

FUNDA KAYA YÜKSEK LİSANS TEZİ GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ KAMU HUKUKU ABD 2016

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

FUNDA KAYA

GAZİANTEP
AĞUSTOS 2016

T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

THE CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE IN TURKISH PENAL CODE

MASTER'S OF LAW THESIS

FUNDA KAYA

GAZİANTEP
AUGUST 2016

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

FUNDA KAYA

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
AĞUSTOS 2016

T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

**THE CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE IN
TURKISH PENAL CODE**

MASTER'S OF THESIS

FUNDA KAYA

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

GAZİANTEP
AUGUST 2016

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu
Funda KAYA

Tez Savunma Tarihi: 18.08.2016

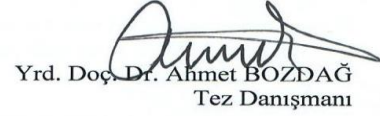
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Dr. Dr. Zeynep İNKAYLIOĞLU
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Sözlü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.


Enstitü ABİD Başkanı

Bu tez tarafımca (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ
Tez Danışmanı

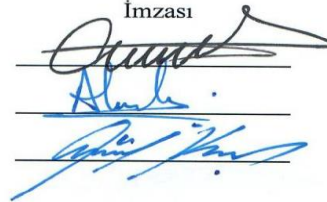
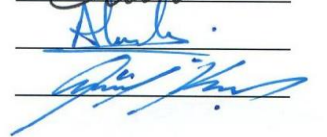
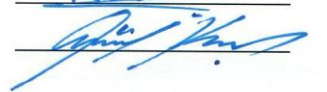
Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri:
(Unvanı, Adı ve SOYADI)

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Yrd. Doç. Dr. Ayşe Almila PAZARCI

Yrd. Doç. Dr. Günel KURŞUN

İmzası




T.C.
UNIVERSITY OF GAZİANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

The Crime Of Child Sexual Abuse In Turkish Penal Code

Funda KAYA

Date of Viva: 18.08.2016

Approval of the Graduate School of Social Sciences

Doç. Dr. Zekiye ANTAKYA DOĞLU
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürü
Director

I certify that this thesis satisfies all the requirements as a thesis for the degree of Master's of Law.

Asst. Prof. Dr. Lifer Dal
Head of Department

This is to certify that I(we) has(have) read this thesis and that in my(our) opinion it is fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of Law.

Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ
Supervisor

This is to certify that we have read this thesis and that in our opinion it is fully adequate by unanimous vote/~~a large majority~~, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of Law.

Examining Committee Members:
(Title, Name and SURNAME)

Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Assist. Prof. Dr. Ayşe Almıla PAZARCI

Assist. Prof. Dr. Günel KURŞUN

Signature





ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Funda KAYA

01.08.2016

ÖZ

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

KAYA, Funda

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku ABD

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Ağustos 2016

Toplumun geleceğini oluşturan çocuğun, sağlıklı bir birey olarak yetişebilmesi için her türlü istismar ve şiddette karşı korunması gerekir. Özellikle çocuğun maddi ve manevi varlığı üzerinde derin izler bırakan ve toplumda nefretle karşılan cinsel istismar, etkili müdahaleyi gerektiren bir istismar türüdür. Bu müdahalenin bir gereği olarak, çocukların cinsel dokunulmazlığının, ceza hukukunda hukuki himayenin konusuna dâhil edilmesi zorunludur. Cinsel dokunulmazlığı korumak ve özellikle çocukların sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilmelerini sağlamak amacıyla, çocukların cinsel yönden istismarına yönelik filler 5237 sayılı TCK m. 103'te yaptırım altına alınmıştır.

Son yıllarda çocukların cinsel istismarı suçunda önemli derecede artış görülmektedir. Bu artışın önünün kesilmesi ve çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimlerini sağlıklı bir şekilde tamamlayabilmesi adına her alanda ciddi çalışmalar yapılmaktadır. İnsan soyunun en sevilesi varlığı olan çocuğun, maruz kaldığı bu istismar türüne karşı korunması için yapılan çalışmalara katkı sağlamak amacıyla, çocukların cinsel istismarı suçu tez konusu olarak seçilmiştir. Çalışma kapsamında suça ilişkin temel kavramlar, suçun tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki görünüm şekilleri ile 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen yenilikler ışığı altında, teknik hukuk açısından düzenlenme şekli incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Cinsel Özgürlük, Cinsel Dokunulmazlık, Çocuk, İstismar, Çocuğun Cinsel İstismarı, 6545 sayılı Kanun.



ABSTRACT

THE CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE IN TURKISH PENAL CODE

KAYA, Funda

M. A. Thesis, Department of Public Law

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ

August 2016

Children constitute the future of the society, so to grow as a properly person should protected against all kinds of abuse and violence. In particular, sexual investment which effect deeply the child physically and spiritually being and which faced by hatred in the community, It is a kind of abuse that requires effective intervention. As a part of this intervention, child sexual immunity must be included in the scope of the legal protection in the Criminal Law. To protect the sexual immunity of children especially in order to enable children to show a healthy sexual development, actions of sexual investing targeted to children listed under No. 5237 Turkish Criminal Law and sanctions listed under No.103.

In recent years, the crime of sexual abuse of children shows substantial increases. To stop of this increase and allow children to complete their physical and mental development in a healthy way; a hard work started in all sectors. The child is the most lovable presence of the human kind, in order to contribute to the studies of the protection of the child against sexual abuse, the crime of sexual abuse of children chose as the thesis topic. Related to the crime this study including Basic concepts, historical development of the crime, and the type of the appearance in the comparative law and try to analysis type of the regulation in terms of technical law under the changes and updates on No.6545 of the law.

Key words: Sexual Freedom, Sexual Untouchable, Child, Abuse, Sexual Abuse of Children, Law No. 6545.



İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
SEMBOLLER VE KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN KAVRAMSAL BOYUTU, TARİHİ GELİŞİMİ ve MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

I. KAVRAMLAR	3
A. Çocuk Kavramı.....	3
B. Cinsel Özgürlük Kavramı	3
1. Genel Olarak.....	8
2. Cinsel Rüşt Yaşı	11
a. Cinsel İlişkiye Varmayan Davranışlar Boyutuyla Cinsel Rüşt Yaşı	14
b. Cinsel İlişki Boyutuyla Cinsel Rüşt Yaşı	15
3. Çocuğun Cinsel Özgürlüğü ve Dokunulmazlığı.....	16
C. İstismar Kavramı.....	18
1. Fiziksel İstismar.....	21
2. Duygusal İstismar	22
3. İhmal.....	23
4. Cinsel İstismar	25
a. Genel Olarak.....	25
b. Ensest.....	27
c. Pedofili.....	31
II. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	33
A. Batı Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Tarihi Gelişimi	34
B. İslam Hukukunda Çocukların Cinsel İstismar Suçunun Tarihsel Gelişimi ...	37
C. Türk Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Tarihi Gelişimi	39
III. MUKAYESELİ HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU	44
A. Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu.....	45
B. İtalyan Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu.....	46
C. Fransız Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	48
D. İsveç Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	50
E. İngiliz Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

I. GENEL OLARAK	53
II. KORUNAN HUKUKSAL YARAR	55
III. SUÇUN UNSURLARI	57
A. Suçun Maddi Unsurları	59
1. Fiil	59
a. Sarkıntılık	61
b. Basit Cinsel İstismar (Irza Tasaddi)	65
c. Nitelikli Cinsel İstismar	73
2. Netice	76
3. Nedensellik Bağı	77
4. Fail	78
5. Mağdur	81
6. Suçun Konusu	86
7. Suçun Nitelikli Hâlleri	88
a. Şahsi Ağırlaştırıcı Sebepler	89
i. Suçun Çocukla Aralarında Belli Akrabalık İlişkisi Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi	89
1. Üçüncü Derece Dâhil Kan ve Kayın Hısımlığı	90
2. Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen	92
ii. Suçun Belli Sıfatları Haiz Olan ve Çeşitli Hizmet Veren veya Yükümlülük Altında Bulunanlar Tarafından İşlenmesi	92
1. Vasi	93
2. Eğitici, Bakıcı, Öğretici	94
3. Koruyucu Aile	95
5. Sağlık Hizmeti Veren Kişiler	96
6. Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünde Bulunanlar	96
7. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	98
b. Fiili Ağırlaştırıcı Nedenler	101
i. Suçun Birden Fazla Kişi ile Birlikte İşlenmesi	101
ii. İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	103
iii. Cinsel İstismarın, 103/1-a Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle ya da 103/1-b Bendindeki Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi	104
8. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hâller	107

a. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması	111
b. Suçun Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesine veya Ölümüne Neden Olması.....	113
B. Suçun Manevi Unsuru	115
1. Genel Olarak.....	115
2. Basit Cinsel İstismar.....	117
3. Nitelikli Cinsel İstismar.....	120
C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	121
1. Genel Olarak.....	121
a. Görevin İfası	125
b. Hakkın Kullanılması.....	126
c. İlgilinin Rızası	128
IV. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HÂLLER.....	130
A. Genel Olarak.....	130
B. Haksız Tahrik.....	132
C. Hata Hâlleri.....	133
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	
I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	137
A. Teşebbüs	137
B. İştirak	145
C. İçtima	150
1. Bileşik Suç.....	151
2. Zincirleme Suç.....	152
3. Fikri İçtima	156
II. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ	162
III. YAPTIRIM.....	164
IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	168
V. ZAMANAŞIMI	169
SONUÇ	171
KAYNAKÇA	177



SEMBOLLER VE KISALTMALAR

Aktaran	: Akt.
Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmali Merkezi	: NCCAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: AÜHFD
Bakınız	: Bkz.
Ceza Dairesi	: CD.
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi	: CHKD
Ceza Muhakemesi Kanunu	: CMK
Cilt	: C.
Çeviren	: Çev.
Çocuk Koruma Kanunu	: ÇKK
Çok yazarlı eserlerde ilk yazardan sonrakiler	: vd.
Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	: EÜHFD
Esas	: E.
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası	: İÜHFM
Karar	: K.
Madde	: m.
Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi	: OTAM
Resmi Gazete	: RG
Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı	: DSM-IV-TR
Sayfa sayısı	: s.
Sayı	: S.
Türk Ceza Kanunu	: TCK
Türk Medeni Kanunu	: TMK
Türkiye Barolar Birliği Dergisi	: TBBD
Yargıtay Ceza Genel Kurulu	: YCGK
Yayınları	: Yay.
Yüzyıl	: yy.

GİRİŞ

Gerek fiziksel gerekse ruhsal olarak hassas ve korunmaya muhtaç olan çocukların, istismar filleriyle karşı karşıya kalması toplumumuzda yeni görülen bir gerçeklik değildir. Çocukların istimara maruz kalması tarihin çok eski dönemlerine ulaşacak kadar uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen toplumların bu konuya gerekli önemi vermesi henüz kısa bir zaman içerisinde başlamıştır. Çocuk istismarı nedenleri itibariyle karmaşık, neticeleri itibariyle ise, travmatik boyutlara ulaşan ciddi bir toplumsal sorundur.¹

Çocuk istismarı, çocuğa karşı her türlü kötü muameleyi içine alan çok yönlü bir kavramdır. Fiziksel ve duygusal istismar ya da ihmal biçiminde ortaya çıkabilen çocuk istismarının, tespit edilmesi en zor ve etkileri itibariyle en derin hâli ise, çocukların cinsel yönden istismar edilmesidir. Vahim ve kabul edilemez bir istismar şekli olan çocukların cinsel istismarı, genellikle yetişkin bir kişinin, cinsel doyuma ulaşmak için bir çocuğu araç olarak kullanmasıdır.² Cinsellik her ne kadar insan doğasının fizyolojik bir gereksinimi olsa da, bu gereksinimin çocuklar üzerinden giderilmesi insan vicdanlarının kabul edemeyeceği bir cinsel sapkınlık türüdür.

Ülkemizde ve dünyada her gün yeni bir cinsel istismar vakasıyla uyandığımız günümüzde, bu problemin bir çığ gibi büyüdüğü görülmektedir. Bu büyümeye ivme kazandıran birçok faktör bulunmakla birlikte çocuk hakları ve cinsel istismarın önlenmesi için yapılan sosyal ve bilimsel çalışmalar, medyanın konu üzerinde hassasiyetle durması ile kamuoyunun bilinçlendirilmesi çözüme yönelik ümit verici adımlardır. Ancak cinsel istismarla etkin bir şekilde mücadele edilmesi, bu istismar türünün ceza hukukunun müdahale alanına dâhil edilmeden mümkün görünmemektedir. Bu nedenle yapılan çalışma ile amaçlanan cinsel istismarın gerek kavramsal gerekse ceza hukuku boyutunda düzenleniş şekli ile ilgili bilgiler verilerek, yapılan mücadeleye katkı sağlamaktır.

¹ POLAT, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı II*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, 2007, s. 208.

² GÜNÇE, Gülseren, “Çocuğun Cinsel İstismarı”, *Çocuk İstismarı ve İhmali*, Ankara Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını, 1999, s. 90; OVAYOLU, Nimet, UÇAN, Özlem, SERİNDAG, Selver, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, *Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi*, Gaziantep 2007,C. 2, S. 4, s. 15.

Çocukların cinsel istismarı, 5237 sayılı TCK'da kişilere karşı suçlar kategorisinde, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre cinsel istismar, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar olarak ifade edilmiştir

Bu çalışma hazırlanırken, ilgili yasal mevzuat, 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı RG'de yayınlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, doktrin, Yargıtay uygulamaları ve Anayasa Mahkemesinin çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin iptal kararları dikkate alınmıştır.

Verilen bilgiler ışığında çalışmanın planı genel olarak şu şekilde belirlenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından önem arz eden temelde çocuk, özgürlük, istismar kavramları olmak üzere suçun kavramsal boyutu ele alınmıştır. Yine aynı bölümde çocukların cinsel istismarı suçunun tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki görünüm şekilleri incelenmiştir.

İkinci bölümde, benimsenen suç genel teorisi çerçevesinde, cinsel istismar suçunun Türk Ceza Kanunu çerçevesinde değerlendirmesi yapılmıştır. Buna göre suç; maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları ile kusurluluğu etkileyen hâller çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, çocukların cinsel istismar suçunun özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, öngörülen cezai yaptırımı, görevli ve yetki mahkeme ile dava zamanaşımı bakımından bilgiler verilmiştir. Çalışma çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin genel bir değerlendirmeyi içeren sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN KAVRAMSAL BOYUTU, TARİHİ GELİŞİMİ ve MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

I. KAVRAMLAR

A. Çocuk Kavramı

Çocuk ve çocukluk kavramlarına ilişkin gerçekleştirilen tanımlama çabaları, bazı açılardan zorluk içermektedir.³ Bunun başlıca sebebi, değişik toplumlara ve tarihsel dönemlere, hatta aynı toplumun farklı kesimlerine bakıldığında dahi çocuk ve çocukluğa aynı anlamların verilmemesidir.⁴ “Çocukluk, evrensel bir kategori değildir, tanımlandığı dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarıyla bilinen kültürel bir kurgudur.”⁵

Çocuk kavramı, pek çok bilim tarafından incelenmekle birlikte, kavramın ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Sözlük anlamıyla “insan yavrusunu”⁶ ifade eden çocuk, “yaşamın doğuştan ergenliğe kadar süren dönemini yaşayan varlıktır”⁷. Bir başka tanıma göre, “insanoğlunun doğumundan algılama ve kavrama yeteneğini kazandığı yaşa kadar geçirdiği evre “çocukluk” ve bu dönemdeki kişiler de “çocuk” kavramı ile anılır.”⁸ Çocuk, “yaş küçüklüğünden dolayı henüz mükellef olmayan ve her çeşit muameleyi yapmaya yetkili bulunmayan insan”⁹ olarak da tanımlanmıştır.

³ OZANSOY, Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, *TBBĐ*, Ankara 1999, S. 1, s. 43.

⁴ TAN, Mine, “Çağlar Boyunca Çocukluk”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Ankara 1968, C. 2, S. 1, s. 71.

⁵ OZANSOY, “Öznesini Arayan Nesneler...”, s. 43.

⁶ İNAN, Ali Naim, “Çocuğun Korunması ve Polis”, *AÜHFD*, Ankara 1980, C. 37, S. 1, s. 245.

⁷ YAVUZER, Hâluk, Çocuk ve Suç, İstanbul, Remzi Kitabevi, 3. Baskı, 1993, s. 262.

⁸ POLAT, Hâilil, “Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılamalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme”, *TBBĐ*, Ankara 2010, S. 90, s. 66.

⁹ ÇEKER, Orhan, *İslam Hukukunda Çocuk*, Ankara, Kayıhan Yay., 1. Baskı, 1990, s. 29.

Halk dilinde ise, sabi, sübyan, tıfıl, yavru veya ufaklık kelimelerinin, çocuk kavramını karşıladığı bilinmektedir.¹⁰

Saflığın, kusursuzluğun ve sevimliliğin temsili olan çocukluk¹¹, İslam hukukçuları tarafından da geniş bir şekilde ele alınmıştır. İslam hukukunda çocuk, buluğa ermemiş insan olarak ifade edilmektedir.¹² Buluğa erme yaşı konusunda farklı görüşler olmakla birlikte müçtehitler arasında kabul edilen görüş, kız ve erkek çocuklarda on beş yaştan bitmesi ile buluğa erişilmiş olacağı yönündedir.¹³ Çocukluk devresi ise, çocuğun doğumundan temyiz çağına gelmesine kadar devam eden süre olarak anlaşılmaktadır.¹⁴ Çocukluğun tespitinde İslam hukuku cinsel olgunluğu esas almaktadır.¹⁵ Başka bir deyişle, İslam hukukunda cinsel olgunluğa erişmekle bedensel olgunluk da gerçekleşmiş kabul edilir.¹⁶

Çocuk kavramına hukuki bir perspektiften de yaklaşılması ve kavramın bu açıdan da açıklanmaya çalışılması gerekmektedir. Gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk bakımından çocuk kavramına ilişkin bir tanım verilmekten ziyade çocukluk döneminin, yaş ile bağlantılı olarak süresinin belirtildiği görülmektedir.¹⁷ Türkiye tarafından 1994 yılında ihtirazi kayıtla onaylanan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde “bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşına kadar” olan her insan çocuk olarak kabul edilir. Bu maddeye göre çocuk kavramı, on sekiz yaşından önce ergin olan kişiler dışındakileri kapsamaktadır.

Ulusal hukukumuzda çocuk kavramının, yaş faktörüne bağlı olarak, çeşitli kanunlarda yer aldığı görülmektedir. 1982 Anayasası'nda doğrudan bir çocuk tanımı yer almamasına rağmen m.67/3'te belirtilen seçme hakkına ve halk oylamasına katılma hakkı veya m.68/1'de belirtilen parti üyeliği için 18 yaşın tamamlamış olması gerektiğinde hareketle, 18 yaşın altındaki kişilerin çocuk olarak

¹⁰ BALO, Yusuf Solmaz, *Çocuk Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2015, s. 33.

¹¹ SEROZAN, Rona, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, 2005, s. 3.

¹² ÇEKER, *İslam Hukukunda Çocuk*, s. 28.

¹³ Ebu Hanife kızlarda 17 yaşın, erkeklerde 18 yaşın bitimini; malikiler ise kız ve erkeklerde 18 yaşın bitimini buluğa erme yaşı olarak kabul etmiştir. ÇEKER, *İslam Hukukunda Çocuk*, s. 54.

¹⁴ BAĞCI, Faruk, *Ceza Muhakemesinde Çocuk ve Çocuk Suçlarının Soruşturulması*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2014, s. 6.

