandırılacaktır^{175 176}.

Diğer yandan, failin aleni bir şekilde nitelikli cinsel istismar suçunu işlemesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanacağı için, faile TCK m.225’de yer alan hayasızca hareket suçundan ayrıca ceza verilmeyecektir^{177 178}.

¹⁷⁴ Aydın, s.94.

¹⁷⁵ Yargıtay 14. CD. 2013/5108 e., 2014/8866 k., 27.06.2014 k.t., “...Sanık O. hakkında fuhuş suçundan kurulan hükmün incelenmesinde, olayın oluşuna mahkemenin kabule göre sanık O.’ın, 15 yaşını doldurmayan mağdurenin fuhuş yapması için aracılık yaptığı dosya kapsamından anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu, hem de fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilerek TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü uyarınca bu suçların en ağır olan zincirleme biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde fuhuş suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁷⁶ Yargıtay 14. CD. 2012/7665 e., 2014/5269 k., 17.04.2014 k.t., “Sanıklar N. ve C.’in kayden 10.02.1997 doğumlu olup 14 yaşı içerisinde bulunan mağdure B.’yu fuhuş maksadıyla İ. A.’a 100 TL karşılığı temin edip cinsel ilişkiye girmesini sağladığı iddiasıyla ilgili olarak sanıklar hakkında fuhuş suçundan açılan davanın, mağdureye yönelik işlediği iddia edilen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçü yönünden İ. hakkında verilen 30.09.2010 tarihli ayırma kararıyla evrakın tefrik edildiği sanıklar N. ve C. hakkında vaki eylemin fuhuş suçunu oluşturduğundan bahisle 2010/1437 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma neticesinde açılan davaya bakan mahkemece sanıklar N. ve C.’in fuhuş suçundan mahkûmiyetine karar verildiği dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de, İ.’in işlediği iddia edilen eylemin TCK’nın 37. maddesi kapsamında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanıklar hakkında TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü uyarınca bu suçların en ağır olan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden ve bu kapsamda 2010/1437 sayılı dosyada devam eden soruşturmaya ilişkin dosyanın celbiyle tetkik edilmesinin ardından varılacak sonuç çerçevesinde sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2020.

¹⁷⁷ Taner, s.348.

¹⁷⁸ Yargıtay 14. CD. 2012/7484 e., 2014/4685 k., 08.04.2014 k.t., “...TCK’nın 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için, eylemin cinsel amaçlı fiziksel temas içermesi veya fiziksel temas içermese bile ahlak temizliğine aykırı cinsel davranışın basit halin ötesinde, mağdure üzerinde ağır etki bırakacak sömürü boyutuna varması gerektiği, dosya içeriğine göre mağdurenin olay günü Atatürk Bulvarı üzerinde yürüdüğü sırada motosikletiyle gelen sanığın, pantolonunun fermuarını açıp cinsel organını bir anlık mağdureye gösterme şeklindeki eyleminin bu haliyle TCK’nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK’nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK’nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği ve cezanın belirlenmesi esnasında da 225. maddedeki cezanın alt sınırının 105. maddedeki cezanın alt sınırından daha fazla olması karşısında hakkaniyet gereği 105. madde ile belirlenen cezanın 225. maddede öngörülen cezanın alt sınırından daha az olmayacak şekilde belirlenmesi suretiyle cezalandırılması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek

2.5. Yaptırım

6545 sayılı ve 6763 sayılı Kanun’lar ile yapılan değişikliklerle, çocukların cinsel istismarı suçu için öngörülen cezalar artırılmış ve daha ağır yaptırımlara bağlanmıştır¹⁷⁹.

TCK’nın ilk düzenlemesinde, suçun, basit hali için 3 yıldan 8 yıla kadar, nitelikli hali için ise 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel davranışlar için 3 yıldan 8 yıla kadar, basit cinsel istismar için 8 yıldan 15 yıla kadar, nitelikli cinsel istismar için 16 yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür. Suçun nitelikli hali bakımından üst sınır belirtilmemiştir. Bu sebeple, TCK m.49 hükmü uyarınca üst sınır 20 yıl olacaktır. 6763 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik kapsamında, 12 yaşından küçük çocuklara karşı hapis cezasının sarkıntılık için 5 yıldan, basit cinsel istismar için 10 yıldan, cinsel istismarın nitelikli hali için ise 18 yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Her suçta olduğu gibi burada da, TCK m.61 uyarınca suçun işleniş biçimi göz önünde bulundurularak temel ceza belirlenecektir¹⁸⁰.

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçların, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal kapsamında işlenmesi halinde, yasada belirtilen cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Buna göre; “*üçüncü derece dahil kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey ana, üvey kardeş veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler*” tarafından cinsel istismar suçunu işlemesi halinde, verilecek ceza, yarı oranında artırılabacaktır. Üçüncü fıkraya eklenen (b) bendinde ise “*insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde*” işlenmesi hâlinde verilecek cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca “*on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle*

yazılı şekilde cinsel istismar suçundan hüküm kurulması...bozulmasına...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 12.10.2020.

¹⁷⁹ Aydın, s.99.

¹⁸⁰ Akkaya, s.279.

*işlenmesi hâlinde ya da bu durumda olmayan diğer çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle” işlenmesi halinde de, faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır*¹⁸¹.

TCK m.103/4’e göre, cebir ya da tehdit kullanılmak suretiyle cinsel istismar suçunun 15 yaşını tamamlamamış yahut tamamlamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Suçun, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış ve kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin anlam ve sonuçlarını kavrama yetisi gelişmiş çocuklara karşı, silah kullanmak suretiyle işlenmesi halinde de verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır¹⁸².

TCK m.103/6’ya göre de, cinsel istismar eyleminin sonucunda çocuk ölür ya da bitkisel hayata girerse, faile ağırlaşmış müebbet cezası verilecektir¹⁸³. TCK m.53/1-c ve TCK m.53/5’e göre, failin, mağdurun vasisi veya velisi olması halinde ise, velayet hakkından veya vesayet yetkilerinin kullanılmasından yasaklanması gerekecektir^{184 185}.