¹⁵ BALO, Yusuf Solmaz, *Uluslararası İlişkiler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*, Seçkin Yay., Ankara, 2009, 2.Baskı, s. 49.

¹⁶ İNAN, “Çocuğun Korunması ve Polis”, s. 245; AKYÜZ, Emine, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, Pegem Akademi Yay., 4. Baskı, 2015, s. 100.

¹⁷ KARTAL, Pınar M., *Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul, Der Yay., 1. Baskı, 2014, s. 6.

nitelendirildiği sonucuna varılmaktadır.¹⁸ Türk Medeni Kanunu'nda da, çocuğun tarifi yapılmamıştır ancak çocukluğun hangi dönemi kapsadığı ifade edilmiştir. Buna göre çocukluk dönemi, kişiliğin başlangıcı ile ergenliğe ulaşma anına kadar geçirilen dönem olarak değerlendirilir.¹⁹ TMK m.28'e göre, kişilik, "*çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılır.*" TMK m.11'e göre ise erginlik, "*on sekiz yaşının doldurulmasıyla kazanılır.*" Dolayısıyla TMK'da çocuk kavramı, on sekiz yaşından küçük olan kişileri ifade etmektedir. Bununla birlikte TMK açısından çocuk kavramının, yaş sınırı ile alakalı olmayan ancak çocuğun ana babasına karşı soy bağıını belirleme şeklinde tezahür eden anlamı da bulunmaktadır. Buna göre, "*çocuk, ana babaya soy bağı ile bağlı olan, ana babanın soyundan gelen, onlardan türeyen kişi olarak tarif edilir.*"²⁰

Bu tezin konusu, çocukların cinsel istismarı suçu olduğu için çocuk kavramının, özellikle ceza hukuku açısından ele alınması önem taşımaktadır. Kavramların tanımlanması sistemi, son dönemlerdeki kanunlaştırma hareketiyle ortaya çıkan bir durum olduğu için 765 sayılı TCK'da çocuk kavramı tanımlanmamış, Kanun'un 53 ve devamı maddelerinde²¹ çocukların yaş itibarıyla cezai sorumluluğu belirtilmiştir.²²

¹⁸ CAN, Cansu, "Çocuk İstismarı- Fiziksel İstismar", *Kriminoloji Yazıları*, SANCAR, Türkan, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 597.

¹⁹ GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz B., "Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2013, C.15, Özel S., s.482.

²⁰ ÇELİK, Cemil, "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi", *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2005, S. 36, p. 36. http://www.google.com.tr/?gfe_rd=cr&ei=ZKFZVsqtBO-v8weaoqj4DA# (01.02.2016)

²¹ **Madde 53** – "Fiili işlediği zamanda on bir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez.

Ancak fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm olduğu takdirde müddeiumuminin talebi üzerine mahkeme reisi çocuğun, istirdadı kabil tedbirden olmak ve on sekiz yaşını geçmeyecek müddetle mukayyet bulunmak üzere terbiye ve ıslah için devlet idare veya murakabesinde bulunan bir müesseseye konmasını veyahut takayyüt ve nezaretinde tescilli ve ihmâl ile bir cürüm işlemesine meydan verilerse kendilerinden iki yüz liraya kadar cezayı nakdi alınacağı ihtariyle ana baba veya vasiye teslimini emreder.

Madde 54 -Fiili işlediği zaman on bir yaşını bitirmiş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar, farik ve mümeyyiz olmadıkları surette haklarında hiçbir ceza tertip olunamaz. Ancak işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim cürümlerden ise bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur.

Eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise suçunun cezası aşağıda yazılı şekillerde indirilir:

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine on beş yıldan, müebbet ağır hapis cezası yerine on yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.
2. Diğer cezalar yarıya indirilir. Ağır hapis cezaları hapse çevrilir. Ancak, bu bendin tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için yedi yıldan fazla olamaz.

2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da²³ da çocuk kavramı tanımlanmamıştır. Ancak Kanun'un 41. maddesi, “*Bu kanundaki küçük deyimi suçu işlediği tarihte henüz 15 yaşını bitirmemiş kimseleri kapsar.*” ifadesiyle küçüğe ilişkin bir tanım yapmıştır.

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın ve 2253 sayılı Kanun'un aksine çocuk tanımına yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın tanımlar başlıklı 6/1-b hükmünde çocuk deyiminden “*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişinin*” anlaşılabacağı belirtilmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1-a hükmünde de benzer bir tanıma yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, “*çocuk, daha erken yaşta ergin bile olsa on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade eder. TCK m. 6/1-b ve ÇKK m.3/1-a birlikte değerlendirildiğinde kişi, evlenme²⁴ ya da mahkeme kararı²⁵ ile on sekiz yaşından önce ergin olsa dahi çocuk sayılmaya devam edecektir. Bununla birlikte on sekiz yaşının altındaki herkesin, özel hukuk bakımından ergin kılınmış olsa dahi, çocuk olduğunun TCK'da açıkça belirtilmemesini eleştiren görüşler bulunmaktadır. Bu eleştiriye göre, ÇKK'da belirtilen “daha erken yaşta ergin bile olsa” ifadesinin TCK'da yer almaması, evlenme ve mahkeme kararıyla ergin olma

Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezaları tatbik olunmaz.

Şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezasından çevrilmiş olsa dahi eğer suçlu cezanın çektirilmesine başlandığı zaman on sekiz yaşını bitirmemiş ise ceza bir ıslahhanede çektirilir.

Bu mahkumiyetler tekerrüre esas olamaz.

Madde 55 - *Fiili işlediği zaman on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında aşağıda yazılı şekillerde ceza tayin olunur:*

1. *Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası;*

2. *Müebbet ağır hapis yerine on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası verilir.*

3. *Diğer cezaların üçte bire kadarı indirilir. Ancak, bu bendin tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için on dört yıldan fazla olamaz.*

4. *Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezaları tatbik edilmez.*

²² POLAT, Hâil, “Türk Hukukunda Çocukların...”, s. 67.

²³ 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 15 Temmuz 2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁴ Türk Medeni Kanunu'na göre, evlenme kişiyi ergin kılar (m.11/2). Olağan evlenme yaşı erkeklerde ve kızlarda on yedidir. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir (m.124).

²⁵ Türk Medeni Kanunu'na göre, on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir (m.12).

durumlarının dikkate alınıp alınamayacağı konusunda bir takım tereddütlere sebebiyet vermesinden ötürü mevzuatımızda bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.²⁶

5395 sayılı ÇKK'da çocuk kavramı, suça sürüklenen çocuk ve korunmaya ihtiyacı olan çocuk şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmuştur.²⁷ ÇKK'nun tanımlar başlıklı 3. maddesine göre, “*Suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu*” ifade eder. Korunma ihtiyacı olan çocuk ise 3. maddenin devamında, “*bedensel, zihinsel, ahlâki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk*” şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK m. 31'de²⁸ suça sürüklenen çocuğa ilişkin ayrıntılı düzenlemeye yer vermiş olmasına rağmen, mağdur çocuğa yönelik kanunda ayrı bir maddeye yer verilmemiştir.²⁹ Mağdur çocuğa ilişkin düzenlemeler ancak mağdur olarak kabul edildiği veya suçun nitelikli hâlini oluşturdukları ya da suçun özgü mağduru olarak kabul edildiği suç tiplerinde görülmektedir.³⁰ Bu durumun mevzuatımızdaki yansımalarından biri, çalışmanın ikinci bölümünde mağdur başlığı altında incelenecektir.

²⁶ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2013, C. 11, S. 121, s. 17-18.

²⁷ ASLAN, Beşir, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, 1. Baskı, s. 19.

²⁸ 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinde çocuklar, çeşitli yaş kategorilerine ayrılarak kusur yeteneği ve yaş küçüklüğünün cezai sorumluluk üzerindeki etkisi belirlenmeye çalışılmıştır. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 2010, 5. Baskı, s. 344-352.

TCK m. 31'e göre yaş küçüklüğü, “(1) *Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.*

(2) *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.*

(3) *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.”*

²⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 9.

³⁰ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 10.

B. Cinsel Özgürlük Kavramı

1. Genel Olarak

Özgürlük bütün hakların ortak kökeni³¹ olduğu için çeşitli disiplinlerin doğrudan ya da dolaylı olarak konusunu oluşturmaktadır. Özgürlük kavramı, soyut olan her kavram gibi, kullanıldığı alana, kullananın şahsına, tarihî gelişim ve düşüncelere göre anlam değişikliği gösterebilir.³² Nitekim Montesquieu, *“Hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun.”*³³ şeklindeki ifadesiyle bu konuda benzer olan düşüncesini belirtmiştir.

Özgürlük kelimesi sözlük anlamı itibariyle, *“herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbesti; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu”*³⁴ olarak tanımlanmıştır. Hukuki açıdan özgürlük kavramı, *“bireyin başkasına zarar vermeden istediği gibi davranması”*³⁵ şeklinde ifade edilebilir. Montesquieu’ nun tanımına göre ise, *“hürriyet, kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır”*³⁶. Özgürlük bir yönüyle de, kişinin toplum içerisinde sahip olduğu dokunulmaz alan olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu, kişilerin mahrem yani dokunulmaz bir alanını oluşturan özgürlüğün, sınırsız bir şekilde kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Bir kişinin sahip olduğu özgürlük, başka bireylerin özgürlük alanıyla sınırlandırılmıştır. Görüldüğü üzere hukuk düzeni, özgürlüğü tanımış ve korunmaya değer bularak, onun kullanım şeklini belirlemiştir.³⁷

Özgürlük, geniş ve kapsayıcı bir kavram olduğu için söz konusu kavramın farklı uzantılarını görmek mümkündür. Bu uzantılardan biri de, kişisel özgürlüğün

³¹ KABOĞLU, İbrahim Ö. , *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1. Baskı, 1994, s. 13.

³² ABADAN, Yavuz, “Hürriyet Problemi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 1940, C. VI, S. 2-3. s. 502-503.

³³ KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1993, 7. Baskı, s. 3.

³⁴ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, Ankara, 2005, s. 1557.

³⁵ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2010, 4. Baskı, s. 586.

³⁶ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 5

³⁷ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 11.

bir yansıması olan, kişinin cinsel tercihini özgürce ve serbestçe belirlemesidir.³⁸ Cinsel özgürlük, *“insanın, örf ve adet ya da hukukun çizdiği sınırlar içerisinde ve cinsel ilişkileri bağlamında kendi bedenini dilediği gibi kullanabilme hakkıdır.”*³⁹ Yakın bir tarihe kadar cinsel suçlar, genel ahlâk ve adaba karşı işlenen suçlar kapsamında yer almaktaydı. Bu durum cinsel özgürlüğe yönelik yapılan tanımlar da kendini göstermiş ve yapılan tanımlarda örf ve âdete ilişkin sınırlardan bahsedilmiştir. Ancak cinsel suçların genel adap ve ahlâktan ziyade bireysel özgürlük kapsamında değerlendirilmeye başlanmasıyla, cinsel özgürlüğe yönelik yapılan tanımların da değiştiği görülmüştür.⁴⁰

Günümüzde genel olarak cinsel özgürlük kavramından anlaşılan, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesidir.⁴¹ Başka bir ifadeyle cinsel özgürlük kavramı, *“hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe (herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın) yapabilme özgürlüğü”*⁴² olarak tanımlanabilir. Yapılan tanımlardan da anlaşılabacağı üzere, kişinin cinsel hayatı ve ilişkileri, yalnızca genel ahlâk, adap, aile düzeni ile anlamlandırılıp, sınırlandırılmaktan öte kişinin kendi bedeni üzerinde rızai tasarrufu kapsamında değerlendirilmeyi gerektirir.⁴³ Bu noktada cinsel özgürlüğün uygulama alanı olan cinsellik kavramına da açıklık getirilmesi gerekmektedir.

İnsanın mutluluk, başarı ve ilişkilerini derinden etkileyen cinsellik, hayatın bir gerçeğidir.⁴⁴ Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da bu gerçeği 17. maddesinde, *“herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* şeklinde ifade ederek, beşeri cinselliğe üstün bir değer

³⁸ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, 7. Baskı, s. 293.

³⁹ CAN, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2012, 2. Baskı, s. 475.

⁴⁰ TANER, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, 1. Baskı, s. 29.

⁴¹ SEVÜK YOKUŞ, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *TBBT*, Ankara 2005, S.57, s. 246.

⁴² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 30.

⁴³ KILIÇ, Abbas, “Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, *TBBT*, Ankara 2008, S. 78, s. 171.

⁴⁴KÖMÜRCÜ, Nuran, DEMİRCİ, Nurdan, YILDIZ, Hatice, GÜN, Çiğdem, “Türkiye’deki Hemşirelik Dergilerinden Cinselliğe Bakış: Bir Literatür İncelemesi”, *Hemşirelikte Eğitim ve Araştırma Dergisi*, İstanbul 2014, S. 11 (1), s. 9-17.

atfetmiştir.⁴⁵ “*Canlılara vergi olan cinselliğin*”⁴⁶ muayyen bir tanımı bulunmamaktadır. Cinsellik, yalnızca üreme anlamında kullanıldığı ya da cinsel bir dürtüyle uyarılmış kişide gözlemlenen hareketler olarak tanımlandığı gibi; kişinin, kendi cinsel kimliğini kabul etmesi, cinsinin doğal bir tezahürü olan karşı cinsle ilgilenmesi, beraber olmaktan ve cinsel birleşmeden bedensel ve ruhsal bir tatmin elde etmesi olarak da tanımlanmaktadır.⁴⁷ Cinsellik, doğada başlamasına karşın çoğu durumda karşı cinsin varlığını gerektirmesi nedeniyle toplumsallaşmanın gerçekleşmesi açısından, varlığı zaruri bir dürtüdür.⁴⁸ Bununla birlikte toplum hâlinde yaşama, toplumsal düzeni sarsabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla, bireyin cinsel güdülerine bir yön vermek ve sınırlandırmak gereğini de beraberinde getirmiştir. Böylece her ne kadar bireysel özgürlükler sınırlandırılmış olsa da, hem bireyin hem toplumun geleceği güvence altına alınmaktadır.⁴⁹

Cinselliğin denetlenmesine ve sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler her toplumda görülmektedir.⁵⁰ Bununla birlikte beşeri cinsellik, yapısı itibariyle karmaşık olmasından ötürü bu denetlemenin ve sınırlandırmanın, nasıl ve ne ölçüde gerçekleşebileceği hususu, yani toplumsal hayatın kabul edemeyeceği cinsel davranışların, gerek toplumda yazılı olmayan kurallar gerekse kanunlarla nasıl bir düzenlemeye tabi olacağı konusu tartışmalıdır.⁵¹ Cinsel özgürlüğün sınırlarının neler olabileceği konusunda özellikle Fransız hukukçuların tespit ettiği hususlar önem arz etmektedir. Buna göre cinsel özgürlükten, bir başkasının maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verecek boyutta yararlanılamaz. Aksi durum hiç kuşkusuz yasa tarafından cezalandırılacaktır. Bununla birlikte bireyin bizzat kendisi de, evlilik kurumu ile cinsel alanda sahip olduğu özgürlüğünü sınırlandırabilir. Cinsel özgürlüğün diğer bir sınırını ise, cinsel nitelikteki bazı davranışların veya cinselliğe ilişkin bazı eylemlerin, “*insanlığın öz saygısına*” aykırı karakterler taşıması oluşturmaktadır.⁵² Fransız hukukçuların cinsel özgürlüğün sınırına ilişkin belirlediği

⁴⁵HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 1.

<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cinselsuclar.doc> (25.01.2016)

⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 1.

⁴⁷ ÖZGÜVEN, İbrahim Ethem, *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*, Ankara, PDREM Yayıncılık, 1. Baskı, 1997, s. 2.

⁴⁸ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 33.

⁴⁹ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 310.

⁵⁰VURALDOĞAN, Kemal, “Cinsel Özgürlük Üzerine”, s. 2. <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-kemalvuraldogan-1.htm&k...> (18.01.2016)

⁵¹ HAFIZOĞULLARI, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 1.

⁵² CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 378.

bu hususlar, gerek toplumumuz gerekse diğer birçok toplum açısından dikkate alınmaya müsait, genel geçer tespitlerdir. Bununla birlikte özgürlük ve belirlenen sınırlar arasında bir dengenin varlığı gereklidir. Belirlenen sınırların birey ve toplum psikolojisi açısından cinsel bir baskı aracına dönüşmemesine dikkat edilmelidir. Aksi hâlde cinsel baskıdan kurtulmak isteyen bireyler, toplum açısından daha tehlikeli bir hâle dönüşebilir.

Cinsel özgürlük kavramının, çalışma alanımız olan ceza hukuku bakımından da tartışılması gerekmektedir. Cinselliğin, genel ahlâk ve adaptan ziyade kişinin özgürlüğü ile ilgili bir mesele olduğu gündeme geldikten sonra, ceza hukukunun da cinsel özgürlüğe ve bu özgürlüğe karşı işlenen suçlara bakış açısında önemli değişiklikler olmuştur.⁵³ Bu bakımdan TCK da cinselliği, ahlâk ve edep açısından değil, bir özgürlük değeri olarak ele almaya başlamıştır. Cinsel özgürlüğün pozitif ve negatif olmak üzere iki boyutu vardır.⁵⁴ Cinsel özgürlüğün pozitif boyutuyla kastedilen, herkesin cinsel özgürlüğünü ve bu özgürlüğünü kullandığı cinsel hayatını, herhangi bir baskı, zorlama ve ayrımcılığa maruz kalmadan istediği gibi yaşamasıdır.⁵⁵ Negatif boyutu ile anlatılmak istenen, cinsel dokunulmazlıktır. Cinsel dokunulmazlık, kişinin cinsel özgürlüğünün, vücudu üzerinde rızası hilafına cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilmemesidir.⁵⁶ Ceza hukuku esas itibarıyla cinsel özgürlüğün negatif boyutu olan cinsel dokunulmazlığın korunması bakımından işlev görmektedir.

2. Cinsel Rüşt Yaşı

Cinsel özgürlük, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hukuki menfaat olduğundan⁵⁷, kişi, hukukun koyduğu sınırlar çerçevesinde cinsel özgürlüğünü istediği şekilde kullanabilir ve hatta bu özgürlükten vazgeçebilir. Bununla birlikte söz konusu özgürlüğü kullanabilmesi veya bu özgürlüğe ilişkin korumadan vazgeçebilmesi için kişinin, cinsel rüşt yaşına ulaşmış olması gerekmektedir. Cinsel rüşt yaşı, “bir kişinin yasal olarak cinsel eylemlerinin

⁵³ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 292.

⁵⁴ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 31.

⁵⁵ ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, C. 1, 1. Baskı, s. 376.

⁵⁶ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 376.

⁵⁷ ŞAHİN EKİCİ, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, 1.Baskı, s. 54.

*bilincinde sayıldığı ve bu eylemlere rıza gösterebildiğinin yasal olarak kabul edildiği en küçük yaştır.”*⁵⁸ Kavramın daha somut hâle getirilebilmesi için öncelikle cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği, ardından ise bu davranışlara gösterilen rızanın hukuken geçerli kabul edilmesi için aranan şartların neler olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

Cinsel davranış, aslında hukuki bir kavram değildir. Dolayısıyla kavramın daha doğru açıklanması için tıp, antropoloji, psikoloji ve sosyoloji alanlarından da faydalanılması gerekmektedir.⁵⁹ Cinsel nitelikli davranıştan anlaşılan, farklı toplumlarda değişkenlik arz etmekle birlikte, aynı toplum içindeki farklı sosyal sınıflara, bölgelere göre de değişkenlik göstermektedir.⁶⁰ Bu nedenle cinsel davranış kavramı üzerinde uzlaşılmış bir tanım bulunmamaktadır.

Cinsel davranışın tanımlanmasına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Cinsel davranış, vücudun belli kısımlarına temas ile sınırlandıran görüşe göre, kişinin genital, anal veya oral bölgelerine, diğer kişinin vücudunun herhangi bir kısmının temasıdır. Diğer bir görüş cinsel davranış, kişinin temasta bulunduğu herhangi bir vücut kısmıyla sınırlandırmaksızın, gerçekleştirdiği davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıyıp taşımadığını kişideki cinsellik algısıyla birlikte değerlendirmektedir. Cinsel davranışın sadece fizyolojik ve anatomik bakımdan değil aynı zamanda psikolojik, kültürel ve sosyal boyutlarıyla da değerlendirilmesi gerektiğini savunan bir başka görüş ise, bir davranışın cinsel nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde kişiler arasındaki ilişkilerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır.⁶¹

Cinsel davranış, “*objektif olarak cinsellik ve cinsel arzuların dış dünyaya fiili olarak açıklanması veya ifade edilmesi niteliği taşıyan davranışlar*”⁶² şeklinde tanımlanabilir. Cinsel davranış, cinsel anlamda tam olarak birleşmeyi (koital) veya tam birleşme olmayan ancak vücut teması gerektiren davranışları (öpüşme, memelere

⁵⁸ https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_r%C3%BC%C5%9Ft_ya%C5%9F%C4%B1. (14.03.2016)

⁵⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 31.

⁶⁰ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 303.

⁶¹ Cinsel davranışın belirlenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 95-112.

⁶² MERAN, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, 2. Baskı, s. 349.

ve genital bölgeye dokunma gibi) içermekle⁶³ birlikte; kişinin vücuduna dokunulmaksızın yani vücut teması gerçekleşmeksizin cinsel amaçlı söz söylenmesi, hareket yapılması veya cinsel içerik taşıyan hâl ve hareketlerle sarkıntılık yapılmasını da⁶⁴ (cinsel ilişki teklifinde bulunmak, kişiyi ısrarla takip ederek cinsel içerikli söz atmak, cinsel organını göstermek gibi⁶⁵) kapsamaktadır. Bahsedilen bu tarz cinsel davranışların bilincinde olma, cinsel rüşt yaşına ulaşmak için gerekli olsa da yeterli değildir. Aynı zamanda kişinin, cinsel içerikli bu davranışlara göstereceği rızaya hukuken değer atfedilmiş olması gerekir.

Rıza, hak sahibinin, sahibi olduğu hukuki değerden vazgeçmesi olup, o değeri hukuki korumadan çıkarması anlamına gelmektedir.⁶⁶ Rıza, ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olarak, rıza ehliyetine sahip bir kişi tarafından gösterilebilir. Kanun koyucu, bazı durumlarda, rıza ehliyetine ilişkin özel düzenleme yaparak rıza ehliyetine kimlerin sahip olabileceğini düzenlemiştir.⁶⁷ Hukuksal değer sahibinin yaşı, kanunda belirtilmiş ise, başka bir değerlendirme yapmaya gerek olmaksızın bu yaştan küçük olanların rıza ehliyetlerinin olmadığı kabul edilir.⁶⁸ Kanun koyucunun özel bir düzenleme yapmadığı hâllerde ise, her somut olay açısından kişinin temyiz gücünün var olup olmadığı araştırılarak, rıza ehliyetine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer kişi, gerçekleştirecek olan fiilin esasını, amacını ve kapsamını, sonuçlarını, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda ise rıza ehliyeti var kabul edilir.⁶⁹ Cinsel nitelikli davranışlar söz konusu olduğunda da rıza ehliyeti açısından benzer şekilde değerlendirme yapılması gerekir. Bu noktadan hareketle cinsel nitelikte bir davranışa rıza gösteren kişi açısından kanun koyucu, hukuksal değer sahibine ilişkin bir yaş sınırı belirtmiş ise, rıza ehliyetinin, belirtilen yaşın altındaki kişiler için olmadığı kabul edilecektir. Kanun koyucunun böyle özel bir düzenlemeye gitmediği durumlarda kişinin anlama ve isteme yeteneğinin (temyiz gücünün) varlığı, her

⁶³ KORKMAZ ÇETİN Saniye, BİLDİK Tezan, ERERMİŞ Serpil, DEMİRAL Nagehan, ÖZBARAN Burcu, Müge, AYDIN Cahide, “Erkek Ergenlerde Cinsel Davranış ve Cinsel Bilgi Kaynakları: Sekiz Yıl Arayla Değerlendirme”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, Ankara 2008, S. 19(4), s. 391.

⁶⁴ TANERİ, Gökhan, *Cinsel Suçlar*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 203.

⁶⁵ Örnekler için bkz. SEVÜK YOKUŞ, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 272; ÇALIŞKAN, Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 193.

⁶⁶ ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s.241.

⁶⁷ ŞAHİN EKİCİ, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 132.

⁶⁸ ŞAHİN EKİCİ, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 132.

⁶⁹ EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, *TBBT*, Ankara 2013, S. 106, s. 278.

somut olay açısından ayrı ayrı incelendikten sonra, cinsel davranışlar bakımından rıza ehliyeti konusunda bir değerlendirme yapılacaktır.

Cinsel rüşt yaşı, ülkelerin yasal düzenlemelerine göre farklılık gösterir. Bazı ülkeler özel olarak cinsel rüşt yaşını belirlemişken, bazı ülkeler böyle bir belirlemeye gitmeyip ergenliğe ulaşmış olmakla cinsel rüşt yaşına da ulaşılmış olacağını kabul etmiştir. Bununla birlikte bazı ülkelerde ise, cinsel ilişki, evli olma şartına bağlı tutulduğu için cinsel rüşt yaşı, cinsel ilişki bakımından fiilen evlilik yaşı olarak kabul edilmiştir.⁷⁰ Genel olarak cinsel rüşt yaşı, ülkelere göre 13 ila 20 yaşları arasında değişmektedir.⁷¹ Ülkemiz açısından cinsel rüşt yaşı esas itibarıyla 18 olarak belirlenmiştir. Ancak belirlenen bu yaş mutlak bir yaş sınır olmayıp, cinsel davranışın türüne göre de değişiklik göstermektedir.

a. Cinsel İlişkiye Varmayan Davranışlar Boyutuyla Cinsel Rüşt Yaşı

Cinsel ilişkiye varmayan davranışlar; vücut teması gerektiren ancak tam cinsel birleşme boyutuna varmayan davranışlar ile vücut teması olmaksızın cinsel saikle gerçekleştirilen davranışları içermektedir. Her ne kadar ülkemizde cinsel nitelikteki bu tarz davranışlar için cinsel rüşt yaşı 18 olarak düzenlenmiş olsa da, kanun koyucu, çocukların cinsel istismarı suçunu düzenlediği TCK'nın 103. maddesi ile cinsel özgürlük bakımından hukuksal değer sahibine yani çocuklara ilişkin bir yaş sınırı getirmiştir. Çocuklar gerek fiziksel ve psikolojik açıdan gerekse hukuki konumları itibarıyla yetişkinlerden ayrılmaktadır.⁷² Çocuklar, yetişkinlerden farklı olarak, duygusal ve kognitif açıdan cinsel bir etkileşimin anlamını ve sonuçlarını tam anlamıyla kavrama yeteneğine sahip değildirler.⁷³ Bu nedenle çocuklar, cinsel davranışları anlama yetenekleri ve yasal olarak rıza ehliyetleri açısından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

TCK m. 103/1-a'ya göre, “*on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*” cinsel istismar

⁷⁰ https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_r%C3%BCst_ya%C5%9Ft_ya%C5%9F%C4%B1 (15.03.2016)

⁷¹ Ülkelere göre cinsel rüşt yaşı için bkz. https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Age_of_Consent_-_Global.svg (15.03.2016)

⁷² EŞİTLİ, “Ceza Hukukunda Çocuğun ...”, s. 278.

⁷³ TOPÇU, Sedat, *Cinsel İstismar*, Ankara, Phoenix Yay., 2009, 1. Baskı, s. 22.

kapsamında değerlendirilmiştir. Madde metni, konuya bakan yönü itibariyle değerlendirildiğinde, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların her türlü cinsel davranış bakımından rıza ehliyetlerinin olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Başka bir ifadeyle kanun koyucu tarafından, bu yaş grubu çocukların idrak kabiliyetlerinin gelişip gelişmediğine bakılmaksızın, cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri mutlak ve çürütülmesi imkânsız bir karine olarak kabul edilmiş ve rızaları geçerli sayılmamıştır.⁷⁴ Dolayısıyla on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamaya yeteneği gelişmemiş çocuklar, her türlü cinsel davranış bakımından, cinsel rüşt yaşına erişmemişlerdir.

On beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilen çocukların ise, cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar bakımından göstereceği rıza hukuken geçerlidir. TCK m.103/1-b'ye göre, “*diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*” cinsel istismar olarak nitelendirilmiştir. Maddede ifade edilen sebeplerin olmaması hâlinde gerçekleştirilen, cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlara, çocuğun rızası geçerli kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla bu yaş grubu çocuklar, cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar bakımından, cinsel rüşt yaşına ulaşmıştır ve cinsel özgürlükleri üzerinde tasarrufta bulunma iktidarına sahiptirler.

b. Cinsel İlişki Boyutuyla Cinsel Rüşt Yaşı

Cinsel ilişki, genel olarak erkeğin cinsel organının, kadının vajinasının içine girmesini kapsayan, üreme ya da cinsel anlamda tatmine ulaşma amacıyla gerçekleştirilen bedensel ilişki olarak tanımlanır.⁷⁵ Hukuki açıdan ise cinsel ilişki, normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak çiftleşmesi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶ Doktrinde⁷⁷ ve Yargıtay kararlarında⁷⁸ cinsel ilişki, aktif kişinin

⁷⁴ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 376; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 326.

⁷⁵ https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_ili%C5%9Fki (19.03.2016)

⁷⁶ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 141.

tenasül uzvunun, diğzerinin vücuduna normal veya anormal yoldan duhul etmesi ile gerçekteşen cinsel birleşme fiili olarak ifade edilmiştir. Aktif kişinin tenasül uzvunun, diğzerinin vücuduna sokulması gerçekteşmedikçe cinsel ilişki gerçekteşmiş olmaz.⁷⁹

Ülkemizde cinsel ilişki bakımından da cinsel rüşť yaşı on sekiz olarak düzenlenmiştir. TCK'nın çocukların cinsel istismarı başlıklı 103/1. maddesi ve reşit olmayanla cinsel ilişki başlıklı 104. maddesi birlikte değzerlendirildiğinde, on sekiz yaşının altındaki tüm çocuklar bakımından cinsel ilişki boyutuyla gerçekteştirilen cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmiştir. Esas itibariyle çocukların cinsel özgürlüğünü ve dokunulmazlığını korumaya yönelik olarak düzenlenen söz konusu maddeler ile dolaylı olarak da cinsel ilişki bakımından geçerli olan yaş sınırı belirtilmektedir. Bu yaş sınırının altındaki kişilerin, cinsel ilişki bakımından rüşť yaşına erişmediğı kabul edilmiştir. Kanun koyucu, çocukların; cinsel ilişki bakımından fiziksel ve psikolojik olarak belli bir olgunluğa ulaşmamış olduğunu ve dolayısıyla cinsel ilişki fiilinin anlamını ve neticelerini tasavvur edemeyeceğı düşüncesinden hareketle, bu fiil bakımından çocukların göstereceğı rızayı hukuken geçerli saymamıştır.⁸⁰

3. Çocuğun Cinsel Özgürlüğü ve Dokunulmazlığı

Özgürlük, çocukların sahip olması gereken başlıca haklardandır. Her toplumda çocukların, hak sahibi bir birey olduğu kabul edilmeli ve çocuklara on sekiz yaşından önce haklarından özgürce yararlanması için olanaklar tanınmalıdır.⁸¹ Çocuklar ancak hak sahibi olarak görülmeye başlandığı zaman, kendileri ile ilgili kararları verme ve belirli süreçleri gerçekteştirme imkânı bulurlar.⁸² Bununla birlikte çocuklar da yetişkinler gibi, diğzer insanların saygı göstermesini talep edebileceğı

⁷⁷ DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul, 1975, 4.Baskı, s. 47- 48; EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1993, C. II, s. 1847.

⁷⁸ YCGK'nın 26.10.1992 tarihli E. 1992/5-236 K. 1992/293 sayılı kararı [www. kazanci.com](http://www.kazanci.com) (02.04.2016)

⁷⁹ DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, IV, s.48.

⁸⁰ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, 13. Baskı, s. 334.

⁸¹ TOPÇU, Sedat, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, Phoenix Yay., 1. Baskı, Ankara 2009, s. 18.

⁸² TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 18.

temel insani değerlere sahiptir.⁸³ Bundan dolayı çocukların da, yetişkinlerin sahip olduğu haklara ve özgürlüklere sahip olmaları ve böylece şahsiyetlerini tekemmül etmeleri sağlanmalıdır. Yetişkinlerin sahip olduğu temel ve evrensel haklarından biri de, cinsel haklardır. Hiç şüphesiz çocukların da temel haklarından biri cinsel anlamda kendisini ifade etmesidir. Başka bir ifadeyle, çocukların sahip olduğu haklar ve özgürlükler, cinsel alana da uzanmaktadır.⁸⁴

Gerek ahlâki kurallar gerekse yazılı kurallar bakımından çocuğun cinsel özgürlüğü, cinsel özgürlük başlığında da bahsi geçtiği üzere, bu özgürlüğün negatif boyutu olan cinsel dokunulmazlık kapsamında değerlendirilmektedir. Cinsel özgürlüğün pozitif boyutunu teşkil eden, çocuğun, cinsini belirlemesi, cinsel davranışın hem cinsel ilişki boyutuna varmayan hem de cinsel ilişki boyutuyla istediği kişiyle yaşayıp yaşamama konusunda karar alması, istediği yaşta cinsel ilişki kurması gibi haklarının, kontrol altına alındığı ve hatta çoğu zaman sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunun sebebi kimi zaman ataerkil toplum yapısı ve dinî inançlar olabileceği gibi kimi zaman hukuk sisteminin çocuğu, kendisinin vereceği kararlardan dahi, yine kendisinin üstün yararı için, korumayı amaçlamasıdır. Çocuklar bakımından da esas olan özgürlük, tali olan sınırlamadır. Fakat bazı özgürlükler bakımından çocuğun kendisine zarar vermeksizin seçimini yapması mümkün olmadığı için sınırlandırılması gerekmektedir. Cinsel özgürlük bakımından da aynı çıkarımın yapılması mümkündür. Nitekim cinsel özgürlük çocukların hayatlarını önemli derecede etkileyecek geniş yansımalara sahip bir özgürlük çeşididir.⁸⁵ Ancak yine de çocukların korunması ve cinsel özgürlüğü yaşamaları arasında ciddi bir dengenin varlığı zaruridir. Çünkü çocuğun doğasında var olan cinsel güdünün görmezden gelinmesi veya orantısız baskılanması, çocuğun ve doğal olarak toplumun geleceği için tehlikeli bir durum oluşturabilir.

Ülkemizde çocukların, kanunla belirlenen yaşa ulaşınca kadar cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Kanun koyucu, TCK'nın 103. ve 104. maddeleri ile çocukların cinsel istismarını ve erken cinsel ilişki deneyimini önlemeyi

⁸³ANDRE, Claire, VELAQUEZ, Manuel, "Children's Rights" <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/more/resources/childrens-rights/> (21.03.2016)

⁸⁴ REICH, Wilhelm, *Cinsel Ahlâkın Boy Göstermesi*, Çev. ONARAN, Bertan, Payel Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 1976, s. 36.

⁸⁵ANDRE, Claire, VELAQUEZ, Manuel, "Children's Rights" <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/more/resources/childrens-rights/> (21.03.2016)

amaçlamakla birlikte cinsel özgürlükten yararlanmak için gerekli olan yaş sınırına ilişkin bilgi de vermektedir. Bu konuya ilişkin gerekli açıklamalar cinsel rüşt yaşı başlığı altında yapılmıştır. Dolayısıyla hukukumuzda gerek cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar gerekse cinsel ilişki boyutundaki davranışlar için getirilen cinsel rüşt yaşı ile çocuğun cinsel özgürlüğünü kullanma hakkının sınırlandırıldığı söylenebilir. Ancak TMK'ya göre evlenme yaşının 17, hâkim kararıyla 16 olduğu dikkate alındığında, 16 ve 17 yaşında çocuğun evlilik içinde cinsel özgürlüğünü kullanabileceği kanunla öngörülürken, 16 ve 17 yaşındaki çocuğun evli olmaması hâlinde cinsel özgürlüğünü kullanma hakkının sınırlandırılması eleştiri konusu olmuştur.⁸⁶

C. İstismar Kavramı

Sözlük anlamı itibariyle, kötüye kullanma, yararlanma, sömürme⁸⁷ olarak nitelendirilen istismar kavramı, kötü davranış biçimlerini kapsayan geniş bir kavramdır.⁸⁸ İnsan ilişkileri boyutuyla istismar kavramı, bir kişinin, aleyhine veya zararına olacak şekilde, kabul edilmeyen ve uygun olmayan davranışlara ya da durumlara maruz bırakılmasıdır.⁸⁹ Mağduru açısından daraltılmış olan çocuk istismarı kavramı⁹⁰ ise, çocukların maruz kaldığı zararın bir türü olarak belirtilmektedir.⁹¹

Çocuk istismarı kavramı, tıpkı çocuk kavramında belirtildiği gibi muayyen bir tanıma sahip olmayıp, tanımlandığı dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarına göre farklılık arz etmektedir. Toplumların gerek çocuk kavramına gerekse çocuk yetiştirmeye yaklaşımları farklı olduğu için çocuğa yapılan kötü muameleye ilişkin farklar ve zıtlıklar kaçınılmaz olarak varlığını göstermektedir.⁹² Örneğin, Hindistan'da kız çocuklarının sünnet ettirilmesi veya İspanya'da on üç yaşında bir çocukla yaşanan cinsel ilişki, farklı ülkelerde istismar olarak algılanabilir. Bununla

⁸⁶ SEVÜK, Handan Yokuş "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanlar Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 295.

⁸⁷ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 366.

⁸⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 13.

⁸⁹ TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 21.

⁹⁰ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 13.

⁹¹ ERKMAN, Fatoş, "Çocukların Duygusal Ezimi", *Çocuk İstismarı ve İhmali, Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını*, Ankara 1999, s. 127.