Daha önce de bahsedildiği üzere, sanığa ceza tayini yapılırken, Yargıtay, hakkaniyet gereği bazı kıstasları içtihat haline getirmiştir. Buna göre, nitelikli cinsel

¹⁸¹ 6545 sayılı Kanun’un madde gerekçesi şu şekildedir: “Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, üçüncü derece dahil kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey ana, üvey kardeş veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılacaktır. Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (b) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir. Cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hâlinde ya da bu durumda olmayan diğer çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.”

¹⁸² Aydın, s.99-100.

¹⁸³ Aydın, s.99-100.

¹⁸⁴ Taner, s.355-356.

¹⁸⁵ Yargıtay 14. CD. 2017/8055 e., 2018/1313 k., 26.02.2018 k.t., “...Sanığın eylemini velayet hakkını kötüye kullanarak gerçekleştirmesi nedeniyle hakkında koşulları olduğu halde TCK’nın 53/5. maddesinin uygulanmaması, kanuna aykırı...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 12.10.2020.

istismara teşebbüs suçunda ceza tayini yapılacaksa, bu ceza basit cinsel istismar suçu için ön görülen asgari cezadan az olamayacaktır^{186 187 188}.

2.6. Dava Zamanaşımı

Kural olarak, dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği andan itibaren işlemeye başlar. Fakat bu süre, duruma göre, suçun işlendiği andan sonraki bir zaman diliminde de başlayabilir.

TCK m.66/6'ya göre, *“Zamanaşımı, 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 on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”*

Buna göre cinsel istismarın üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halinde dava zamanaşımına ilişkin süre 18 yaşının doldurulması ile başlayacaktır. Bu hükmün amacı, yaşı itibariyle yaşadıkları olayı algılayamayan ya da algılasalar bile psikolojik travma neticesinde kendisini gizleyen çocukların, olayları idrak edebilecek olgunluğa ve yaşa ulaştıklarında, zamanaşımına ilişkin bir engelle karşılaşmalarını önlemektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Akkaya, s.279-280.

¹⁸⁷ Yargıtay 14 CD. 2016/8371 e., 2016/7125 k., 17.10.2016 k.t., *“...çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten verilecek cezaların hakkaniyet gereği çocuğun basit cinsel istismarı suçu için kanunda öngörülen asgari cezadan az olamayacağı ve eylemlerin işleniş şekli, işlendikleri zaman dilimi ile sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı nazara alınıp fiilin ağırlığıyla orantılı olarak, sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten (iki kez) dolayı TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca verilecek temel cezalardan aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimlerin mağdurelere verilmek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek uygun bir oranda yapılması suretiyle, belirlenecek cezaların çocuğun basit cinsel istismarı suçunun temel haline ilişkin 103/1. maddesinde yer alan cezanın altında olmaması gerektiği de düşünülmenden eksik cezalara hükmedilmesi”*; <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi: 04.01.2021.

¹⁸⁸ Yargıtay 14. CD. 2014/10527 e., 2017/4790 k., 16.10.2017 k.t., *“...Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesiyle verilecek cezadan aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimin, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun geçişli suçlardan olması nedeniyle TCK'nın 103/1. maddesini de içerdiği gözetilerek, çocuğun basit cinsel istismarı suçuna ilişkin aynı Kanunun 103/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği düşünülmenden, hakkaniyete aykırı şekilde indirimin fazla yapılması suretiyle eksik ceza tayini, ...bozulmasına”*; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 12.10.2020.

¹⁸⁹ Taner, s.360.

Ancak TCK m.66/6 hükmünün uygulanabilmesi için, çocuğun üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi şartı aranmaktadır. Diğer yandan, TCK m.103/3’de göre, “*üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından*” işlenmesi yeterli olup, ayrıca çocuğun üzerinde hüküm kurma ya da nüfuzunun bulunması şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla TCK m.103/3 bakımından bir ceza tayini yapılırken, çocuk ile kişi arasında “hüküm ve nüfuz” ilişkisi olup olmamasına göre TCK m.66/6 hükmü gündeme gelecektir. Diğer bir anlatımla, TCK m.66/6’ya ilişkin dava zamanaşımı süresinin, TCK m.103/3 bakımından uygulanabilmesi için, failin çocuk üzerinde bir hakimiyet kurmuş olması gerekir¹⁹⁰.

Cinsel istismar bakımından dava zamanaşımı TCK m.66 hükmüne göre belirlenecektir. TCK m.103/1’de yer alan basit cinsel istismar suçunda dava zamanaşımı süresi (3. ve 4. fıkralar gerçekleşmemiş olsa dahi),

- 18 yaşını tamamlamış failler bakımından olağan zamanaşımı süresi 20 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 30 yıl,
- 15-18 yaş gurubundaki suça sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 13 yıl 4 ay, kesintili zamanaşımı süresi 20 yıl,
- 12-15 yaş gurubundaki suça sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 10 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 15 yıldır¹⁹¹.

TCK m.103/1’de yer alan sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismarın yine aynı maddenin 3. veya 4. fıkralarında yer alan nitelikli hallerle birlikte gerçekleşmesi halinde uygulanacak dava zamanaşımı süresi,

- 18 yaşını tamamlamış failler bakımından olağan zamanaşımı süresi 15 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 22 yıl 6 ay,

¹⁹⁰ Taner, s.360.

¹⁹¹ Baytemir, s.415.

- 15-18 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 10 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 15 yıl,
- 12-15 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 7 yıl 6 ay, kesintili zamanaşımı süresi 11 yıl 3 aydır¹⁹².

TCK m.103/2’de yer alan nitelikli cinsel istismar suçunda dava zamanaşımı süresi,

- 18 yaşını tamamlamış kişiler tarafından işlenmesi durumunda olağan zamanaşımı 15 yıl, kesintili zamanaşımı süresi ise 22 yıl 6 ay,
- 15-18 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 10 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 15 yıl,
- 12-15 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 7 yıl 6 ay, kesintili zamanaşımı süresi 11 yıl 3 aydır¹⁹³.

TCK m.103/2’de yer alan nitelikli cinsel istismarın yine aynı maddenin 3. veya 4. fıkraları ile birleşmesi halinde uygulanacak dava zamanaşımı süresi,

- 18 yaşını tamamlamış kişiler tarafından işlenmesi durumunda olağan zamanaşımı 20 yıl, kesintili zamanaşımı süresi ise 30 yıl,
- 15-18 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 13 yıl 4 ay, kesintili zamanaşımı süresi 20 yıl,
- 12-15 yaş gurubundaki suçā sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 10 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 15 yıldır¹⁹⁴.

Cinsel istismarın sonucunda çocuğun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. Buna göre,

¹⁹² Koca, Üzölmez, s.421.

¹⁹³ Baytemir, s.415.

¹⁹⁴ Baytemir, s.415.

- 18 yaşını tamamlamış kişiler tarafından işlenmesi durumunda olağan zamanaşımı 30 yıl, kesintili zamanaşımı süresi ise 45 yıl,
- 15-18 yaş gurubundaki suça sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 20, kesintili zamanaşımı süresi 30 yıl,
- 12-15 yaş gurubundaki suça sürüklenen çocuklar bakımından olağan zamanaşımı süresi 15 yıl, kesintili zamanaşımı süresi 22 yıl 6 aydır¹⁹⁵.

2.7. Suçun Muhakemesi

2.7.1. Soruşturma ve Kovuşturma Evresi

Kural olarak, çocukların cinsel istismarı suçu, re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suçtur. 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, TCK m. 103'e "sarkıntılık" kavramı eklenmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, suç, her ne kadar re'sen soruşturulmaya veya kovuşturulmaya tabii olsa da, failin çocuk olması halinde suçun soruşturması ve kovuşturması, mağdurun velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır¹⁹⁶.

Çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurunun, 18 yaşını doldurmamış kişi olması sebebiyle, CMK m.234/2 gereğince, istemi aranmaksızın bir vekil atanır. Diğer bir anlatımla, suçun mağduru çocuk olduğu için, zorunlu müdafilik kurumu gereğince, çocuğun istemi olmasa bile, kendisine bir vekil tayin edilecektir¹⁹⁷.

Mağdur çocuğun, adli makamlar önünde dinlenilmesi esnasında, CMK m. 236/3 uyarınca, yanında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulunmalıdır. Bununla birlikte, CMK m. 52/3'e göre, mağdur çocuğun vereceği ifadeler, sesli ve görüntülü bir şekilde kayda alınmak zorundadır¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Baytemir, s.415.

¹⁹⁶ Koca, s.460.

¹⁹⁷ Koca, s.460.

¹⁹⁸ Aydın, s.97-98.

Keza CMK m.196/2'ye göre, alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, fail, istinabe yoluyla sorguya çekilemez. 12 yaşından büyük çocuklara yönelik gerçekleştirilen sarkıntılık düzeyindeki eylemlerin alt sınırı 3 yıl olduğundan, bu kapsama dahil değildir. TCK m.196/4'e göre, hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda SEGBİS yöntemiyle, görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak, yurt içinde bulunan ancak duruşmaya getirilme imkânı olmayan sanığın sorgusu yapılabileceği gibi, yine SEGBİS aracılığıyla duruşmalara da katılabilecektir¹⁹⁹.

CMK m.102/2'ye göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıl olup, bu süre zorunlu hallerde en fazla 3 yıla kadar uzatılabilecektir²⁰⁰. Dolayısıyla failin, ağır ceza mahkemesinde yargılanması halinde, normal şartlarda en fazla iki yıl tutuklu kalabileceği öngörülmüş olup, zorunluluk gerektiren hallerdeyse bu sürenin bir sene daha uzatılabileceği düzenlenmiştir.

2.7.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere, ağır ceza mahkemeleri görevli kılınmıştır²⁰¹.

Buna göre; TCK m. 103/1'in birinci cümlesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçunun temel şeklinde düzenlenen yaptırımın, on beş yıla kadar hapis cezası gerektirmesi sebebiyle, davanın görüleceği yer de ağır ceza mahkemesidir. Aynı maddenin ikinci cümlesinde yer alan sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar suçunun üst sınırının 8 yıl hapis cezası olması sebebiyle, davaya bakmakla görevli olan mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır. Cinsel istismar suçunun, organ veya sair cisim

¹⁹⁹ Baytemir, s.452-455.

²⁰⁰ Baytemir, s.452-455

²⁰¹ Aydın, s.98.

sokulmak suretiyle gerçekleşmesi veya suçun daha ağır neticelere vücut vermesi durumunda, görevli mahkeme pek tabii ağır ceza mahkemeleri olacaktır²⁰².

Yetkili mahkeme, CMK m.12' ye göre belirlenecektir. Buna göre, davaya bakmakla yetkili olan mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesi olacaktır. Suçun teşebbüs halinde kalması durumunda, yetkili mahkeme, son icra hareketinin yapıldığı, temadi halinde ise temadinin sona erdiği, zincirleme halinde işlenmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır²⁰³.

2.8. Koşullu Salıverme

6545 sayılı Kanun'un 82. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 108. maddesinde yapılan değişiklikle belirlenen bazı cinsel suçların, koşullu salıverilme süreleri artırılmıştır. Yapılan değişiklikle, çocukların cinsel istismarı suçunun herhangi bir şeklini ilk kez işleyen kişiler hakkında, mükerrer suçlular ve terör suçlarını işleyen kişiler için kabul edilen koşullu salıverme rejimi uygulanacaktır. Bu değişiklikle, kendine münhasır bir tehlikeli özel suçlu kategorisi oluşturulmuş ve böylece suçun mükerrer olup olmadığına bakılmaksızın koşullu salıverme süresi, süreli hapis cezasının ¾'üne yükseltilmiştir²⁰⁴.

²⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz., Özbek, Doğan, Bacaksız, s.368.

²⁰³ Aydın, s.98.

²⁰⁴ Taner, s.361.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNDA İSPAT

3.1. Genel Olarak

Toplumumuzda, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, suç sabit olmadığı halde, kişilere suçlu gözü ile bakılmaktadır. Bu da, kişilerin henüz hüküm giymeden cezalandırılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kişilerin masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına dikkat edilerek, yapılan yargılamaların çok titiz bir şekilde yürütülmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yargılamanın titizlikle yürütülmesi kadar, medya organlarının da bu hususa dikkat etmesi gerekir¹. Çünkü medya vasıtalarıyla yapılan ve kesin olmayan haberler, toplumu ayaklandırmakta ve kişiler masum olsa bile, sırf toplumun yaratmış olduğu baskı ve infial nedeniyle mahkemelerin kararlarını yanlış yönde etkilemektedir.

Konunun önemi nedeniyle ispat husus aşağıdaki başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

3.2. İspat Araçları

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması halinde gerçek bir adaletten bahsedilebilir. Ceza yargılamasında, maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için, her türlü delilin kullanılabilmesi mümkündür. Buna “delil serbestisi ilkesi” denilmektedir. Bahsi geçen

¹ Kocaoğlu, Serhat Sinan., Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK.m.102-105), Yetkin Yayınları, b.1, Ankara, 2016, s. 489.

husus, 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinde “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, hangi hususların delil olacağına veya elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığına, somut olaya bakan hakim karar verecektir. Burada hakimin takdir yetkisi önem arz etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Muhakemesi sisteminde yer alan “takdir yetkisi”, “vicdani kanaat sistemi” ve delil serbestisi ilkesi”nin olması, her türlü bulgunun delil olarak kullanılabilmesi anlamını taşımamaktadır. Bir bulgunun, delil niteliğinde sayılabilmesi için, o bulgunun birtakım özelliklere sahip olması gerekir². Bulgunun delil sayılabilmesi için, olay ile alakalı, akla ve maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekir. Suçun ispatı; sanığın her aşamada ısrarlı ve birbiriyle tutarlı savunmaları, tarafsız tanık beyanları, mağdurla olan kişisel münasebetleri, beyanların hayatın olağan akışıyla ve ihbarla uyumu ve varsa bilimsel delillerle sağlanacaktır³.

Ceza muhakemesinde, maddi gerçek tam anlamıyla ortaya konulamıyorsa, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca failin cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Bu ilke, Anayasa m.38/4 ve AİHS m.6/2’ de yer alan “*masumiyet karinesi*”nin uzantısı niteliğindedir⁴.

Çocukların cinsel istismarı suçunun sübutu araştırılırken, olay yeri, yakalama tutanakları, doktor raporları, varsa tanık ifadeleri, şüpheli veya sanığın ifadeleri, kriminal raporları, failin yakalanış şekli, suçun işlendiği yerin konumu bir bütün olarak değerlendirilir. Bunların haricinde, failin beyanlarının hayatın olağan akışı ile uyumlu olup olmadığı ve olayın meydana geliş şekli de dikkate alınarak bir kanaate varılmalıdır⁵.

Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarına göre, suçun ispatına ilişkin tıbbi belgeler varsa, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması aşamasında, bu belgeler öncelik arz edecektir. Bahsi geçen bu raporlarda, mağdurun vücudunda, suça dair yeterli bulgu bulunmuşsa, suçun

² Yargıtay CGK. 2013/1-95 e., 2013/434 k., 05.11.2013 k.t., “*Hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş, akla, bilime ve mantığa uygun, inandırıcı nitelikteki delillerle hüküm kurulması yerine, sanık tarafından bile ileri sürülmeyen varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırıdır.*”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.11.2020.

³ Seçgin, Damla., Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.155-157.

⁴ Seçgin, s.157-158.

⁵ Seçgin, s.157-158.

gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Örneğin, mağdurun üzerinde, faile ait sperm kalıntıları, mağdurun vücudunda ekimoz olarak adlandırılan morarmalar ve genital bölgede yırtılma, zorlanma veya tahribat varsa, suçun oluştuğu söylenebilir⁶. Keza tıbbi bir delil yoksa, dosya kapsamındaki tanık beyanları ve mağdur anlatımları, olayın aydınlatılması bakımından önem taşıyacaktır.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından yeterli delil yoksa ve mağdur kendisine karşı suçuna gerçekleştiğini iddia ediyorsa, mağdur ile fail arasında herhangi bir husumet olup olmadığına bakılarak, mağdurun anlatımlarındaki tutarlılık ve faile karşı iftira atmasını gerektirecek bir nedenin olmaması da dikkate alınarak, mağdur anlatımlarına itibar edilip edilmeyeceği değerlendirilecektir⁷.

3.2.1. Mağdurun ve Sanığın Beyanları

Somut olayda, en çok bilgiye sahip olan tanık, sanığın bizzat kendisidir. Çoğu durumda, mağdur bile kendisine yapılan eylemleri olayın etkisinde olması nedeniyle algılayamadığı için, yaşadığı durumu ifade etmekte zorlanabilmektedir. Bu yüzden sanığın anlatımları büyük önem taşımaktadır. Ancak sanığın doğru söylememe ihtimali de unutulmamalıdır. Diğer yandan, mağdur da öç alma duygusuyla hareket edebilir ve doğru olmayan beyanlarda bulunabilir.