⁹² TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 24.

birlikte her ne kadar çocuk istismarının tanımlanmasına ilişkin belirlenmiş standartlar bulunmasa da, çocuğun korunması amacına hizmet etmesi için çeşitli tanımlar yapılmıştır.⁹³

Çocuk haklarının en büyük ve somut ihlallerinden biri olan çocuk istismarı⁹⁴ ve ihmali, “*ana, baba ya da bakıcı gibi bir erişkin tarafından çocuğa yöneltilen, toplumsal kurallar ve profesyonel kişilerce uygunsuz ya da hasar verici olarak nitelendirilen, çocuğun gelişimini engelleyen ya da kısıtlayan eylem ve eylemsizliklerin tümüdür.*”⁹⁵ Benzer yönde diğer bir tanıma göre çocuk istismarı, çocuğa bakmakla yükümlü olan bir yetişkin tarafından, çocuğun, fiziksel, gelişimsel ve psikososyal açıdan iyi olma hâlini negatif yönde etkilen tutum ve davranışlardır.⁹⁶ Yapılan tanımlarda, çocuğa yönelik istismarı gerçekleştirebilecek kişiler bakımından bir sınırlamaya gidildiği görülmektedir. Ancak çocuk istismarı sadece anne, baba ya da çocuğun bakımından sorumlu olan bir yetişkin tarafından yapılmanın ötesinde, özellikle fiziksel ve cinsel istismar göz önünde bulundurulduğunda herhangi bir yetişkin, bazı durumlarda başka bir çocuk tarafından dahi gerçekleştirilebilir. Bu açıdan çocuk istismarına ilişkin Dünya Sağlık Örgütü’nün yapmış olduğu tanım daha niteliklidir. Buna göre, bilinçli olsun ya da olmasın bir başka çocuk, yetişkin, toplum veya devlet tarafından çocuğa yönelik gerçekleştirilen ve çocuğun bedensel, duygusal, zihinsel ve sosyal gelişimini olumsuz etkileyen, çocuğun istismar olarak algılamadığı veya yetişkinlerin istismar olarak nitelendirmediği davranışları da içine alan tutum ve davranışlardır.⁹⁷

Çocuk istismarına yönelik yapılan tüm tanımlarda ortak olan nokta, çocuğa verilen zarardır. Gerçekleşen bu zararın aktif veya pasif insan davranışından kaynaklanması ve önlenabilir olması gerekmektedir. Çocukların doğal afetler ya da ölümcül ve salgın hastalıklar ya da doğuştan sahip olduğu engeller nedeniyle uğradıkları zarar, istismar olarak nitelendirilmez. Bununla birlikte her insan davranışı da mutlak surette istismar olarak nitelendirmeyi gerektirmez. Örneğin, bazı hâllerde çocuğun tedip edilmesi için ebeveyn tarafından uygulanmak zorunda kalınan sert

⁹³ POLAT, Oğuz, *Şiddet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, 1.Baskı, s. 231.

⁹⁴ POLAT, *Şiddet*, s. 137.

⁹⁵ TANER, Yasemen, GÖKLER, Bahar, “Çocuk İstismarı ve İhmali: Psikiyatrik Yönleri”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, Ankara 2004, S. 35, s. 82.

⁹⁶ POLAT, Oğuz, *Klinik Adli Tıp Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, s. 57.

⁹⁷ CAN, “Çocuk İstismarı- Fiziksel İstismar”, s. 602; KÖK, Ahmet Nazif, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *EÜHFD*, Erzincan 2006, C. 5, S. 3-4, s. 3.

denetim yöntemleri veya çocuğun ameliyatla bademciklerinin alınması gibi örnekler istismar kapsamında değerlendirilmez.⁹⁸

Çocuk istismarı, nedenleri itibariyle karmaşık bir yapıya sahip, sonuçları itibariyle ise travmatik boyutlara ulaşan ciddi bir toplumsal sorundur.⁹⁹ Çocuğun yaşadığı istismarın türüne veya şiddetine bağlı olarak kendine ve çevresine güvensiz, pasif bir birey olmasından, ölümüne varacak kadar geniş yelpazede zarar görmesi ve dolayısıyla mağdur olması söz konusudur. Çocuklar, mağdur oldukça suç işlemeye yaklaşmaktadır. Çünkü suça mağdur edilen çocukla suça itilmiş çocuk arasında doğrudan bir bağlantı vardır.¹⁰⁰ Bu durumun ise, hem çocuğun hem de toplumun geleceği bakımından etkisi göz ardı edilemez boyuttadır.

Çocuklara yapılan kötü muamele ile ilgili bilgiler arttıkça, çocuk istismarına yönelik davranışların tek bir grup altında toplanmasının mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır.¹⁰¹ Aslında çocuk istismarına yönelik davranışların birbirinden kesin hatlarla ayrılması pek mümkün değildir. Çünkü fiziksel istismara uğramış olan bir çocuk, aynı zamanda cinsel ve duygusal istismar mağduru da olabilir.¹⁰² İstismarın türlerine ilişkin öğretide farklı kategoriler benimsenmiştir. Genel olarak kabul edilen ayrıma göre istismar, fiziksel, duygusal, cinsel istismar ve ihmal olarak dört başlık altında ele alınır.¹⁰³ Bununla birlikte ekonomik istismar, cinsel sömürü¹⁰⁴ ve kurumsal istismarı¹⁰⁵ da çocuk istismarı türü olarak ayrı bir başlık altında inceleyen yazarlar da vardır. Yapılan çalışma kapsamında istismar, genel kabul gören görüşe uygun olarak fiziksel, duygusal, cinsel istismar ve ihmal başlıkları altında ele alınacaktır.

⁹⁸ TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 26.

⁹⁹ POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı II*, s. 208; POLAT, *Şiddet*, s. 129; KARA, Bülent, BİÇER, Ümit, GÖKALP, Ayşe Sevim, “Çocuk İstismarı”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Ankara 2004, S. 47, s. 140.

¹⁰⁰ ALPSOY, Arif Nihat, “Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler”, *TBB*, Ankara 2005, S. 58, s.248-249.

¹⁰¹ BEYHUN N., Ercüment, “Çocuk İstismarı”, *Toplum Hekimliği Bülteni*, 2002, S. 4 http://www.thb.hacettepe.edu.tr/arsiv/2002/sayi_4/baslik2.pdf (ET: 02.01.2016)

¹⁰² TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 31.

¹⁰³ Critical Issues Abuse and Exploitation, Action for the Rights of Children (ARC), s. 6. <http://www.unhcr.org/protection/children/3bb81aea4/action-rights-children-arc-critical-issues-abuse-exploitation.html> (20.08.2016)

¹⁰⁴ Bkz. AYRAL, Fatma, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Bu Suçla Mücadele*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 5.

¹⁰⁵ Bkz. TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 31.

1. Fiziksel İstismar

Fiziksel istismar sık rastlanan ve tanımlanması en kolay olan istismar türüdür. Özellikle ebeveynlerin çocuklarını dövmeyi bir hak veya bir disiplin yöntemi olarak gördüğü kültürlerde fiziksel istismar olaylarına sık sık rastlamak mümkündür. Fiziksel istismar, “*çocuğun kaza dışı nedenlerle yaralanması veya ailesi tarafından yeterince gözetilmemesine bağlı gelişen kazaları kapsar.*”¹⁰⁶ Fiziksel hasara neden olan kırık, kesik, yanık vb. her türlü doku bozukluklarının ortaya çıkmasına yol açan istismardır.¹⁰⁷ Çocuğun gelişmesinde veya fiziksel fonksiyonlarında geçici veya kalıcı hasara yol açan bu istismar türü¹⁰⁸, bir tokattan, çeşitli objelerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranışlara kadar uzanan çeşitli insan fiillerini kapsamaktadır.¹⁰⁹ Ayrıca çocukların ruh ve beden sağlıklarını olumsuz etkileyecek işlerde çalıştırılmasını, fiziksel istismar kapsamında değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır.¹¹⁰

Çocuğun fiziksel istismara karşı etkin bir şekilde korunmasını sağlamak, bazı yasal düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle TCK’da düzenlenen bazı suç tiplerinin, çocuğun fiziksel istismarının önlenmesi ile doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. TCK’nın “Kötü Muamele” başlıklı 232. maddesi¹¹¹ ile aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birine merhamet, şefkat ve acıma duygusuyla bağdaşmayacak biçimde kötü muamelede bulunma ve idaresi altında veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma suç olarak düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenleme ile özellikle ebeveynlerin çocuğa karşı sahip olduğu disiplin yetkisinin sınırı belirtilmek suretiyle çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığının korunması sağlanmıştır.

¹⁰⁶ KARA, BİÇER vd., “Çocuk İstismarı”, s. 142.

¹⁰⁷ POLAT, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, 1. Baskı, , s. 49; POLAT, *Şiddet*, s. 29.

¹⁰⁸ TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 31.

¹⁰⁹ POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 45.

¹¹⁰ KONANÇ, Esin, “Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”, *Çocuk İstismarı ve İhmali, Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını*, Ankara 1999, s. 189.

¹¹¹ TCK madde 232 “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

TCK'nın "Kasten Yaralama" başlıklı 86. maddesi¹¹² de çocukların fiziksel istismarı ile doğrudan ilgilidir. Söz konusu madde, konuya bakan yönü itibariyle ele alındığında, kasten bir çocuğun vücuduna acı vermenin veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmanın, suç olduğu sonucuna ulaşılır.

2. Duygusal İstismar

Günlük hayatta en sık rastlanan istismar türlerinden biri olan duygusal istismarın, fiziksel ve cinsel istismarda olduğu gibi somut bulgularının olmaması nedeniyle tanımlanması ve fark edilmesi çoğu zaman daha zordur. Duygusal istismar, çocukları olumsuz etkileyen tutum ve davranışlara maruz bırakarak aktif bir şekilde ya da gereksinim duydukları ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakmak suretiyle pasif bir şekilde gerçekleştirilen, toplumsal ve bilimsel standartlara göre psikolojik açıdan zarar verici olan davranış tarzıdır.¹¹³ Çocuğun duygusal sağlığı ve gelişimi üzerinde etkili olan duygusal istismar, kısıtlama, aşağılama, alay, tehdit, gözdağı, ayrımcılık, terk ve fiziksel olmayan diğer kötü muameleleri kapsamaktadır.¹¹⁴ Bu tür davranışlar, yaş, bilgi, statü gibi vasıflar sayesinde çocuk üzerinde etki sahibi olan kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilir.¹¹⁵

Duygusal istismar, diğer tüm kötü muamele biçimlerini içeren, uzantıları geniş olan bir istismar türüdür.¹¹⁶ Tek başına var olabildiği gibi, çoğu zaman diğer

¹¹²TCK madde 86 "(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

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

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla,

İşlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

¹¹³ KARA, BİÇER vd., "Çocuk İstismarı", s. 143; ERKMAN, "Çocukların Duygusal Ezimi", s. 128; POLAT, *Klinik Adli Tıp Uygulamaları*, s. 58.

¹¹⁴ Child Abuse and Neglect By Parents and Other Caregivers, in World Report on Violence and Health, s. 60. http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap3.pdf (02.01.2016); Critical Issues Abuse and Exploitation, Action for the Rights of Children (ARC), s. 7.

¹¹⁵ POLAT, *Şiddet*, s. 200.

¹¹⁶ ERKMAN, "Çocukların Duygusal Ezimi", s. 127

istismar türleriyle de birlikte bulunmaktadır.¹¹⁷ Cinsel veya fiziksel istismara maruz kalmış bir çocukta, duygusal istismarın yansımalarının da görülmesi mümkündür. Duygusal istismarın yansımaları, fiziksel veya cinsel istismarın sebep olduğu somut hasar ortadan kalktıktan sonra bile devam edebilir¹¹⁸ ve çocuğun gelecekteki hayatına kadar uzanan derin etkiye sahiptir.

TCK'daki bazı suç tiplerinde, duygusal istismara sebebiyet veren davranışların türüne göre düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre çocukları duygusal açıdan istismar eden fail, davranışının türüne göre, TCK'nın, "Terk" başlıklı 97. maddesi¹¹⁹, "Hakaret" başlıklı 125. maddesi, "Kötü Muamele" başlıklı 232. maddesi ve "Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali" başlıklı 233. maddesine¹²⁰ göre cezalandırılacaktır.

3. İhmal

Çocuk ihmali genel olarak *"ailenin, ilgili kurumların ya da devletin çocuğa karşı en temel sorumluluklarını yerine getirmemesi şeklinde tanımlanabilir."*¹²¹ İhmal, çocuğun gelişimi için gereklilik arz eden, sağlık, eğitim, barınma, güvenli yaşam şartları gibi fiziksel ihtiyaçlarının; sevgi, ilgi ve yakınlık gibi duygusal gereksinimlerinin karşılanmamasıdır. Dikkat edilecek husus, ihmalin, yokluk veya

¹¹⁷ ERKMAN, "Çocukların Duygusal Ezimi", s. 127; POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 231.

¹¹⁸ POLAT, *Klinik Adli Tıp Uygulamaları*, s. 58.

¹¹⁹ TCK madde 97 " (1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur."

¹²⁰ TCK madde 233 "(1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

¹²¹ ARAL, Neriman, GÜRSOY, Figen, "Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı", *Milli Eğitim Dergisi*, Ankara Temmuz, Ağustos, Eylül 2001, S. 151, s. 2. http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aral_gursoy.htm (04.04.2016)

fakirlik durumundan ayrı olmasıdır. İhmal ancak aile veya bakıcı tarafından yeterli kaynaklara ulaşılabilir olduğu durumlarda gerçekleşebilir.¹²²

İhmal, çocukta gelişimsel, bedensel ve duygusal olarak hasara yol açması itibarıyla bir istismar türü olarak ele alınabilirse de, diğer istismar türleri ile temel farklılıklara sahiptir.¹²³ İstismar ve ihmal arasındaki farklılığın dayanak noktası, istismarın aktif, ihmalin ise pasif bir şekilde gerçekleştirilmesidir.¹²⁴ İhmal, fiziksel istismardan daha sık gerçekleşmesine karşın, ölüm veya yaralama gibi somut bir sonuca ulaşmadığı durumlarda göz ardı edilebilmektedir. Çünkü fiziksel veya cinsel istismara göre tanısı çok daha soyuttur.¹²⁵

TCK'da çocuğun ihmali olarak nitelendirilen davranışlar, gerçekleştirilme şekline bağlı olarak, “aile hukukundan kaynaklanan yükümlüğün ihlali” başlıklı 233. maddesi, “terk” başlıklı 97. madde, “kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi” başlıklı 88. maddesi¹²⁶, “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlıklı 83. madde¹²⁷ ve “yardım ve bildirim yükümlülüğünün” yerine getirilmemesi başlıklı 98. madde¹²⁸ ile suç olarak düzenlenmiştir.

¹²² Child Abuse and Neglect By Parents and Other Caregivers, in World Report on Violence and Health, s.60.

¹²³ TOPÇU, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, s. 115.

¹²⁴ TIRAŞÇI, Yaşar, GÖREN, Süleyman, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, *Dicle Tıp Dergisi*, Diyarbakır 2007, C. 34, S. 1, s. 72; POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 47.

¹²⁵ KARA, BİÇER vd., “Çocuk İstismarı”, s. 144.

¹²⁶ TCK madde 88 “(1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”

¹²⁷ TCK madde 83 “(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirilmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaları,

Gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

¹²⁸ TCK madde 98 “(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

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

4. Cinsel İstismar

a. Genel Olarak

Cinsel istismar, çocuk istismarı türleri içerisinde tespit edilmesi en zor, aynı zamanda etkileri en derin olan bir istismar türüdür.¹²⁹ Cinsel istismar aynı zamanda, fiziki ve duygusal yönden pek çok istismar uygulamasını da içeren kapsayıcı bir olgudur.¹³⁰ Tanımı konusunda çeşitlilik olmakla birlikte cinsel istismar, genellikle bir yetişkinin, cinsel doyuma ulaşmak amacıyla bir çocuğu araç olarak kullanması şeklinde ifade edilmektedir.¹³¹ Bir başka ifadeyle cinsel istismar, çocuk üzerinde fiziksel veya psikolojik hâkimiyet kurarak, cinsel yolla ya da cinselliği hedef almak suretiyle gerçekleştirilen, cinsel nitelik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren her türlü fiziki ya da psikolojik istismardır.¹³² Cinsel istismar mağduru çocuk ile istismarcı arasında belli bir yaş farkı olmasına dikkat çeken bir diğer tanıma göre, cinsel istismar, çocuğun kendisinden en az altı yaş büyük bir kişi tarafından cinsel tatmin için zorla ya da ikna edilerek kullanılması veya çocuğun bu amaçla kullanılmasına izin verilmesidir.¹³³

Çocuk istismarını önlemeye yönelik, Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 1999 yılında Cenova'da yaptığı toplantıda cinsel istismarın tanımı da yapılmıştır. Bu tanıma göre ise cinsel istismar, *"yaptığı işlerde tam bir rıza veremeyen, olayları tam anlamayan, gelişimini tam tamamlamamış, yasaları ve sosyal tabuları yıktığının farkında olmayan çocuğun cinsel aktiviteler içinde olmasıdır."*¹³⁴

Cinsel istismara yönelik yapılan tanımlarda ortak nokta, çocuğun yaşça daha büyük birisi tarafından cinsel doyum için kullanılmasıdır. Bu kişi, yetişkin

¹²⁹ TIRAŞCI, GÖREN, "Çocuk İstismarı ve İhmalı", s. 71; POLAT, *Klinik Adli Tıp Uygulamaları*, s. 74.

¹³⁰ TOPAL, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 13. Yazarın "şiddet" olarak kullandığı kavram, içerik bakımından "istismar" kavramını da karşıladığı için yapılan bu çalışma kapsamında "şiddet" kavramı, "istismar" olarak değerlendirilecektir.

¹³¹ GÜNÇE, "Çocuğun Cinsel İstismarı", s. 90; OVAYOLU, UÇAN, SERİNDAG, "Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri", s. 15.

¹³² TOPAL, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, s. 12.

¹³³ TIRAŞCI, GÖREN, "Çocuk İstismarı ve İhmalı", s. 71.

¹³⁴ World Health Organization, "Child Sexual Abuse", Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, France, 2003, s. 75.

olabileceği gibi, yaşı çocuktan anlamlı olarak büyük bir başka çocuk da olabilir.¹³⁵ Özellikle iki çocuk arasında yaşanan cinsel eylemlerin istismar kapsamında değerlendirilmemesi, sadece cinsel deneyim olarak görülmesi bazı durumlarda karışıklığa sebebiyet verdiği için istismarın varlığı bakımından iki çocuk arasında en az beş yaş farkının bulunmasını, ölçüt olarak kabul eden yazarlar vardır.¹³⁶ Bu hususta, Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmali Merkezi'nin (NCCAN) cinsel istismar tanımında belirttiği kıstas önem arz etmektedir. Buna göre, “ *cinsel istismar diğer bir çocuk tarafından eğer bu çocuğun diğeri üzerinde belirgin bir gücü ve kontrolü söz konusuysa veya bariz bir yaş farkı varsa da gerçekleştirilebilir.*”¹³⁷ Görüldüğü üzere cinsel istismar ile ilgili kesin bir yaş sınırı getirilmemiştir.

Cinsel istismarı, istismarcının, belli bir çocuğa karşı yaptığı uygunsuz hareketler olarak nitelendirmesi konunun dar bir çerçeveden ele alınması anlamına gelecektir.¹³⁸ Cinsel istismar kavramının, cinselliği kışkırtan konuşmalar, okşama, cinsel birleşme, penetrasyon, cinsel sömürü, ensest, pornografi, teşhircilik, röntgencilik, çocuk fahişeliği, grup olarak seks yapma, oral seks yapma veya cinsel aktivitelere bakma gibi çok geniş görünüm biçimleri vardır.¹³⁹ Ayrıca bu tür davranışların teşvik edilmesi, bunlara izin verilmesi ya da göz yumulması da istismar kapsamında ele alınmalıdır.¹⁴⁰ Cinsel istismar türünden davranışlar, çocuk veya ergen tarafından başlatılsa dahi veya bu tarz davranışların gerçekleşmesine rıza göstermiş olsa dahi davranışın istismar niteliği ortadan kalkmaz ve dolayısıyla yetişkin kişinin sorumluluğu var olmaya devam eder.¹⁴¹ Çünkü cinsel istismarın önlenmesi, fiziksel, psikolojik ve cinsel anlamda gelişimini tam olarak tamamlamamış olan çocuğu, kendi cinsel güdülerinden korumayı da gerektirir.

Çocukların cinsel istismarından anlaşılması gerekenin, TCK açısından da incelenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu TCK'nın, 103 maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri ile cinsel istismar olarak kabul edilecek durumları düzenlemiştir. Buna

¹³⁵ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 18. Çocukların cinsel istismarının üçte birinden fazlası on sekiz yaşın altındaki bir başka kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bir çocuğun diğeri cinsel açıdan risk oluşturabileceğine dair bkz. Do Children Sexually Abuse Other Children?, Stop It Now!, The Safer Society Press, 2007, s. 3. <http://www.safersociety.org/uploads/WP075-DoChildren.pdf> (21.08.2016)

¹³⁶ POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 93.

¹³⁷ Bkz. POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 93.

¹³⁸ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 18.

¹³⁹ POLAT, *Şiddet*, s. 155.

¹⁴⁰ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 18.

¹⁴¹ GÜNÇE, “Çocuğun Cinsel İstismarı”, s. 90.

göre, “on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar” cinsel istismar olarak anlaşılr. Kanun maddesi cinsel istismar kavramı çerçevesinde yorumlandığında, on beş yaşından küçük ya da on beş on sekiz yaş aralığında olup fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa karşı yapılan her türlü cinsel davranış ile on beş on sekiz yaş arasındaki çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranışlar, istismar kapsamında değerlendirilmiştir. Asıl inceleme yeri cinsel istismarın hukuki boyutu olmakla birlikte “her türlü cinsel davranış” veya “cinsel davranış ” ibareleriyle anlatılmak istenen kısaca, sarkıntılık, vücut teması içeren ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan basit cinsel davranışlar ve cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlardır. Bu noktada her türlü cinsel davranışın kapsamına vücut teması içermeyen, TCK m.105’te düzenlenen cinsel taciz niteliğindeki davranışların da dâhil edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ileride daha detaylı değinilecek olmakla birlikte, 6545 sayılı Kanun’un 58. maddesinin gerekçesinde, cinsel saldırı ve istismar suçları ile cinsel taciz suçu arasındaki ayrım ölçütü, fiziksel temas olarak belirlendiği için, vücut teması içermeyen davranışlar, TCK m. 103’te yer alan “her türlü cinsel davranış” kapsamında değerlendirilemez.

b. Ensest

Latince kökenli “incestus” kelimesinden gelen ensest, “ pis, kirlenmiş, temiz olmayan” olarak ifade edilmektedir.¹⁴² Türkçede karşılığı olmayan bu kelime Arapça’ da fücür kelimesine karşılık gelmektedir. Fücür sözlükte, “günahkârlık, ahlâksızlık; dinin kesin bir şekilde yasakladığı; evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler”¹⁴³ olarak tanımlanmıştır. Günümüzde bu terim “evlenmeleri, ahlâkça, hukukça ve dince yasaklanmış (nikâh düşmeyen) yakın akraba olan kadın ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları” anlamında kullanılmaktadır.¹⁴⁴

¹⁴² POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 159.

¹⁴³ YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 252.

¹⁴⁴ POLAT, *Şiddet*, s. 160.

Bir başka tanıma göre, bir aile ünitesi içinde hukuken ve dinen¹⁴⁵ birbiriyle evli olabilecek aile üyeleri dışındaki kişiler arasındaki sözlü, fiziksel ve görsel her türlü cinsel davranış, ensest olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁶

“*Ensesti tanımlamak ona karşı olan yasakların vurgusu temeline dayanır; yani ensest tanımında esas olan unsur “yasak olgusu” dur.*”¹⁴⁷ Ensest, tarihin çeşitli dönemlerinde zaman zaman meşru, hatta soyun devamlılığını sağlamak amacıyla doğal bir gereklilik olarak görülmekte iken, insanlığın gelişimine paralel olarak uygarlaşmanın temeli bir cinsel yasak olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁴⁸ İnsanın doğasında yakın akrabalarla cinsel ilişki haline bir tiksintinin varlığı, aynı soydan çiftleşmenin doğum kusurlarına sebep olacağı veya akrabalık ilişkilerinin önemini vurgulanarak ensest davranışların niçin yasaklanması gerektiğine ilişkin çeşitli gerekçeler oluşturmuştur.¹⁴⁹ Tüm toplumlarda bazı uygulama farklılıkları olmak birlikte, geçerli olan ensest yasağı ile bireylerin sınırsız cinsel ilişki ve evlenme olanakları olmadığı kabul edilmektedir.¹⁵⁰

Ensest, klasik olarak, biyolojik açıdan akrabalık bağı olan aile bireyleri arasındaki cinsel ilişki olarak açıklanmaktadır. Bu açıdan klasik ensest, sadece kan

¹⁴⁵ İslam, Yahudilik, Hristiyanlık gibi bütün semavi dinler evlilik ilişkisi söz konusu olduğunda akrabalar arasına bir takım sınırlamalar koymaktadır. İslam dini bakımından bu sınırlamalar Nur Suresinde belirtilmiştir. Nur Suresi 23. Ayet, “*Size şunlarla evlenmek haram kılındı: Analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeş kızları, kız kardeş kızları, sizi emziren sütanneleriniz, süt kız kardeşleriniz, karılarınızın anneleri, kendileriyle zıfafa girdiğiniz karılarınızdan olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız, -eğer anneleri ile zıfafa girmemişseniz onlarla evlenmeniz size bir günah yoktur- öz oğullarınızın karıları, iki kız kardeşi (nikâh altında) bir araya getirmeniz. Ancak geçenler (önceden yapılan bu tür evlilikler) başka. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir.*” İslam’ın yakın akraba ile evliliği yasaklamasının gerekçeleri için bkz. TELKENAROĞLU Rahmi, “Ensest ve İslam Hukukundaki İzdüşümü”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Konya 2011, S. 31, s. 124-125.

¹⁴⁶ BOZBEYOĞLU ÇAVLİN, Alanur, KOYUNCU, Ece, KARDAM, Filiz, SUNGUR, Altan, “Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye’de Ensest”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Ankara 2010, C. 13, S. 1, s. 5.

¹⁴⁷ BARAN, Aylin Görgün, ERBAYDAR, Nüket Paksoy, “Yasak Cinsel İlişki: Ensest” www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/ensest08012009.doc (05.04.2016)

¹⁴⁸ SANCAR YALÇIN, Türkan, YAŞAR, Nimet, “Ensest, Genel Ahlâk ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararları”, *TBB*, Ankara 2009, S. 80, s. 246.

¹⁴⁹ Toplamların, ensest davranışları engellemesinin gerekçeleri birçok teori ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. WHITE, Leslie A, “The Definition and Prohibition of Incest”, *American Anthropologist*, Volume 50, Issue 3, Version of Record online: 28 OCT 2009, s. 416 vd. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1948.50.3.02a00020/pdf> (21.08.2016)

¹⁵⁰ GENÇ Şura, COŞKUN Seçil, “Ensest”, *TBB*, Ankara 2013, S. 106, s. 227.

bağı esasına dayanmaktadır.¹⁵¹ Ancak günümüzde ensest, kan bağından bağımsız olarak üveylik ilişkisi, evlatlık alınma, bakımından sorumlu olma gibi daha geniş yelpazede bulunan kişiler bazında da düşünülmektedir.¹⁵² Bu kimseler, çocukla aralarında cinsel uzaklık olması gereken, çocuğun, sevgisine, yakınlığına, korumasına ihtiyaç duyduğu kimselerdir.¹⁵³ Ensest kapsamında değerlendirilen cinsel davranışlar, sadece cinsel ilişkinin gerçekleştiği durumları değil, her türlü cinsel davranışı içermektedir.¹⁵⁴

Çocuklara yönelik istismar olaylarının büyük bir kısmı aile içinde meydana gelmektedir.¹⁵⁵ Her yaştan kız ve erkek çocuk, ensest mağduru olabilmektedir. Ancak ensest vakalarında, mağdurun kız çocuğu olduğu olaylar daha fazladır.¹⁵⁶ Marmara Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nün araştırmalarına göre, ensest olaylarında fail konumunda olan kişilerin ise büyük çoğunluğu çocukların babalarıdır. Bununla birlikte üvey baba, amca, kayınpeder, dayı, amca, dede ve ağabeyler de ensest faili olarak sıkça karşılaşılan kişilerdir. Her çeşit gelir, eğitim ve kültür grubundan olabilen bu kişiler, sapık, katil, psikopat olmayan tamamen normal insanlardır.¹⁵⁷

Ceza hukuku literatüründe ensest, “*evlenmeleri yasak olan reşit kişiler*”¹⁵⁸ (*rıza ehliyeti olan*) *arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkidir.*”¹⁵⁹ Belirtilen kişiler arasında yasak olan evlenmedir ve yasak bulunan yakın akrabalarla evlenme, 765 sayılı TCK'nın¹⁶⁰ aksine 5237 sayılı TCK'da düzenlenmediği için ceza hukukunun

¹⁵¹ ATAÇ Asiye Selcen, “Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2013, S. 2, s. 872; POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 159.

¹⁵² POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 161.

¹⁵³ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 89.

¹⁵⁴ POLAT, *Şiddet*, s. 160.

¹⁵⁵ GENÇ, COŞKUN, “Ensest”, s. 219.

¹⁵⁶ TUĞRUL, Ahmet Ceylani, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*, Adalet Yayınevi, Ocak 2010, s. 23; BOZBEYOĞLU, KOYUNCU vd., “Ailenin Karanlık Yüzü”, s. 7.

¹⁵⁷ Bkz. GENÇ, COŞKUN, “Ensest”, s. 219.

¹⁵⁸ TMK madde 129 “*Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:*

1. *Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hâla ve teyze ile yeğenleri arasında,*

2. *Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,*

3. *Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.*”

¹⁵⁹ SANCAR, YAŞAR, “Ensest, Genel Ahlâk..”, s. 247.

¹⁶⁰ 765 sayılı TCK madde 237/1 “*Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetlerini bildikleri hâlde akitlerini yapan evlenme memurları ile bu suretle evlenenler ve bunları evlenmeye sevk eden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapsolünurlar.*”

konusunu teşkil de etmemektedir.¹⁶¹ Dolayısıyla ne 765 sayılı TCK'da¹⁶² ne de 5237 sayılı TCK'da reşit olan kişiyle rızaya dayalı cinsel ilişkiler suç olarak düzenlenmiştir. Ensest genelde erişkinler arasında rızayla ortaya çıkmakla birlikte çocukla gerçekleşen hâl de ensesttir.¹⁶³ Ancak ensest ilişkinin çocukla gerçekleşmesi hâlinde rızanın yokluğu kabul edildiğinden, istismar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. TCK'da gerek yetişkinler bakımından rızaya dayanmayan ensest ilişkiler gerekse 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde çocuklara yönelik gerçekleştirilen ensest fiiller bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir. 765 sayılı TCK döneminde 237. maddeye bir fıkra eklenerek ensestin suç olarak kanunda yer alması önerilmişse de “ *yakın akrabalık bulunan kimselerin beraber yaşamaları hâlinde, iftiralara maruz kalacaklarını ve bu takdirde içtimai hayatta birçok sarsıntıların meydana gelebileceğini, cemiyet içinde bu ahlâki müeyyidelerin bu menfur hâli zaten karşıladığını*” içeren Adalet Komisyonu mütalaası üzerine kabul edilmemiştir.¹⁶⁴ Ensestin suç olarak düzenlenmesine yönelik 5237 sayılı TCK döneminde de m.104'e “*Suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde şikâyet aranmaksızın, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” şeklinde 2. fıkra eklenmek suretiyle ensest ilişkinin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi yönünde teklifler sunulmuş ancak bu teklifler kanunlaşmamıştır.¹⁶⁵ Ensest ilişkilerin suç olması yönünde yapılan bu çalışmalar, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile sonuç vermiş ve sunulan teklifler yönünde kanuni düzenleme 104. maddeye eklenmiştir. Böylece 2. fıkraya eklenen “*suçun mağdur ile evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlemeyle ensest ilişkiler ceza yaptırımı altına alınmıştır.

“*Şehvetin, şefkati katletmesiyle ortaya çıkan ağır bir insan hakkı ihlali olan ensest*”¹⁶⁶ mevzuatımızda m.102'de düzenlenen cinsel saldırı ve m.103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçlarında nitelikli hâller bakımından özellik göstermektedir. Buna göre, TCK m.102/3-c'de cinsel saldırının “*üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey*

¹⁶¹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 51.

¹⁶² Bkz. DÖNMEZER, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 19.

¹⁶³ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 50.

¹⁶⁴ DÖNMEZER, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 20.

¹⁶⁵ GENÇ, COŞKUN, “Ensest”, s. 218.

¹⁶⁶ TELKENAROĞLU, “Ensest ve İslam Hukukundaki İzdüşümü”, s. 116.

ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından” işlenmesi; m.103/3-c’ de ise cinsel istismarın “*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 cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâlle hâller olarak düzenlenmiştir.

Ensest, bazı ülke mevzuatlarında bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 564. maddesinde yer verdiği ensesti “aile ahlâkı” na karşı bir suç sayarken, Alman Ceza Kanunu “Şahsi Hâle, Evlilik Birliğine ve Aileye Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 173) enseste yer vermiştir. Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu “cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük” sorunu olarak görmüştür (m. 211). İsviçre kanun koyucusu da aileye ilişkin değerleri ön plana çıkararak, Ceza Kanununun 213. maddesinde ensesti “aileye karşı” işlenen bir suç saymıştır.¹⁶⁷

c. Pedofili

Çocuk cinsel istismarı ve pedofili çoğu kez aynı anlamlarda ve birbiri yerine kullanılabilen kavramlar olmasına rağmen, aslında kavramlar arasında temel bazı farklılıklar bulunmaktadır.¹⁶⁸ Bu farklılıkların göz ardı edilmesi kavram kargaşasına yol açacaktır. Pedofili, cinsel istismar olguları içerisinde en çok endişe yaratan türlerinden biridir. Yunanca kökenli bir kavram olan pedofili, çocuk sevgisi anlamına gelmektedir. Ancak belirtilen çocuk sevgisi, çocuklara karşı cinsel ve duygusal yönelimin bir sonucu ortaya çıkan anormal bir ilgidir.¹⁶⁹ Pedofili, “*yetişkin bir kimsenin aynı ya da karşı cinsteki çocukları cinsel olarak çekici bulması ve onlara cinsel bir eğilim ve ilgi duyması*” olarak tanımlanabilir.¹⁷⁰ Pedofili, genellikle on üç veya daha küçük yaştaki çocuklara karşı devamlı bir cinsel yönelimdir.¹⁷¹ Dünya Sağlık Örgütünün tanımına göre pedofili, cinsel tercihi çocuk olan kişidir. Bu tanıma

¹⁶⁷SANCAR, YAŞAR, “Ensest, Genel Ahlâk”, s. 24.

¹⁶⁸ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 44.

¹⁶⁹ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 44.

¹⁷⁰ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s.46.

¹⁷¹ MARTIN Laura, “What Is Pedophilia?”, s. 1. <http://www.webmd.com/mentalhealth/features/explaining-pedophilia> (10.04.2016)

göre kişinin, pedofil olarak nitelendirilmesi için her zaman cinsel tercihi yönünde fiilde bulunmasına ihtiyaç yoktur.¹⁷²

Pedofil eğilimler, gerçekten bazı kişilerde çocuklara karşı cinsel istismara yol açabileceği gibi bazı kişilerde salt bir ilgi olarak da kalabilir. Çocuk cinsel istismarcıların hepsi pedofil olmadığı gibi tüm pedofillerde cinsel istismarcı değildir.¹⁷³ Cinsel istismar faili genel olarak istismar eylemleriyle tanımlanır iken pedofiller arzularıyla tanımlanır.¹⁷⁴ Cinsel istismar faili, istismar fiilini gerçekleştirirken, çocuğu çekici bulmaktan ziyade yetişkinlerle ilişkilerindeki sorunlar nedeniyle cinsel baskılanma içinde bulunmakta ve bu baskılanmasını çocuklarla yaşadığı ilişkilerle gidermeye çalışmaktadır.¹⁷⁵ Pedofiller, çocukları cinsel obje olarak kullanan kişilerdir.¹⁷⁶ Pedofilleri diğer çocuk cinsel istismarcılarından ayıran en temel özellikleri, çocuklara karşı hissettikleri cinsel dürtülerin ve bu dürtüler doğrultusunda çocuklara yaptıklarının yanlış olduğunu düşünmemeleridir.¹⁷⁷ Pedofiller, eylemlerini bir plan dâhilinde gerçekleştirmeleri, kurban seçiminde belli koşulların olup olmadığını araştırmaları ve buna göre kurbanlarını belirlemeleri, belirledikleri kurbanlar ile penetrasyonu daha az gerçekleştirmeleri bakımından da diğer cinsel istismar faillerinden farklıdır.¹⁷⁸

Pedofili, hukuki ya da adli bir kavram değil, kilinik bir tanıdır. Pedofiliyi ceza hukuku ve daha dar çerçevede çocukların cinsel istismarı suçu açısından değerlendirmek için öncelikle pedofilinin, kişilerin cezai sorumluluğunu etkileyebilecek türde bir davranış bozukluğu olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Pedofili, DSM-IV-TR (Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı) ölçütlerine göre cinsel sapıklık (parafili) tanımının içine girmektedir.¹⁷⁹ Tanı ölçütlerine göre pedofili, *“en az 6 aylık bir süre boyunca, kişide ergenlik dönemine girmemiş bir çocukla ya da çocuklarla cinsel etkinlikte bulunma ile ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin ya da davranışlarının*

¹⁷²OLE, Martin Moen, “The ethics of pedophilia”, Nordic Journal of Applied Ethics (2015), S. 9 (1), s. 111–124.

¹⁷³ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 47.

¹⁷⁴ MARTIN, “What Is Pedophilia?”, p. 1.

¹⁷⁵ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 47.

¹⁷⁶ POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, s. 207.

¹⁷⁷ POLAT, *Şiddet*, s. 167.

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, *Şiddet*, s. 168-172.

¹⁷⁹ POLAT, *Şiddet*, s. 164.

yineleyici bir biçimde ortaya çıkmasıdır.”¹⁸⁰ Genel kanı pedofilinin, bir akıl hastalığı olmadığı, yani kişinin kusur yeteneğini etkilemeyen bir hâl olduğu yönündedir.¹⁸¹ Pedofil bir kişinin muhakeme yeteneği tamdır. Tartışılacak nokta irade ve dürtü kontrolleridir. Cinsel dürtülerin baskılanması her birey için sorun teşkil edebilir.¹⁸² Pedofili olan bir kişinin de toplumdaki diğer kişiler gibi cinsel dürtülerini yasalarının ve toplumun çizdiği sınırlar içinde tutması gerekmektedir. Dolayısıyla bir pedofil eyleminden tam olarak sorumludur.¹⁸³ Ancak bu görüşe, pedofilinin dürtü kontrol bozukluğu olduğu, kleptomani ve piromani gibi suç unsuru taşıyan diğer dürtü kontrol bozukluğuna sahip bazı olgularda gidilen ceza indirimine pedofil bir kişinin de sahip olması gerekçesiyle karşı çıkanlar da vardır.¹⁸⁴

II. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Çocukların cinsel istismara maruz kalması tarihin çok eski dönemlerine ulaşacak kadar uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen, cinsel istismarın toplumlar tarafından ilgi odağı olması henüz kısa bir zaman önce başlamıştır. İlk uygarlık dönemlerinden itibaren savaşların doğal bir sonucu olan cinsel şiddet, çocuklara yönelik de gerçekleştirilmiştir.¹⁸⁵ Antikçağ’da Yunan savaşçıların, henüz ergenliğe erişmemiş erkek çocukları himaye etmek için veya sevgili olarak yanlarında tuttukları anlatılmaktadır.¹⁸⁶ Aynı zamanda bazı hastalıkların tedavi aracı olarak çocukla cinsel ilişkiye girilmesi¹⁸⁷ veya eşler arasındaki yaş farkının fazla olmasının daha uygun görüldüğü toplumlarda evlenme yaşının düşürülmesi¹⁸⁸ gibi çeşitli gerekçelerle de tarih boyunca çocukların cinsel istismara maruz kaldığı ifade

¹⁸⁰ERDOĞAN Ayten, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi*, 2010, C. 2, S. 2, s. 134.