Yalnızca mağdur anlatımları varsa ve fail de bu anlatımları doğrulamıyorsa, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi çerçevesinde, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, CMK m.223/2-e’de⁸ yer alan hüküm uyarınca beraat kararı verilmelidir. Çünkü,

⁶ Yargıtay CGK. 2012/1427 e., 2013/130 k., 09.04.2013 k.t., “Kendi onur ve namuslarını ilgilendiren bir konuda iftira atmaları için geçerli sebep bulunmayan mağdure ve annesinin aşamalarda samimiyetinden şüpheye düşürecek bir tutarsızlık görülmeyen anlatımlarına, mağdure hakkında adli tabip tarafından düzenlenen ve ‘hymenin etrafı ve labiumların iç kenarlarının ekimozlu olduğu’nu belirten doktor raporu ile tüm dosya kapsamına göre; öğretmen olan sanığın öğrencisi olan mağdureye karşı, fırsat bulduğunda sınıfta temizlik yaptırma bahanesi ile götürdüğü odada mağdurenin cinsel organını okşamak, sıkmak suretiyle zincirleme şekilde ırz ve namusa tasaddi suçunu işlediği sabit olduğu halde mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.11.2020.

⁷ Seçgin, s.157-158.

⁸ CMK m.223/2-e’ye göre, “Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilir.”

fail hakkında mahkumiyet kararı kurulabilmesi için, tüm şüphelerin giderilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla, suçun, fail tarafından işlendiğinin sabit olması gerekir. Aksi taktirde, faili cezalandırmak, adaletsiz sonuçlar doğuracaktır.

3.2.2. Tanık Beyanları

Beş duyu organıyla olay hakkında bilgi sahibi olup, mahkeme karşısında bildiklerine anlatan kişiye tanık denir⁹. Tanık beyanı ise tanığın olay hakkında edindiği bilgileri aktarmak için mahkeme huzurunda verdiği sözlü beyanı ifade eder¹⁰.

Genel olarak, cinsel suçlar ıssız, kuytu ve kimsenin göremeyeceği yerlerde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, bu suçlarda genellikle olaya doğrudan tanık olan kimse bulunmamaktadır. Genellikle cinsel suçlarda tanıklık; suçüstü halinde, şahsın yakalanması durumunda ya da failin başkasının da izlemesine izin vermesi halinde mümkün olabilmektedir.

Birden fazla tanık var ve bu tanıkların anlatımları çelişiyorsa, bu çelişkilerin giderilmesi için mahkemece sorular sorulmalıdır. Ayrıca tanıkların sanık ile olan yakınlığı, psikolojik durumları, ifadelerindeki mantıksal örtüşmeye de dikkat edilerek çelişkiler giderilmelidir. Buna rağmen, çelişki giderilemiyorsa ve başkaca delil de yoksa, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca faile beraat kararı verilmelidir¹¹.

⁹ Değirmenci, Olgun., “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, c.83., 2009, s.76.

¹⁰ “Taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeğe yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyan” (Kunter, Nurullah., Yenisey, Feridun., Nuhoğlu, Ayşe., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Beta Yayınevi, b.16, İstanbul, s. 661.)

¹¹ Seçgin, s.162-163.

3.2.3. Belgeler ve Bulgular

Daha önceden de bahsedildiği üzere, ceza yargılamasında her türlü bulgu delil kullanılabilir. Ancak bu delillerin kullanılabilmesi için, hukuka uygun şekilde elde edilmeleri gerekir.

Hukuka uygun olarak ve tahrifata uğramadan kaydedilen ses ve görüntüler, çocukların cinsel istismarı suçunun kanıtlanması bakımından büyük önem taşır. Şayet bu kayıtların gerçekliği, mahkemede bir kuşku uyandırıyorsa, bu kuşku bilirkişi incelemesi marifeti ile giderilmelidir.

Suçun ispatına yarayan yan delillere “bulgu” ya da “belirti” denir. Diğer bir anlatımla, belirti ya da bulgu, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir¹². Olayın gerçekleştiği yerde bulunan saç teli, tükürük, meni, parmak izi, kıl, elbise parçası, fren izi, ayak izi, kan, tırnak içinde kalan partiküller belirti ya da bulgu olarak nitelendirilir. Bu bulgular, cinsel istismar suçunun aydınlatılması bakımından çok önemlidir¹³. Örneğin; elde edilen meni veya kan izinin kime ait olduğu, uzman bilirkişiler tarafından belirlenerek, somut olay ispatlanabilecektir.

¹² Akgül Altıkat, Meliha., “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksel Lisans Tezi, 2014, s. 11.

¹³ Yargıtay 14. CD. 2018/6832 e., 2018/7467 k., 12.12.2018 k.t., “Mağdurenin ve sanığın hazırlık aşamalarında usule uygun alınan beyanlarında olay günü anal yoldan ilişki yaşadıklarını beyan ettikleri, mağdurenin olaydan hemen sonra alınan 07.06.2012 tarih 3906 sayılı ve 08.06.2012 tarih 6853 sayılı anal muayene raporlarında “akut fiili livata bulgularının” tespitinin yapıldığı, yine Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü’nün 25.09.2012 tarihli inceleme raporuna göre de mağdureden alınan anal sürüntü örneklerinde ve iç çamaşırında sanığa ait meni örneklerinin tespit edildiği, kovuşturamada sanığa atılı nitelikli cinsel istismar suçundan kurtarmaya yönelik mağdurenin “çocukluktan beri bağırsak problemleri yaşaması nedeniyle rapordaki bulguların oluştuğu” yönündeki beyanları nedeniyle alınan Adana Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 08.10.2012 tarihli raporunda da “mağdurede saptanan fissürlerin, akut livatanın maddi delili olabileceği gibi kronik kabızlık veya anal hijyen eksikliği nedeniyle de meydana gelebileceği, adli tahkikat ile elde edilen bilgilerin daha değerli olduğunun” belirtilmesi karşısında, sanığın TCK’nın 103/2. maddesine göre cezalandırılması gerekirken, 08/10/2012 tarihli rapor gerekçe gösterilip suç vasfında yanılığa düşülerek TCK 103/1 maddesinden cezalandırılmasına karar verilmesi, ... BOZULMASINA ...”; www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 10.11.2020.