¹⁸¹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 42; EVRENSEL Alper, ÖZŞAHİN Aytekin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2014, S. 15(Ek sayı.1), s. 46.

¹⁸²EVRENSEL, ÖZŞAHİN, “Bir Olgu Nedeniyle ”, s. 46.

¹⁸³ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 42.

¹⁸⁴ Bkz. EVRENSEL, ÖZŞAHİN, “Bir Olgu Nedeniyle ”, s. 46.

¹⁸⁵ TOPAL, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, s. 16.

¹⁸⁶ TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 33.

¹⁸⁷ Folklor tarihinde hekimlerin zührevi hastalığı olan kimselere hastalığın tedavisi için çocukla cinsel ilişkiye girmesini tavsiye ettiğine dair kayıtlar bulunmaktadır. Bu gün bu inanış özellikle Güney Afrika’da hâlen yaygın olduğuna ve 2000 yılında 67.000 çocuğa cinsel tecavüzde bulunulduğuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇU, *Cinsel İstismar*, s. 32.

¹⁸⁸ SAVAŞÇI, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 14.

edilmektedir. Ancak insanlık tarihi kadar eski olan cinsel suçların, mağduru bakımından daraltılmış hâli olan çocuk cinsel istismarının, ayrı bir suç olarak ve dolayısıyla çocuğun cinsel suçlar bakımından doğrudan mağdur olarak ele alınması oldukça yenidir.¹⁸⁹

Cinsel suçlar, gerek antik dönemlerde gerek ortaçağda gerekse din odaklı hukuk sistemlerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve şiddetli yaptırımlara tabi tutulmuştur.¹⁹⁰ Cinsel suçların cezalandırılmasıyla, toplumsal ve bireysel huzur ve güvenliğin amaçlanması yanında özellikle eski çağlarda cinsel suçların cezalandırılmasında yitirilmiş bir değer bir daha yerine konulamayacağı algısıyla hareket edildiği görülmektedir.¹⁹¹ Tarihi gelişim içerisinde cinsel suç faillerine, diyet, tazminat veya bağışlanma gibi istisnai durumlar saklı kalmakla birlikte kısırlaştırma, yakma, ölüm gibi ciddi yaptırımlar öngörülmüştür.

A. Batı Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Tarihi Gelişimi

Günümüz hukukunun ve özellikle burada incelenmekte olan cinsel suçlara ilişkin hükümlerin temelini oluşturan Roma Hukuk sistemi tarihi gelişim içerisinde önemli yer tutmaktadır.¹⁹² Roma hukukunda VII. yüzyıla kadar genel adaba ve cinsel ahlâka karşı tecavüzlerin cezalandırılması yetkisi aile reisi ve censor'lara bırakılmıştı. Ancak evlenmelerin azalması nedeniyle genel ahlâk ve adabın gevşemesi üzerine *lex julia de adulteriis* isimli bir kanun çıkarılarak zina (adulterium), evli olmayan kadınla cinsel ilişki (stuprum), fücur (incestus) gibi filler cinsel suç olarak düzenlenmiştir.¹⁹³ İmparatorluk döneminde ise ırza geçme, hürriyete karşı bir suç olarak kabul edilmiş ve kadına karşı yapılan iffetsiz hareketler başlangıçta müsadere, patriyarkal aile düzeni ile birlikte ise ölüm ile cezalandırılmıştır. Roma Hukukunun son dönemlerine doğru, kendi vesayeti altına bırakılan kimselerin ırzına geçilmesi durumu cezai yaptırımla karşılanmıştır.¹⁹⁴

¹⁸⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 58.

¹⁹⁰ KILIÇ, "Cinsel Hâkimiyet ...", s. 173.

¹⁹¹ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 288.

¹⁹² CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 358.

¹⁹³ DÖNMEZER, *...Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 22; DÜLGER, İbrahim, "Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Konya 2000, S. 6, s. 83.

¹⁹⁴ YARSUVAT, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar", s. 115-116.

Roma hukukunda cinsel suçlar bakımından çocuklara yönelik özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismarı, ırza geçme suçu kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Cermenlerde, esas olarak evlilik kurumunu korumak amacıyla ırza geçmek ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁹⁵ ırza geçme suçundan dolayı failin cezalandırılabilmesi kadının namuslu olması şartına bağlanmıştır. Fuhşu meslek edinen kadınlar, bu tarz fiillere şikâyet etmeksizin katlanma mecburiyetindedir.¹⁹⁶ Cermen hukukunda çocukların cinsel istismarı ile ilgili ayrı bir düzenleme bulunmayıp, ırza geçme suçu kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Ortaçağda, kişilerin ferdi ahlâki değerler kazanmasını sağlamak ve genel ahlâkı korumak amacıyla adap ve iffete tecavüz fiilleri suç olarak benimsenmiştir. Bu dönem ceza kanunlarında Hristiyanlığın gelişmesine koşut olarak dinin esintilerini görmek mümkündür. Suç ve günah kavramları arasında sınırlar çizilmemiş olup, gayri meşru cinsel münasebetler günah olarak nitelendirilip cezalandırılıyordu.¹⁹⁷ Görüldüğü üzere Ortaçağda da çocuğun doğrudan mağdur olarak ele alındığı cinsel suçlara yer verilmemiştir.

Eski Fransız hukuku (raptus violertum) ırza geçmeye ilişkin düzenlemeleri Roma hukukundan iktibas etmekle beraber cinsel saldırıya uğrayanın yaşını temel alarak farklı bir düzenlemeye gitmiştir.¹⁹⁸ Mağdurun yedi yaşından küçük olması hâlinde fiilin cebirle işlenmiş olduğu kabul edilmekte, yedi yaşından on iki yaşına kadar olan çocuklar için ise aksi delillerle ortadan kaldırılabilen bir karine teşkil etmektedir. Bu durumda faile verilecek ceza bakımında hukukçular arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım hukukçu cebrin mefruz olduğu tüm hâllere failin ölüm ile cezalandırılması gerektiğini savunurken bir kısmı bu cezaya karşı çıkmıştır.¹⁹⁹ 1791 tarihli kanunda, ırza geçme suçunun mağdurunun 14 yaşından küçük olması hâlinde suçun temel şekline göre cezanın iki kat artırılacağı belirtilmiştir. 1801 tarihli kanunda ise, bir küçüğün cebren kaçırılmasının ardından

¹⁹⁵ YARSUVAT, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar”, s. 118.

¹⁹⁶ DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1983, 5. Baskı, s. 47.

¹⁹⁷ YARSUVAT, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar”, s. 116-117.

¹⁹⁸ DÜLGER, “ırza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s. 84.

¹⁹⁹ DÖNMEZER, “... Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler”, s. 41.

tecavüz edilmesi hâlinde failin cezası, hem kaçırma hem de tecavüz filllerinden dolayı ayrı ayrı belirlenerek toplam ceza üzerinden tayin edilmiştir.²⁰⁰

İngiltere’de 1548 yılında erkek çocuklarını fiili livatadan koruyan bir yasa çıkarılmış, 1576’da ise on yaşının altındaki kız çocuklarına cebir yoluyla yapılan cinsel istismarı önlemeye yönelik kanun yapılmıştır.²⁰¹ Mağdur on yaşında ise, suçtan ziyade mağdurun yaşının kanıtlanması aranmış ve fail, mağdur çocuktan daha fazla korunmuştur. Ayrıca çocuğun tecavüze direnmediği durumlarda, kusurlu olan taraf çocuk olarak görüldüğü için suç oluşturan bir fiilin olmadığı kabul edilmiştir.²⁰²

18. yüzyıla kadar tüm Avrupa’da ahlâk ve adaba aykırı suçlarda genel olarak dinin yansımaları görülmekte, günah ve suç kavramları içi içe geçmiş bir hâlde bulunmaktadır. Esas itibarıyla ceza hukukunun tamamında hissedilen bu dini kimlikten arınma çabası da bulunmamaktadır. Bu nedenle günah sayılan, evlilik dışı ilişkiler şiddetli cezalarla karşılanmaktadır.²⁰³ 18. yüzyıldan itibaren ceza hukuku, dinin ve ahlâkın öznesi olmaktan uzaklaşmaya başlamıştır.²⁰⁴ Böylece ceza kanunu, dinin günah ve ahlâkın ayıp saydığı fiilleri cezalandırmaktan uzaklaşmıştır. Özellikle 19. yüzyılda hukukun ahlâk ve dinden ayrılmasıyla evlilik dışı cinsel ilişkiler, ancak başkasına zarar verdiği veya alenen işlenerek başkasının edep ve iffet duygusuna bir saldırı teşkil ettiği takdirde ahlâk ve adaba aykırı suç sayılacaktır.²⁰⁵ Bu dönemde ceza yasalarının düzenleniş sırasında sadece bir başkasının zarar görmesi, şiddete maruz kalması, özgürlüğünden yoksun bırakılması, yaralanması veya öldürülmesi gibi sonuçların göz önünde bulundurulması ve bu sayılanların dışında kalan davranışlara müdahale edilmemesi esastır.²⁰⁶ Buna karşılık Almanya Avusturya Macaristan ve bazı Anglo-Sakson ülkeleri sırf kişisel ahlâka aykırı bulunan bazı hareketleri mevzuatlarında tutmaya devam etmiştir. 20. yüzyılda genel adap ve ahlâka karşı suçlar bakımından bazı değişiklik yaşanmış olsa bile 19. yüzyıldaki genel yaklaşım tarzı korunmuştur.²⁰⁷

²⁰⁰ DÖNMEZER, “... Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler”, s. 41.

²⁰¹ SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), s. 14.

²⁰² SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), s. 14.

²⁰³ DÖNMEZER, ...*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 24; CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 373.

²⁰⁴ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 373.

²⁰⁵ DÖNMEZER, ...*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 25.

²⁰⁶ CAN, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası*, s. 373.

²⁰⁷ DÖNMEZER, ...*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 25.

B. İslam Hukukunda Çocukların Cinsel İstismar Suçunun Tarihsel Gelişimi

İslam hukukunda cinsel suçlar, topluma karşı işlenen suçlar (had suçları²⁰⁸) başlığı altında düzenlenmiştir. Rızaya dayalı olan ya da olmayan bütün gayri meşru cinsel ilişkiler zina suçu kapsamında düzenlenip, cezalandırılmıştır.²⁰⁹ Bununla birlikte, İslam hukukunda kastedilen zina, günümüzde algılandığı şekliyle sadece eşler tarafından işlenen suç olmaktan ziyade, ister evli isterse bekâr tarafından gerçekleştirilsin yasaklanan her türlü cinsel temas olarak ifade edilmektedir.²¹⁰

Zinanın tanımına ilişkin olarak mezhepler arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.²¹¹ Ancak bu farklılıklarla beraber tüm mezheplerin zina konusunda uzlaştığı nokta, “zinanın kasıtlı olarak yapılan yasak birleşimler”²¹² olduğudur. Genel olarak zina, “*aralarında nikah akdi veya evlilik şüphesi (batıl ya da fasid nikah akdi) ya da mülkiyet ilişkisi (efendi- cariye) bulunmayan kadınla erkeğin kendi rızalarıyla cinsel ilişkide bulunmaları*”²¹³ olarak ifade edilmektedir. İslam hukuku zinayı, neseplerin zayi olması, aile düzenin sarsılması, toplumun iffet ve temizliğinin, ahlâki değerlerinin kaybolmasına neden olduğu için cezalandırmaktadır.²¹⁴ Çünkü İslam hukukunda zinanın cezalandırılması, kişilerin menfaatlerini korumaktan ziyade toplum menfaatlerini korumaya ilişkin bir meseledir. Zinanın yasak olduğuna dair hüküm, İslam hukukunun temel kaynağı olan Kuran’da “*zinaya da yaklaşmayın, çünkü o pek çirkindir ve kötü bir yoldur.*”²¹⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

İslam hukuku zina suçu bakımından mağdurun yaşı ile ilgili bir genelleme yapmamıştır. Dolayısıyla yaşına bakılmaksızın çocuklar dâhil, cebren ilişki kurulan

²⁰⁸ Hadler, kamu yararını ve düzenini korumaya yönelik bir ceza olması itibarıyla İslam hukukunda Allah ve toplum hakkı olarak kabul edilir. Bu sebeple hadlerin yerine getirilmesinde kamu yararı düşüncesi bulunmaktadır. Hadler; zina, zina iftirası, içki içme, hırsızlık, yol kesme, isyan ve dinden çıkma olmak üzere yedi tanedir. Bkz. CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Sayram Yay., 4. Baskı, 2011, s. 255-256; KÖROĞLU Mehmet, *İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar*, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Erzurum 2015, S. 43, s. 216.

²⁰⁹ DÜLGER, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s. 84.

²¹⁰ UDEH, Abdulkadir, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Çev.: NURİ, Akif, İhya Yay., C. 3, 1978, s. 211.

²¹¹ Bkz. UDEH, “*İslam Ceza Hukuku...*”, s.215-216; AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yay., 2. Baskı, Konya 2014, s. 200-201.

²¹² UDEH, “*İslam Ceza Hukuku...*”, s. 216.

²¹³ CİN, AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 256.

²¹⁴ ERTURHAN Sabri, “İslam Hukukunda Suçla Mücadele Yöntemleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2007, S.9, s. 110.

²¹⁵ İsrâ Suresi 32. Ayet. Kuran’da zinanın yasak olduğuna dair diğer ayetler için bkz. Nur Suresi 25. Ayet, Mümtahine Suresi 12. Ayet, Furkan Suresi 68. Ayet.

herkes bu suçun mağduru olacaktır.²¹⁶ Akil ve baliğ olan bir kişinin küçük bir kız çocuğuyla cinsel ilişkide bulunması durumunda, kişinin fiili zina sayılacağı için bu kişiye had cezası uygulanması gerekmektedir. Ancak cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan fiiller bakımından had cezası uygulanmaz, bu durumda tazir cezası verilir.²¹⁷ İslam hukukunda bir fiilin zina olarak nitelenebilmesi için duhul şarttır. Cinsel birleşmeye engel bulunmamasına rağmen birleşme gerçekleştirilmeden farklı şekillerde cinsel tatmine ulaşılması hâlinde zinadan dolayı ceza verilmez.²¹⁸ İslam hukukunda, çocukların cinsel suç mağduru olması durumuna ilişkin ayrı bir suç tayin edilmediği için çocukların cinsel istismarına ilişkin değerlendirmeler zina suçu kapsamında ele alınmalıdır.

Zina suçunun işlendiğinin ispatı üç şekilde olmaktadır. Bunlar; zina eden kişiyi sahih ikrar ile dört kere zina ettiğini söylemesi ve had cezası uygulanıncaya kadar bundan dönmemesi, hür ve adalet sahibi dört Müslümanın zina olayının gerçekleştiğine dair açık ve net bir şekilde şahitlik yaptığı ve hamilelik durumudur.²¹⁹

Zina suçunun yaptırımı İslamiyet'in başlarında evde hapsedilme ve eziyet şeklindeydi.²²⁰ Daha sonra zina suçuna, tanıkların beyanlarıyla ya da ikrarla sabit olduğu takdirde evli veya bekar olma statüsüne göre celde²²¹, sürgün veya recm²²² cezaları verilmiştir.²²³ Evli olmayanlara, Kuran'ı Kerimde belirtildiği üzere yüz

²¹⁶ KONAN, Belkis, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", *OTAM Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s. 154.

²¹⁷ AVCI, "Osmanlı Ceza Hukuku..", s. 253.

²¹⁸ BELGESAY, Mustafa Reşit *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat, İçtihatlar, Tatbikat*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1963, s. 97.

²¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MALİKİ Abdurrahman, *İslam Hukukunda Ceza*, 1. Basım, 2002, s. 58-71. http://www.hilafet.com/kitaplar/Islam_Hukukunda_Ceza/index.htm(19.04.2016); CİN, AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 304; AVCI, belirtilen ispat yollarına ek olarak bilirkişi (jinekolog) ve filmin de delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. AVCI, "Osmanlı Ceza Hukuku...", s. 246-253.

²²⁰ Nisa Suresi 15, 16. Ayetler "Kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı içinizden dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse onları evlere kapatın. Bu, ölüm canlarını alıncaya ya da Allah onlara bir yol açıncaya kadar böyle gitsin. İçinizden bu suçu işleyen çiftlere eziyet edin. Eğer tevbe edip kendilerini düzelterek olurlarsa bırakın. Allah tevbeleri kabul eder, ikramı boldur."

²²¹ Nur Suresi 2. Ayet "Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz sopa vurun; Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah dinini tatbik hususunda sizi sakın acıma duygusu kaplamasın! Müminlerden bir grup da onlara uygulanan cezaya şahit olsun."

²²² Zina suçunun yaptırımı olan sürgün ve recm cezaları Kuran'ı Kerimde değil, hadislerde belirtilmektedir. Müslim, Ebu Davud, Tirmizi'den rivayet edildiğine göre "Alın benden Allah onlar için bir yol koymuştur. Bakirenin bakire ile zinası yüz sopa ve bir yıl sürgün, evlinin evli ile zinası yüz sopa ve taşla recmdir." (Akt. UDEH, "İslam Ceza Hukuku...", s.227; MALİKİ Abdurrahman, *İslam Hukukunda Ceza*, s. 45-47.)

²²³ OSMANAĞAOĞLU, "...Zina Suçu ve Cezası", s. 121; DÜLGER, "İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", s.89; AVCI, "Osmanlı Ceza Hukuku...", s. 253; MALİKİ Abdurrahman, *İslam Hukukunda*

değnek cezası, hadiste belirtildiği üzere bir yıl sürgün cezası uygulanır. Evli olanın bir başka deyişle muhsan olanın cezası ise hadiste belirtilen yüz değnek sopa ve recmdir.²²⁴ Ancak İslam'ın sonraki dönemlerinde zina cezası olarak kadına, tecavüz edenle evlenme seçeneği sunulmuş, kabul etmemesi durumunda emsallerine ödenen mehrin ödenmesi sağlanarak farklı yaptırımlara gidildiği görülmüştür.²²⁵

C. Türk Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Tarihi Gelişimi

Türk hukukunda cinsel istismar suçunu değerlendirmek için öncelikle İslamiyet öncesi ve sonrası şeklinde bir ayırım yapmak gerekmektedir. İslamiyet öncesi Türk toplumlarında cinsel suçlar ve dolayısıyla çocukların mağduru olduğu cinsel istismar suçu hakkında detaylı bilgi bulunmamaktadır. Göktürk devletinde, gayrimeşru münasebet (zina) suç olarak kabul edilip, idam cezasıyla karşılanmıştır. Moğol devletinde yargıçların karar verirken dayandığı Cengiz Han Yasası'nda da zina, livata suç olarak düzenlenmiş ve bu fiilleri işleyenlerin cezası idam olarak belirlenmiştir.²²⁶ Genel olarak Türk toplumlarının tümünde gayri meşru cinsel ilişkiler, ırza geçme fiilleri toplumun tümünü olumsuz etkileyen suçlar olarak nitelendirilip, cezalandırılmıştır.²²⁷ İslamiyet'in kabulüyle birlikte suç ve cezaların belirlenmesine ilişkin kurallar İslam hukukuna göre tayin edilmiştir. Bundan dolayı cinsel suçlar ve bunların cezaları da İslam hukuku kuralları çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bir İslam Devleti olmasından dolayı Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminin temeli, İslam hukuku hükümlerine dayanmaktadır. Bununla birlikte Osmanlı hukukunun bir parçasını da, İslam hukukunun “veliyyülemr” denilen yetkili makama

Ceza, 1. Baskı, 2002, s. 46; CİN, Hâil, AKGÜNDÜZ, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 304.

²²⁴ Evlilere veya dul olanlara recm cezasının uygulanması konusunda İslam uleması arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır Ancak evliler zinasında recmle beraber celdenin de uygulanıp uygulanmaması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARABULUT, Fuat, “Recm Cezasının Hz. Peygamber'in Uygulamaları Işığında Değerlendirilmesi”, *EKEV Akademi Dergisi*, 2012, Y. 16, S. 50, s. 93 vd.

²²⁵ KONAN, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, s. 156.

²²⁶ CİN, AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 83,104; “Evli olsun, bekâr olsun gayri meşru münasebette bulunan, idam cezasına mahkûm olur. Keza livata cürümünü işleyen de ölüm cezası ile cezalandırılır.” Cengiz Yasası'nın cezai maddeleri için bkz. ARSAL, Sadri Maksudi, “Çengiz'in Yasası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1947, s. 169. <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/347.pdf> (20.06.2016)

²²⁷ DÜLGER, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s.84.

(halife, devlet başkanı gibi) verdiği bazı şeri hükümleri sınırlama, uygulama, devlet ve toplum menfaati gerektiriyorsa zayıf addedilen hükümleri kuvvetlendirme gibi yetkilere dayanılarak oluşturulan örfi hukuk oluşturmaktadır.²²⁸ Cinsel suçlar bakımından, İslam hukukunda uygulanan zinaya ilişkin hükümler Osmanlı Devleti için de geçerlidir.²²⁹ Ayrıca zina suçu, Fatih, II. Beyazıd, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamelerinde de düzenlenmiş ve devletin resmî mezhebi olan Hanefî mezhebine uygun olarak tanımlanmıştır. Ancak Kanunnamelerde zina suçunun cezası olarak para cezası ve ırza geçen tenasül uzvunun kesilmesi şeklinde İslam hukukunda öngörülenden farklı yaptırımlara da yer verilmiştir.²³⁰

Osmanlı devleti, Tanzimat dönemi ile birlikte batı medeniyetini rehber edinerek sosyal alanda, özellikle hukuk alanında önemli reform çalışmaları gerçekleştirmiştir.²³¹ Bu reform çalışmalarının yansımalarının Osmanlı Ceza Hukuku alanında da görülmek mümkündür. Tanzimat Fermanının ilanını takip eden süreçte 1256 (1840) tarihli “Kanun-i Ceza”, 1267 (1851) tarihli “ Kanun-i Cedit” ve 1274 (1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu” çıkarılmıştır. 1840 tarihli Kanun-i Ceza’da ırz ve namus gibi temel hakların korunması konusuna sadece değinilmekle yetinilmiştir. 1851 tarihli Kanun-i Cedit’te Faslı Sani’nin ikinci maddesinde ırz ve namusa saldırı olması durumunda şeri hükümlere göre had cezasının uygulanması; suçların tazir cezası gerektirecek durumda kalması hâlinde suçu işleyen sosyal durumuna göre ceza tayin edilmesi öngörülmüştür.²³² 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’da, cinsel suçların ayrıntılı olarak ele alınması diğer kanunlardan önemli bir farklılık arz etmektedir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan tercüme edilen bu kanunda ırza geçme suçu “Hetk-i Irz Edenlerin Mücizâtı Beyanındadır” başlığı altında 197 ila 200. maddeler²³³ arasında düzenlenmiştir.²³⁴ Kanunun 197. maddesi

²²⁸ CİN, AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 156.

²²⁹ Çocukların cinsel istismarı suçu, İslam hukukunda zina suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. KONAN, “ Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, s. 154; UDEH, “*İslam Ceza Hukuku...*”, s. 227.

²³⁰ Kanunnamelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KONAN, “ Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, s. 157-162; AVCI, *Osmanlı Ceza Hukuku...*, s. 221, 227; CİN, AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 321-325.

²³¹ GÖKCEN, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Cezai Müeyyideler*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, s. 16.

²³² GÖKCEN, “*Tanzimat Dönemi Osmanlı...*”, s. 33.

²³³ AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, C.1, 2011, s. 646. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun madde 197 “*Her kim*

on bir yaşından küçük olan çocukların ırzına geçilmesini, 198. maddesi ise, bir erkeğin zorla bir kimsenin ırzına geçmesi durumu düzenlenmiştir. 199. maddede, nitelikli hâl olarak ırza geçmenin denetim ve gözetim yetkisine sahip veli, mürebbi veya hizmetkârlar tarafından işlenmesi hâline yer verilmiştir. Son olarak 200. madde ile bu suçun bakirelere karşı işlenmesi durumu ele alınmıştır.

1.3.1926 tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, liberal ve demokratik bir devletin ceza kanunu olan Zanardelli Kanunu'nun²³⁵ ışığı altında ancak cinsel suçlara ilişkin hükümler bakımından esas itibarıyla 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayundan alınarak oluşturulmuştur.²³⁶ Çocukların mağduru olduğu cinsel suçlar, 765 sayılı TCK'nın "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlıklı sekizinci babının "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler" başlıklı birinci faslında 414-418. maddelerde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK beşeri cinselliğin yansıması olan bu suçları geçitli suç olarak görmüş ve cinselliğin her aşamasını ayrı bir suç olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda söz atma, sarkıntılık, ırza tasaddi, ırza geçme suçları kast esas alınarak birbirinden ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir.²³⁷

765 sayılı TCK'nın 414. maddesinde²³⁸ on beş yaşından küçük olan kişiye karşı işlenen ırza geçme suçunun basit ve nitelikli hâli düzenlenmiştir. 415.

on bir yaşından aşağı bir çocuğa fiil-i şeni' icra eyler ise, altı aydan ekall olmamak üzere muvakkaten hapis cezasıyla mücazat olunur"

Madde 198 "*Bir adam bir kimseye cebren fiil-i şeni' icra eder yani ırzına geçer ise muvakkaten küreğe konulur"*

Zeyl (3 Cemaziyeluhra 1277) "*Böyle cebren fiil-i şeni' icrasına tasaddi edip de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle fiile çıkmamış olur ise üç aydan ekall olmamak üzere hapis cezasıyla mücazat olunur."*

Madde 199 "*Cebren fiil-i şeni' icrası, buna duçar olanların üzerlerine hükümleri duçar olan mürebbileri veyahut velileri veyahut aylıklı hizmetkarları tarafından vuku bulur ise beş seneden ekall olmamak üzere kürek cezasına hükmolunur."*

Madde 200 "*Eğer böyle cebren fiil-i şeni', henüz ere tezvic olunmamış bir kız hakkında vuku bulur ise, buna mütecasir olan kimse işbu kürek cezasından başka tazmin vermeye dahil müstehak olur."*

²³⁴ DÜLGER, "Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", s. 93

²³⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 156.

²³⁶ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 68.

²³⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, USA Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 155.

²³⁸ "*Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm 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 hâlde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz."

maddede²³⁹ on beş yaşından küçük olan kişiye karşı ırza tasaddi suçu bulunmaktadır. 416. maddede²⁴⁰ on beş yaşını bitiren bir kişiye karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ele alınmıştır. Bu madde kapsamında on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ırza geçme ya da ırza tasaddi suçlarının oluşabilmesi için cebir, şiddet veya tehdit kullanılması yahut suçun, akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya hileli vasıtalar kullanıldığı için mağdurun fiile karşı koyamayacak durumda olmasından faydalanmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 417. madde²⁴¹ ile suçun failinin şahsından kaynaklanan nitelikli hâlleri, 418. maddede²⁴² cezayı artıran fiile bağlı hâller belirtilmiştir.²⁴³ Ayrıca 424. maddede²⁴⁴ mağdur kişinin sosyal statü ve mevkileri ile saldırının önemine ve şiddetine göre mahkemece ayrıca tazminata hükmedileceği, ortak hükümlerden 437. madde²⁴⁵ ile de tecavüz fiilini işleyen kişinin veli olması hâlinde velayet hakkını kaybedeceği, vasi olması hâlinde vasilikten çıkarılacağı belirtilmiştir.

765 Sayılı TCK süreç içerisinde birçok değişiklik²⁴⁶ geçirerek 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 Sayılı TCK yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır. Bu tarihten itibaren yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'da çocukların cinsel istismarı suçu,

²³⁹“Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammun bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur”

²⁴⁰“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 edemeycek bir hâlde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

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

²⁴¹ “Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düçar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.”

²⁴² “Yukarki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.

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

²⁴³ DÜLGER, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s.93.

²⁴⁴ “Bu fasılda beyan olunan cürümlerde mağdur olanların içtimai mevki ve vaziyetlerine ve tecavüzün şümül ve mahiyeti derecesine göre mahkemece takdir edilerek tazminat dahi ayrıca hüküm olunur.”

²⁴⁵“Yukarıdaki fasıllarda tayin olunan cürümlerden dolayı mahkum olan usul, kendilerine tecavüz olunan firuun şahısları ve malları üzerinde kanunun bahş eylediği velayet hakkını zayi ederler ve bu cürümlerden dolayı mahkum olan vasilerde vasilikten çıkarılır.”

²⁴⁶ 765 sayılı TCK'yı köklü bir değişikliğe tabi tutmak için çeşitli reform çalışmaları yapılmıştır. Bunlar; 1958 tarihli TCK Layihası ve ilk metni 1987, ikinci metni 1989 yılında yayınlanan, TCK Öntasarısı ve 1997 tarihli Ceza Kanunu Tasarısıdır. Bu çalışmalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DÜLGER, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, s.96-104.

kanunun İkinci Kitabı'nın, Kişilere Karşı Suçlar Kısmında “ Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümünde “Çocuk Cinsel İstismarı” başlıklı 103. maddesinde²⁴⁷ düzenlenmiştir. 103. Maddenin birinci fıkrası suçun temel şekline; ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkrası daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâllere; beşinci ve altıncı fıkralar ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllere ilişkindir.

Kanun koyucunun 765 ve 5237 Sayılı TCK'lar arasında suçun düzenlendiği yer bakımından farklı düzenlemeye gitmesi, esas itibarıyla cinsel suçlara bakış açısındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.²⁴⁸ 765 sayılı TCK cinsel suçların, bireysel veya ahlâki boyutundan çok toplumsal boyutuyla ilgilenmiştir. Bu nedenle bu kanunda cinsel suçlar, “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında ele alınmıştır. Böylece cinsel suçların toplumsal yönü göz önünde bulundurularak genel adabın korunması amaç edinilmiştir.²⁴⁹ 5237 sayılı Kanun cinselliğin hukuka aykırı bireysel ve toplumsal tezahürlerini ayırarak, bireysel tezahürleri “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında,

²⁴⁷ “(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 cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

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

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

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

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

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

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

²⁴⁸ ŞİMŞEK, Alahattin, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 28, s. 314.

²⁴⁹ HAFIZOĞULLARI, “Beşeri Cinsellik...”, s. 2.

toplumsal tezahürleri de “Topluma Karşı Suçlar” kısmında, “Genel Ahlâka Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlemiştir.²⁵⁰ 5237 sayılı Kanunda ise cinsel suçların düzenlendiği yer de dikkate alındığında korunmak istenen hukuki yarar, genel adaptan ziyade bireyin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır.²⁵¹

Son olarak belirtilmelidir ki, 5237 Sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin hükümler, 6545 Sayılı *Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*’un 58. ve 59. maddeleri ile bazı değişikliğe uğramıştır.²⁵²

III. MUKAYESELİ HUKUKTA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

Mukayeseli hukukta, çocukların cinsel istismarına ilişkin yasal düzenlemeler ve bu suçla mücadele yöntemleri farklılık içermektedir. Bazı ülkeler cinsel istismara bağımsız bir suç olarak yer verirken, bazı ülkeler cinsel istismarı, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Çocukların cinsel rüşte erişebilecekleri yaş, ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Bu nedenle cinsel istismar suçunun mağduru da, her ülkede farklı yaş kategorisinde belirlenmiştir. Bununla birlikte çocukların cinsel istismarına uygulanan yaptırımın ağırlığı da her ülkede farklı şekilde tayin edilmiştir. Bazı ülkelerde suçun karşılığında müebbet hapis cezası şeklinde ağır bir yaptırım öngörülmüşken, bazı ülkelerde beş yıla kadar hapis cezası şeklinde çok daha hafif yaptırım öngörmüştür. Ülkeler arasındaki bu farklılıklar genel olarak, ülkelerin toplumsal yapısı ve suç ve ceza politikalarıyla ilgilidir.²⁵³

Çalışma kapsamında Alman, İtalyan, Fransız, İsveç ve İngiliz hukukunda, çocukların cinsel istismarının görünüm şekilleri incelenmiştir.

²⁵⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 157-158.

²⁵¹ 5237 Sayılı TCK’da çocukların cinsel istismarı suçu ile korunmak istenen hukuki yarar hakkında detaylı bilgi İkinci Bölümde verilecektir.

²⁵² 6545 sayılı Kanun ile cinsel suçlara yönelik yapılan değişiklikler İkinci Bölümde ele alınacaktır.

²⁵³ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 96.

A. Alman Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Alman Ceza Kanunu'nda çocuklara yönelik cinsel suçlar, Kanun'un, "Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar" başlıklı 13. bölümünde, "Himayesine Verilen İnsanın Cinsel İstismarı" başlıklı 174. maddesi ile "Çocukların Cinsel İstismarı" başlıklı 176. maddesinde düzenlenmiştir.²⁵⁴ Suçun düzenlendiği yerin suçla korunan hukuksal yarar hakkında bilgi verdiği göz önünde bulundurularak Alman Ceza Hukukunda cinsel suçlarla korunmak istenen yararın, kişinin cinsel davranışını serbestçe belirlemesi, başka bir ifadeyle "*cinsel özerkliği*"²⁵⁵ olduğu söylenebilir.

174. maddeye göre, yetiştirmek, eğitim ve bakım için kendisine teslim edilmiş on altı yaşından küçük olan bir çocukla ya da yetiştirme, eğitim veya bakım ile alakalı olarak var olan nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle on sekiz yaşından küçük olan çocukla cinsel ilişkiye giren yahut henüz on sekiz yaşına ulaşmamış olan biyolojik veya evlat edindiği çocuğu ile cinsel ilişkiye giren kişiye, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası hükmolunur.²⁵⁶

Kanunun 176. maddesi çocukların cinsel istismarı suçunun temel şeklini, 176a maddesi bu suçun nitelikli hâllerine ve 176b maddesi ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlini düzenlemiştir. Buna göre, her kim on dört yaşından küçük olan bir çocuk üzerinde cinsel davranışta bulunursa veya çocuğa bu tür davranışları kendi vücudu üzerinde yaptırırsa altı aydan on yıla kadar cezalandırılır.²⁵⁷ Kanun koyucu cinsel davranışlar bakımından rıza ehliyetini on dört olarak belirlemiştir.²⁵⁸ On dört yaşının altında olan çocukların rızalarına bir değer atfetmemiştir. On dört yaşını tamamlamamış çocukların karşılıklı rıza ile cinsel davranışta bulunursa, henüz suç

²⁵⁴ YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yay., 2. Baskı, 2015, s. 266.

²⁵⁵ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 103.

²⁵⁶ Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany (1950, amended 2015) (English version) <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (24.04.2016)

²⁵⁷ YENİSEY, PLAGEMANN, *Alman Ceza Kanunu*, s. 271-272. Alman Ceza Kanunu'nun 12. Maddesine göre, ağır bir suçun yaptırımı minimum bir yıldan başlar. 176. Maddede öngörülen ceza miktarının alt sınırının altı ay olarak tayin edilmesi çocukların cinsel istismarının ağır bir suç olarak görülmediğini gösterir. Bu durum Alman doktrininde 2003 yılında kanunun ilgili kısmının değiştirilmesi sırasında yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Hükümde bir değişikliğe gidilmemiştir, ancak ciddi olan davalarda cezanın alt sınırını bir yıldan tayin ederek durum dengelenmeye çalışılmıştır. ELSA for Children Final Report, ELSA Germany, s.420.

²⁵⁸ DÖNMEZER, Sulhi, "Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı", Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. I, Ankara 2008, s. 270.

işleme kapasiteleri bulunmadığı için bu durumun cezai sonucu bulunmamaktadır.²⁵⁹ Maddenin devamında TCK'nın 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçu ve 227. Maddesinde düzenlenen fuhuş suçuna paralel hükümler yer almaktadır. Bu suçlar için öngörülen zaman aşımı mağdurun on sekiz yaşını doldurması ile başlamaktadır.²⁶⁰

176a maddesinde suçun, on dokuz yaşını tamamlamış bir kişinin çocukla cinsel ilişkiye girmesi veya vücuduna bir şey sokması veya bu davranışları kendi üzerinde yaptırması, fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, çocuğun sağlığının ağır bir şekilde bozulması veya bedensel veya ruhsal gelişimin ağır bir zarar tehlikesine maruz kalması, fiili gerçekleştirilirken çocuğa ağır bir şekilde kötü davranılması veya ölüme maruz bırakılması gibi hâller cezayı ağırlaştıran nitelikli hâller olarak düzenlenmiştir. Bu durumların hiç birinde gerçekten bir sağlık hasarının ortaya çıkması gerekmemektedir, somut bir tehlikenin varlığı sorumluluğun doğması için yeterlidir.²⁶¹

176b maddesinde ise, en az ağır dikkatsizlik veya ilgisizlik nedeniyle, cinsel istismar fiili neticesinde çocuğun ölümüne sebebiyet verilmesi hâlinde kişiye, müebbet hapis veya on yıldan az olmak üzere hapis cezası verileceği ifade edilmiştir.²⁶²

B. İtalyan Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

İtalyan Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, kişilere karşı suçlar arasında, kişi özgürlüğüne karşı suçlar başlığı altında "Cinsel Şiddet" suçu olarak düzenlenmiştir. Cinsel şiddet suçunun temel hâli, Kanun'un, 609-bis maddesinde düzenlenmiştir. 609-ter maddesi bu suçun çocuklar bakımından ağırlaştırıcı nedenlerini, 609-quarter maddesinde "küçüklerle cinsel davranışlar" suçu, 609-quinquies maddesinde ise "çocuk istismarı" suçu ele alınmıştır.²⁶³ İtalya'da cinsellik, toplumun sağduyusunu ve ahlakını rahatsız eden ve zevkleri açığa çıkaran uygunsuz ve ahlaksız bir yol olarak

²⁵⁹ ELSA for Children Final Report, ELSA Germany, s.423.

²⁶⁰ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 103.