3.3. Delillerin Değerlendirilmesi ve Cezanın Belirlenmesi

Ceza yargılamasında maddi olgunun gerçekleşip gerçekleşmediği, failin suçu işleyip işlemediği konusunda hakimde bir vicdani kanaat oluşabilmesi için, toplanan delillerin değerlendirilmesi ve mahkeme huzurunda tartışılması gerekir. Delillerin değerlendirilmesi; yargılama konusu olan suçla ilgili bulgu ve belgelerin toplanarak tartışılması ve bu delillerin hükümde gösterilmesi gereken hususlarla bağdaştırılarak fikir fırtınası yapılmasını ifade eder. Yargılamanın en önemli unsuru, delillerin hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde değerlendirilmesidir. Hakim bu delilleri şüpheden uzak ve objektif bir şekilde değerlendirmelidir. Bunun içinde, yargılamayı yürüten hakimin, akılcı ve ikna edici temellere dayanan bir tavır sergilemesi gerekir¹⁴. O halde yargılama, “doğrudan doğruyalık”, “yüz yüzelik” ve “sözlülük” ilkelerine uygun olarak yapılmalıdır¹⁵.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, maddi gerçekliğe ulaşabilmek için verilen tüm ifadelerin dikkatlice incelenmesi, somut olayla ilgili tüm delillerin özenle tartışılması gerekir. Bunun haricinde, mahkemenin, tarafların taleplerini karşılaması gerekir. Aksi takdirde, savunma hakkının kısıtlanması ve eksik delil toplanmasına neden olunacağından, bu durum bozma nedeni olacaktır.

Ele alınması gereken diğer bir husus, mağdur veya tanığın ifadelerinin sonradan değişiklik göstererek çelişki içermesidir. Bu durumda hakim, her ifadeyi bir bütün olarak objektif şekilde değerlendirmeli, mağdur ve tanığın ifadelerinde meydana gelen değişimin sebebini tespiti çalışılmalıdır. İlk ifadelerinin gerçek dışı olmasından dolayı duyulan pişmanlıktan mı, yoksa karşı tarafın tehdit gibi birtakım eylemleri yüzünden mi ifadede değişikliğe gidildiği hakim tarafından tespit edilmelidir. Keza bu çelişki mantık

¹⁴ Seçgin, s.167.

¹⁵ Yargıtay CGK. 2011/5-341 e., 2012/33 k., 14.02.2012 k.t., “Olayda mahkemece, soruşturma aşamasında dinlenilmiş olan mağdurelerin bir kez dinlenilmesiyle yetinilerek, kovuşturma aşamasında yeniden dinlenilmemesi usul ve yasaya uygun ve isabetli ise de; soruşturma aşamasında dinlenilen mağdurelerin anlatımlarına ilişkin tutanakların duruşmada okunarak, taraflardan diyecekleri sorulmadan hüküm kurulması suretiyle, yargılamanın doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik ve sözlülük ilkelerine aykırı davranıldığı anlaşıldığından, yerel mahkeme direnme hükmü yerinde değildir. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün mağdurelerin ruh sağlığının bozulmasına ilişkin iki adli tıp uzmanı, bir çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı tarafından düzenlenen raporun hükme esas alınması ve mağdurelerin soruşturma aşamasında alınan beyanlarının duruşmada okunmaması isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir.”; www.sinerjimevzuat.com.tr., erişim tarihi: 11.12.2020.

çerçevesi içerisinde giderilemiyorsa, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca sanığın beraatine karar verilmesi gerekir¹⁶.



¹⁶ Seçgin, s.167-168.

SONUÇ

Çocuklar, toplumu oluşturan ilk basamaktır. Onların psikolojik ve fizyolojik gelişimlerinin en doğru şekilde şekillenmesi toplumun geleceği için de büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, çocukların cinsel istismarı suçunda, mağdur çocuk kadar toplum da zarar görmektedir. Bu yüzden kanun koyucu, suçu ağır yaptırımlara bağlamıştır.

Cinsel istismar kavramına ilk kez 5237 sayılı TCK'da yer verilmiş ve suç, "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde yer alan 103. maddede düzenlenmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, bu Kanun'da çocuğa karşı işlenen cinsel suçlar ayrı olarak düzenlemiş ve genel olarak tek bir maddede toplanmıştır. Bu şekilde düzenlenmesinin amacı, kanun koyucunun çocukların hukuki değerlerini daha etkin bir şekilde koruma isteğinden kaynaklanmaktadır.

Çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar, genel hatları itibariyle TCK m.103'de yaptırım altına alınmıştır. Kanun'daki boşluklar, zaman içerisinde yapılan değişikliklerle giderilmeye çalışılmıştır. Fakat her ne kadar bu boşluklar kanun koyucu tarafından tamamlanmaya çalışılsa da, uygulamadaki bazı soruların cevapları bulunamamıştır. Örneğin, çocukların birbirlerine karşı yapmış oldukları cinsel eylemlerde, fail çocuğa uygulanacak yaptırım -sarkıntılık suçu hariç- ayrıca düzenlenmemiştir. Bu durum, uygulamada adaletsiz sonuçlara neden olabilmektedir.

Kanun'da çocuklara ilişkin üçlü bir yaş ayrımı yapılmıştır. Yapılan yaş ayrımında 15 yaşını doldurmamış çocukların rızalarına değer tanınmamıştır. Dolayısıyla 15 yaşını doldurmamış çocuklara karşı rızaları dahilinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır. Kanun, bu noktada failin çocuk olması ile ilgili bir farklılık getirmemiştir. Sadece TCK m.103/1'de, sarkıntılık düzeyinde kalan eylemin failinin çocuk olması hali düzenlenmiştir. Ancak çocuk failler bakımından, cinsel istismarın diğer halleri için herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu boşluk genel hükümler uyarınca doldurulmaya çalışılsa da, uygulama açısından çokça soruna neden olmaktadır. Mesela 15 yaşından küçük iki çocuğun, birbirleriyle rızaları doğrultusunda yaşamış oldukları cinsel davranışlarda, hangi tarafın mağdur, hangi tarafın

fail olduğunu belirlemek bakımından madde hükmü açıklık içermemektedir. Bu durumda 15 yaşından küçük çocukların rızalarına önem atfedilmediği için, iki çocuk da suçun hem faili hem de mağduru konumundadır. Ancak ceza hukukunda, bir kişi suçun hem faili hem de mağduru olamaz. Dolayısıyla, daha adaletli sonuçlara varılabilmesi için, uygulamada yaşanan bu problemin giderilmesine yönelik değişikliğe gidilmesi gerekir.

12 yaşından küçük çocukların TCK m.31'e göre cezalandırılması mümkün olmadığından, bu çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı madde de 12 yaşını doldurmuş, ancak 15 yaşını doldurmamış olan çocukların yapmış olduğu eylemlerin, hukuki anlam ve sonuçlarını anlayıp anlamamalarına göre ikili bir ayırım yapılmış ve buna göre ya güvenlik tedbiri ya da cezalandırılması yoluna gidileceği öngörülmüştür. Peki bu yaş grubundaki her iki çocuğun, olayın anlam ve sonucunu anlayabilecek durumda olması halinde kime fail kime mağdur denilecektir? Fail ve mağdur ayırımının neye göre yapılması gerektiği açıkça düzenlenmediği için, her somut olayı kendi içinde değerlendirerek bir çözüm bulunması gerekmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun iki çocuk arasında işlenmesi halinde, çocuklardan hangisinin fail, hangisinin mağdur olduğu noktasında, yaşa göre bir ayırım yapılabilir. Örneğin, bir çocuğun fail sayılabilmesi için, ilişkiye girdiği diğer çocuktan büyük olması şartının varlığı kabul edilebilir. Ancak bu durumda adaletsiz sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir. Mesela, 13 yaşındaki bir erkek çocuk ile 14 yaşındaki bir kız çocuğunun yaşamış oldukları cinsel birliktelikte, yaşa göre değerlendirme yapılırsa ve büyük olan çocuk fail olarak değerlendirilirse, hem yaşlarının yakın olması hem de gerçekleşen fiilin sonuçlarının hangi çocuğu ne denli etkilediği hususu tartışılmadan ceza tayini yapılması adaletli olmayacaktır.

Bizce Kanun'daki eksiklik ikili bir ayrıma gidilerek çözümlenebilir. Bu ayırım yaşa ve oluşan psikolojik/fizyolojik tahribata göre yapılmalıdır. Mesela, 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış olan bir çocuk, 12 yaşını tamamlamamış çocuğa karşı gerçekleştirmiş olduğu tüm cinsel davranışlarda, fail olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla buradaki ayırım, yaşa ilişkin bir ayırım olup 15-18 yaş aralığındaki çocukların, 12 yaşından küçük çocuklarla olan cinsin münasebetlerini ele almaktadır. Buradaki amacımız, savunmasız olan çocuğun, kendisinden yaş itibari büyük olan ve

gerçekleştirdiği cinsel eylemin hukuki anlam ve sonucunu anlayan çocuğa karşı korunmasıdır. Dolayısıyla 15-18 yaşındaki çocukların, 12 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirdiği her türlü cinsel eylemden dolayı fail olarak nitelendirilmesi şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

Yaşları birbirine yakın olan çocuklar bakımından, yaşa ilişkin net bir ayırım yapılması çok doğru olmayacaktır. O halde, çocukların psikolojik ve fizyolojik gelişimlerine göre bir ayırım yapılmalıdır. Başka bir anlatımla, 15 yaşından küçük iki çocuğun, birbirlerine karşı cinsel davranışlarda bulunmaları halinde, fail ve mağdur olma kavramının çocukların psikolojik ve fizyolojik değişimlerinin göz önünde bulundurularak belirlenmesi daha doğru olacaktır. Burada cinsel eylemin boyutu ve çocuklar üzerindeki fiziksel ve ruhsal tahribatın ölçüsü dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Adli makamlar, özellikle soruşturma aşamasında, hangi çocuğun ne kadar etkilendiğinin belirlenmesi hususunda, uzman kişilerin görüşlerini alarak bir değerlendirme yapabilirler.

Uygulamadaki diğer bir sorun ise evlilik ile ergin kılınan çocuğun yaşamış olduğu cinsel birlikteliğin suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasındadır. Bizim düşüncemize göre, çocuğun evlenmek suretiyle ergin sayılması, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmelidir. TMK'ya göre, erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak istisnai durumların varlığı halinde, hakim kararı ile 16 yaşını doldurmuş kişilerin de evlenebileceği düzenlenmiştir. Ancak ceza hukuku açısından, TMK uyarınca ergin sayılan kişi halen çocuktur. Her kanunun amacı birbirinden farklı olsa da, kanunların bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekir. O halde burada, Kanun'dan kaynaklı bir izin olmasından dolayı, hukuka uygunluk nedeninin varlığının kabul edilmesi gerekecektir. Keza TMK'ya göre rüşt olma yaşı, en erken 16'dır. Bu nedenle, 16 yaşını doldurmuş kişinin kendi rızası ile evlilik içinde cinsel birliktelik yaşaması halinde, çocukların cinsel istismarı suçu zaten oluşmayacaktır. Buradaki asıl soru, çocuğun rızasının olmaması halinde, failin gerçekleştirdiği cinsel eylemler TCK m.102 mi, yoksa TCK m.103 kapsamında mı değerlendirilecektir? Bizce bu durumda, korunan hukuki yarar bakımından cinsel saldırı suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu oluşmaktadır. Çünkü, kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçunu düzenlerken, çocuğun cinsel bütünlüğüne vermiş olduğu önem kadar, çocuğun kendisini etkin şekilde koruyamayacak olmasını da dikkate almıştır. Dolayısıyla, çocuğun ergin

sayılması, kendini etkin bir şekilde koruyabileceği anlamını taşımadığından, çocukların cinsel istismarı suçunun oluştuğunu kabul etmemiz daha adaletli olacaktır.