²⁶¹ ELSA for Children Final Report, ELSA Germany, s.424.

²⁶² Alman Ceza Kanunu m. 174 ve 176'nın tamamı için bkz. YENİSEY, PLAGEMANN, *Alman Ceza Kanunu*, s. 266 vd. ; <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

²⁶³ Global Progress Survey on Violence Against Children, http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/global_survey/responses/italy/unvac_survey_italy.pdf (21.08.2016)

değil, fakat özgür bir seçim olarak, kişiliği ve karakteri ifade etmek için bir yol olarak düşünüldüğü için cinsel suçlar, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.²⁶⁴

609-bis maddesinde cinsel saldırı suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Buna göre, cebir, tehdit veya otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir başkasını cinsel davranışlar yaptırmaya veya buna katlanmaya zorlamak beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Çocukların cinsel istismarı ise, 609-ter maddesinde cinsel saldırı suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Buna göre, eğer 609-bis maddesinde belirtilen fiiller on dört yaşını bitirmemiş kişilere karşı veya üst soy, ebeveyn, evlat edinen ya da vasi tarafından on altı yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlendiğinde yahut fiilin ağır şiddetle veya tekrarlanması suretiyle çocuğun ağır bir zararına sebebiyet vermesi hâlinde altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Fiilin on yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlenmesi durumunda ceza yedi yıldan on dört yıla kadardır.²⁶⁵

609- quarter maddesinde cinsel saldırı niteliğinde olmayan ancak çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel fiiller; on dört yaşını bitirmemiş kişiye veya bu fiillerin on altı yaşını bitirmemiş çocuklara karşı üst soy, ebeveyn, evlat edinen veya onun birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye ve gözetiminden sorumlu kişi tarafından işlenmesi hâlinde 609-bis maddesinde belirtilen ceza öngörülmüştür. Maddenin devamında on altı yaşından küçük çocuklara 609-quarter maddesinde belirtilen kişilerin sahip oldukları pozisyonu kötüye kullanması suretiyle cinsel davranışları gerçekleştirilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu madde kapsamında 13 yaşındaki bir çocuğun, bir başka çocukla, aralarındaki yaş farkı üçü aşmadığı hâllerde, cinsel saldırı dışında kalan cinsel davranışları bakımından cezalandırma yoluna gidilmeyeceği belirtilmiştir. Mağdurun on yaşını bitirmemiş olması hâli ise maddenin son fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

TCK'nın "Müstehcenlik" başlıklı 226. maddesinde düzenlenen hükümlere benzer düzenleme İtalyan ceza kanununda 609-quinquies maddesinde çocuk istismarı olarak yer almaktadır. Genel olarak suçun temel şekli, on dört yaşındaki bir çocuğun huzurunda cinsel davranışta bulunma, 14 yaşındaki çocuğun cinsel davranışta bulunmaya veya katlanmaya sürüklenmesi amacıyla cinsel davranışın

²⁶⁴ ELSA for Children Final Report, ELSA Italy, s.666.

²⁶⁵ GARGANO, Oria, "National Analysis Italy", European Woman's Lobby, s. 44.

yapılması sırasında hazır bulunmasını sağlama veya pornografik malzeme gösterme olarak düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile kasıtlı olarak yapılan teşhirciliğin suç olduğu düzenlenmiştir.²⁶⁶

İtalya’da cinsel ilişkiye rıza yaşı 609 ter maddeye göre on dördtür. Irza geçme fiili üst soy, evlat edinen, vasi, küçük üzerinde eğitim gözetim ve muhafaza ile yükümlü veya beraber yaşayan kimse tarafından gerçekleştirilirse on altıdır. Erkek ve kadınlar arasındaki eş cinsel ve lezbiyen ilişkilerde de genel olarak on beş- on altı yaş sınırı geçerlidir.²⁶⁷

C. Fransız Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Çocukların cinsel istismarı suçu, Fransız Ceza Kanunu’nda “Kişilere Karşı Suçlar ve Kabahatler” başlıklı ikinci kitabın, “Kişinin Ruhsal ve Fiziksel Bütünlüğüne Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde, “Cinsel Saldırı ve Ortak Hükümler” başlıklı üçüncü kısımda düzenlenmiştir. Bununla birlikte Kanunun “Aileye ve Küçüklere Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü bölümünde, “Çocukları Tehlikeye Koyma” başlıklı beşinci kısımda da çocuğa yönelik cinsel suçlar yer almaktadır.

Kanunun 222-22 ve devamı maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı suçu; tecavüz (m.222-23 - m.223-26), diğer cinsel saldırılar (m.222-27- m.227-32) ve cinsel taciz (m. 222-33) olarak üç başlık altında ele alınmıştır. Cinsel saldırı, cebir, baskı, tehdit veya hile ile gerçekleştirilen her türlü cinsel eylemdir. Çocukların cinsel istismarı, 222- 23 maddesinde düzenlenen tecavüz suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir. Buna göre, cebir, baskı, tehdit veya hile ile gerçekleştirilen cinsel penetrasyon fiili tecavüz suçunun temel şeklini oluşturmaktadır. Tecavüz on beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Tecavüz suçun on beş yaş altındaki çocuklara karşı işlenmesi durumunda yirmi yıl hapis cezasına hükmolunur. 222- 25 maddede ise bu suçun mağdurun ölümüne sebebiyet vermesi hâli düzenlenmiştir. Bu durumda ceza, otuz yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir.

²⁶⁶ELSA for Children Final Report, ELSA İtaly, s. 678.

²⁶⁷ DÖNMEZER, “ Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, s. 270.

Madde 222-27’de tecavüz dışındaki diğer cinsel saldırı suçlarının temel şekli düzenlenmiştir. Bu suçların cezası beş yıl hapis ve 75.000 € para cezasıdır. Tecavüz dışında diğer cinsel saldırıların on beş yaş altındaki çocuğa karşı işlenmesi hâlinde ise yedi yıl hapis ve 100.000 € para cezasına hükmolunur. Bu suçların; yaralama veya sakatlamaya sebep olması, kişinin yasal, doğal veya evlat edindiği çocuğu üzerinde veya mağdur üzerinde otoritesi bulunan herhangi bir kişi tarafından işlenmesi, kişinin pozisyonunun verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, silah kullanılarak veya mağdurun cinsel yöneliminden dolayı işlenmesi hâlleri 222-29 maddesinde suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâlleri olarak düzenlenmiştir.²⁶⁸

Kanun koyucunun, Kanun’un “ Çocukları Tehlikeye Koyma “ başlıklı beşinci kısmında cinsel istismar filleri açıklarken, Türk hukukunda olduğu gibi, çocuğun on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte henüz on sekiz yaşını doldurmamış olması bakımından ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir.²⁶⁹ Ayrıca bu bölümde düzenlenen cinsel istismar suçu gerek on beş yaşından küçük gerekse on beş on sekiz yaş arası çocuklar bakımından, cebir, baskı, tehdit veya hile olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Kanunun 227-25. maddesinde, bir yetişkinin cebir, baskı, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşından küçük bir çocuğa karşı gerçekleştirdiği cinsel filler suç olarak belirlenmiştir. Bu suçlar için, beş yıl hapis ve 75.000 € para cezası öngörülmüştür. 227-26. maddesinde suçun, kişinin yasal, doğal veya evlat edindiği çocuğu üzerinde veya mağdur üzerinde otoritesi bulunan herhangi bir kişi tarafından işlenmesi, görevin kişiye verdiği yetkiyi kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, telekomünikasyon ağı kullanılarak mağdur ile bağlantıya geçilmesi suretiyle işlenmesi nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. 227-27. Maddesinde ise, cinsel saldırının, on beş yaşın üzerinde ve evlenme ile reşit olmamış çocuklara cebir, baskı, tehdit ve hile olmaksızın, yasal, doğal veya evlat edinme suretiyle nüfuzu olan veya mağdur üzerinde otoritesi bulunan yahut görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanan

²⁶⁸ Criminal Code of the French Republic (2005) (English version) <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (25.04.2016)

²⁶⁹ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, I, s.93.

herhangi bir kişi tarafından işlenmesi hâli yer almaktadır. Bu durumda faile iki yıla kadar hapis ve 30.000 € para cezası verilir.²⁷⁰

D. İsviçre Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

İsviçre Ceza Kanunu'nda çocuğa karşı cinsel suçlar, Kanun'un, "Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünde, "Çocuğun Gelişiminin Tehlikeye Düşürülmesi- Çocuklarla Cinsel İlişki" başlıklı 187. maddede, "Bakmakla Yükümlü Olunan Kişilerle Cinsel İlişki" başlıklı 188. maddede ve "Cinsel Özgürlüğe ve Onura Karşı Suçlar- Irza Tasaddi" başlıklı 189. maddede yer almaktadır. İsviçre Ceza Kanunu'nda cinsel rüşt yaşı, on altı olarak belirlenmiş ve suçlar düzenlerken bu yaş sınırını dikkate alınmıştır.

187. maddeye göre, on altı yaşını doldurmayan bir çocukla cinsel ilişkiye giren, çocuğu böyle bir aktiviteyi gerçekleştirmeye sevk eden veya cinsel ilişkiye çocuğu dâhil eden kişiye, beş yıla kadar hapis cezası veya para cezası hükmolunur. Ancak ilişkiye dahil olan kişiler arasındaki yaş farkı üçten fazla değilse, bu suç oluşmaz. Ayrıca fail cinsel ilişkinin gerçekleştiği zaman yirmi yaşına ulaşmamışsa, özel durumlar varsa veya fail, çocuğun eşi ise kovuşturmadan, mahkemeye sevk etmekten veya hapis cezasından vazgeçilebilir. Görüldüğü üzere, failin yaşı ve çocukla evli olma durumu, suçun yargılama süreci ve yaptırımını bakımından dikkate alınmaktadır. Maddenin son fıkrasında suçun daha hafif cezayı gerektiren hâli düzenlenmiştir. Buna göre, fail, çocuğun on altı veya daha büyük yaşta olduğu hatasıyla hareket etmiş ve fakat gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bu durumdan kaçınabilir idiyse, en fazla üç yıl hapis veya para cezası verilir.

188. maddede, 16 yaşının üzerinde olan bir çocukla eğitim, bakım, iş verme veya başka herhangi bir nedenle sahip olunan bağımlı ilişkinin kötüye kullanılması söz konusudur. Böyle bir ilişki kötüye kullanılarak çocukla cinsel ilişkiye girilmesi ya da çocuğun böyle bir ilişkiye sevk edilmesi durumunda üç yıla kadar hapis cezası veya para cezasına hükmolunur. Bu madde bakımından da fail ile çocuğun evli olması durumu yargılama sürecini ve suçun yaptırımını etkileyebilmektedir.

²⁷⁰ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (25.04.2016)

189. maddede ise, cebir, tehdit veya kişi üzerinde psikolojik baskı kurmak yahut kişinin direncini kırmak suretiyle cinsel ilişki ya da diğer cinsel davranışlara katlanmaya zorlamak, on yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Eğer suç zalimce veya silah veya tehlikeli bir madde kullanılarak işlenirse ceza on yıldan az olamaz.²⁷¹

E. İngiliz Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Çocukların cinsel istismarı suçu, İngiliz hukukunda 2003 Cinsel Suçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. 2003 Cinsel Suçlar Kanunu, cinsel suçlar bakımından yeni hükümler getirmek ve özellikle çocukları cinsel eylemlerden korumak ve zarar görmelerini engellemek amacıyla hazırlanan özel bir kanundur.²⁷² 3 bölüm ve 142 maddeden oluşan bu kanunun 5 ile 8. maddeleri arasında on üç yaşının altındaki çocuklara karşı tecavüz ve diğer cinsel suçlar, 9. maddesinde ise, çocukla cinsel aktivite suçu düzenlenmiştir. Cinsel Suçlar Kanunu, suç türünün belirlenmesinde veya cezai yaptırımlarda mağdurun on üç veya on altı yaş altında olmasına göre ayrıma gitmiştir.²⁷³

Kanunun 5. maddesine göre, on üç yaşından küçük bir çocuğa kasten oral, anal ya da vajinal yoldan penis ithal eden kişiye, müebbet hapis cezası hükmolunur. 6. maddeye göre, 13 yaşın altındaki bir çocuğa anal veya vajinal yoldan cinsel bir saikle kasten vücudunun bir parçasını veya başka herhangi bir şey ithal eden kişi de müebbet hapis cezası alır. 7. maddesinde, on üç yaşın altındaki çocuğa cinsel saikle kasten dokunan kişiye jürisiz yargılama sonucu ya altı aya kadar hapis cezası ya para cezası ya da yasal üst sınırı geçmeyen para cezası ve hapis cezası, jüri yargılamalarda on dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 8. maddesinde ise, on üç yaşındaki çocuğun cinsel bir aktiviteye katılmasına kasıtlı olarak sebep olmak veya sevk etmek suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun cezası ikinci fıkradaki durum gerçekleşmezse 7. maddede öngörülen ceza miktarı ile aynıdır. Maddenin ikinci fıkrasında, bu aktivitenin, mağdura anal veya vajinal yoldan nüfuz edilmesi; failin penisinin mağdura oral yoldan sokulması; failin anal veya vajinal yoluna mağdurun

²⁷¹ Criminal Code of the Swiss Confederation (1937, amended 2014) (English version), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (26.04.2016)

²⁷² https://en.wikipedia.org/wiki/Sexual_Offences_Act_2003. (26.04.2016)

²⁷³ Sexual Offences Act 2003, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (27.04.2016)

vücudunun bir parçasının veya mağdur tarafından başka herhangi bir şeyin sokulması; çocuğun penisinin failin ağzına sokulması hâlleri düzenlenmiştir. Bu durumlarda faile ömür boyu hapis cezası verilir. 9. Maddeye göre, 18 veya üzeri bir yaşta olan fail, on altı yaşının altında olan bir çocukla ve failin, mağdurun on altı yaşından büyük olduğuna dair makul görülebilir bir kanaatinin olmadığı durumlarda cinsel saikle kasten dokunan kişi ikinci fıkradaki durumlar gerçekleşmediği takdirde 7. Maddede öngörülen ceza ile cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasında, dokunma mağdura anal veya vajinal yoldan nüfuz edilmesi; failin penisinin mağdura oral yoldan sokulması; failin anal veya vajinal yoluna mağdurun vücudunun bir parçasının veya mağdur tarafından başka herhangi bir şeyin sokulması; çocuğun penisinin failin ağzına sokulması hâllerini de içerdigi takdirde faile on dört yıla kadar hapis cezası verilir.²⁷⁴ Kanun koyucu bu maddede, mağdurun yaşından hariç failin yaşı bakımından da bir düzenleme yapmıştır.

Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak ensest ilişkiler, Cinsel Suçlar Kanunu'nun 25 ila 29. maddelerinde “aile içinde çocuğun cinsel istismarı suçu” başlığı altında ayrı bir suç türü olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 16 ila 24. maddeler arasında, çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışların güven konumunun istismarı şeklinde gerçekleştirilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

²⁷⁴ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (27.04.2016)

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

I. GENEL OLARAK

5237 Sayılı TCK'da çocukların cinsel istismarı suçu, kanunun İkinci Kitabı'nın, Kişilere Karşı Suçlar Kısımında “ Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümünde, 103. maddede düzenlenmiştir. Buna göre,

“(Değişik: 6545 - 18.6.2014 / m.59) (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 cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

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

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

anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

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

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

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

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

Çocukların cinsel istismarı suçu, TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçuna paralel olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçunun, cinsel saldırı suçundan ayrı bir başlık altında ele alınmasının nedeni, çocukların cinsel davranışlara gösterecekleri rızaya hukuken geçerlilik tanınmamasına dayandırılmaktadır.²⁷⁵ 102. maddede cinsel saldırı kavramının kullanılmasına rağmen 103. madde de cinsel istismar ifadesi kullanılmasının sebebi ise, henüz algılama ve irade yetenekleri tam olarak gelişmemiş olan çocukların erişkinlere nazaran, daha kolay kırılabilen, hassas yapılarının olması ve bu nedenle daha fazla korunmaya muhtaç olmalarıdır.²⁷⁶

6545 sayılı Kanun’un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddenin ilk fıkrasında suçun temel şekli, basit cinsel istismar ve değişiklik sonrasında eklenen sarkıntılık boyutunda kalan cinsel istismar olarak ikiye ayrılarak ele alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında suçun vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle

²⁷⁵ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 395.

²⁷⁶ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 395.

işlendiği nitelikli cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri; beşinci ve altıncı fıkralarında ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri yer almaktadır. Değişiklik sonrasında suçun ceza miktarları artırılmış, üçüncü ve dördüncü fıkralara yeni nitelikli hâller eklenmiş ve cinsel istismar sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâl olmaktan çıkarılmıştır.²⁷⁷

II. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Bir suçun ceza kanunu sistematüğinde düzenlendiği yer, ilgili suç tipinin hangi hukuki değeri korunmayı amaçladığı hakkında bilgi vermektedir.²⁷⁸ Bununla birlikte kanunda kullanılan kavramlar, kanun koyucunun bilinçli olarak yaptığı tercihler olduğu için, korunan hukuki değeri tespit etmek adına önem taşımaktadır.²⁷⁹ 765 sayılı TCK'da cinsel suçlar, “genel adap ve aile düzenine karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmişti. Cinsel suçların düzenlendiği yer göz önüne alındığında, korunmak istenen hukuki menfaat genel adaptır. Genel adap, ırz ve namus kavramları ile birlikte değerlendirilen, kadına karşı ayrımcılığı meşrulaştıran belirsiz bir kavramdır.²⁸⁰ 5237 sayılı Kanun ise, kişi hak ve özgürlüklerinin gelişmesine paralel olarak, cinsel suçları, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlemiştir. Böylece cinsel suçlar bakımından korunan hukuksal değer, bireyin cinsel dokunulmazlığı olarak belirlenmiştir.²⁸¹

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuksal değer bakımından öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu suçla korunan hukuksal değer, çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutularak engelsiz biçimde cinsel gelişimini tamamlaması olduğunu savunan görüşün²⁸² yanı sıra başka bir görüş, çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri ile çocuğun zihinsel, bedensel

²⁷⁷ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015, s. 312

²⁷⁸ SEVÜK YOKUŞ, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 272

²⁷⁹ CENTEL, Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”, s. 271. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>. (ET: 04.01.2016)

²⁸⁰ CENTEL, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 271; AYDIN, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s. 17.

²⁸¹ Bkz. TCK m.102 gerekçesi.

²⁸² TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 362; AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Kitabevi, 2009, s. 216; TANERİ, *Cinsel Suçlar*, s. 109.

ve ruhsal olarak gelişme hakkı²⁸³ olduğunu benimsemiştir. Diğer bir görüş ise korunan hukuksal yararı, çocuğun cinsel dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü ile çocuğun yararı²⁸⁴ olarak kabul etmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuksal yararın, çocuğun cinsel özgürlüğü mü yoksa cinsel dokunulmazlığı mı olduğu doktrinde asıl tartışma konusudur. Bir görüşe göre, bu suçla korunan hukuksal yarar, çocuğun cinsel dokunulmazlığı²⁸⁵ diğer bir görüşe göre ise cinsel özgürlüğüdür.²⁸⁶ Başka bir görüş ise, korunan hukuksal yararın cinsel dokunulmazlık ya da özgürlük bakımından ayrıma tabi tutulmasının sonuç üzerinde doğuracağı etki bakımından değerlendirip, üstün gelen menfaatin kabul edilmesi gerektiğini benimsemektedir.²⁸⁷