KAYNAKÇA

- Akkaya, Ç. (2018). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. Adalet Yayınevi.
- Arslantürk, M. (2018). Türk Ceza Uygulamasında Cinsel Suçlar. (b.4). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Artuk, M., Gökçen, E. ve Yenidünya, A. (2003). Ceza Hukuku Özel Hükümler. (b.4). Ankara.
- Aydın, M. (2018). Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. (b.3). Seçkin Yayıncılık.
- Ayral, F. (2010). Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele. İstanbul: Yalın Yayıncılık.
- Baytemir, E. (2019). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. (b.1). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Yenerer, Ö. (2014). Türk Ceza Hukukuna Giriş. (b.8).
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2019). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. (b.6). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. (b.11) Ankara.
- Kocaoğlu, S. S. (2016). Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK.m.102- 105). (b.1). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Küskü, H. (2020). Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali. (b.1). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. (b.16). İstanbul: Beta Yayınevi.

Memiş, K. (2014). Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı. (b.1). İstanbul: Der Yayınları.

Özbek, V. Ö. Doğan, K. ve Bacaksız, P., (2020). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. (b.15).

Özen, M. (2019). Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler. (b.1). Adalet Yayınevi.

Özen, M. (2019). Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri. (b.4). Adalet Yayınevi.

Özgenç, İ. (2019). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. (b.15). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Savaşçı, B. (2013). Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. (b.1). Legal Yayıncılık.

Sevük Yokuş, H. (2018). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. (b.1). Ankara: Adalet Yayınevi.

Soyaslan, D. (2006). Ceza Hukuku Özel Hükümler, (b.5) Ankara.

Taner, G. F. (2017). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar. (b.2). Seçkin Yayıncılık.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M. (2016). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. (b.13). Ankara.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. (b.16). Ankara.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M. (Eylül 2020). Ceza Özel Hukuku. (b.18). Seçkin Yayıncılık.

Vural, S. ve Mollamahmutoğlu, S. (1999.) Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu. (c.3.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yurtcan, E. (2019). Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar. (b.1). Seçkin Yayıncılık.

Akdağ, H. (2017). “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 5, S. 9.

Apaydın, C. (2016). "Kusurluluk". *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 11, S. 116.

Artuk, M. E. ve Alşahin, M. E. (2016). “Sarkıntılık Fiili”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 65, S. 4.

Centel, N. (2012). “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, c. 25, S.99.

Çınar, A. R. (2015) “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin İstanbul Sözleşmesinin Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Yükümlülükler”. *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 10, S. 106.

Değirmenci, O. (2009). “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.83.

Dursun, S. (2014). “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bakış”. *CHS*, S.24, s.64.

Erem, F. (1968). “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 25, S.1.

İşten, İ. (2017). “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.5, S. 9.

Kafes, V. (2011). “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 60, S. 1.

Kaptan, E. (2014). “Ceza Hukukunda Suça İştirak”. *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 9, S. 96.

Karaca, H. (2016). “Çocuğun Cinsel İstismarı”. *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 90, S.2.

Kaya, M. (2010). “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”. *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 5, S. 52.

Mertoğlu, M. (2018). “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismar”. *Fasikül Hukuk Dergisi*, c.10, S.107.

Özbek, Ö. V. (2007). “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”. *Ceza Hukuku Dergisi*, c.2, S.4.

Taner, G. F. (2017) “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebildi?”. *TBB Dergisi*, (Özel Sayı).

Ünlü, O. Y. (2017). “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 5, S. 2.

Üzülmez, İ. (2009). “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.4, S.2.

Akgül, Altıkat, M. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü*. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Çelik, İ. (2018). *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği)*. Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Kaya, F. (2016). *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Kurt, B. (2019). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Küskü, H. (2020). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK Md.103/2)*. İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Seçgin, D. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Şarman, C. (2012). *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Turhan, E. (2018). Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul.

Yazar, D. Ö. (2019). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Şirin, M. C. (2016). Çocuğun Cinsel İstismarı-Ceza Kanunu Maddesi- Raporu Çocuk Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar. Çocuk Vakfı Çocuk Araştırmaları Merkezi, Rapor No:17.

TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, 29 Mayıs 2014 Tarihli Toplantı, 1/918 Esas Numaralı Tasarı, www.sinerjimevzuat.com.

Ramphabana L.B, Rapholo SF & Makhubele JC: The Influence Of Socio-Cultural Practices Amongst Vhavenda Towards The Disclosure Of Child Sexual Abuse: Implications For Practice, 17 (4), December 2019, ISSN: 1596-9231.

Sinerji Hukuk Yazılımları. Mevzuat ve İçtihat Arama Motoru. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (E.T. 01.01.2020.)

Lexpera. Mevzuat ve İçtihat Arama Motoru. <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T. 10.01.2020.)

Yargıtay Bilgi Bankası. Yargıtay Karar Arama. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 10.01.2020.)

Informascope. E-Kitap Platformu. <https://www.turcademy.com/>(E.T. 10.02.2020.)

Seçkin Yayıncılık. Jurix. Dergi ve Makale. <https://www.jurix.com.tr/>(E.T. 20.02.2020.)

Kazancı. Mevzuat ve İçtihat Arama Motoru. <http://www.kazanci.com/>(E.T. 25.01.2020.)

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı İnternet Sitesi. <https://tez.yok.gov.tr/>(E.T. 10.01.2020.)

Yeditepe Üniversitesi. Bilgi Merkezi.

<https://login.lproxy.yeditepe.edu.tr/>(E.T. 15.01.2020.)

Antalya Bilim Üniversitesi Kütüphanesi.

<https://libraryportal.antalya.edu.tr/>(E.T. 01.05.2020.)

Alman Ceza Kanunu. Strafgesetzbuch.

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> (E.T. 20.08.2020.)

Legal Bank. Elektronik Hukuk Bankası.

<https://legalbank.net/>(E.T. 10.02.2020.)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>(E.T. 10.01.2020.)

ÖZGEÇMİŞ

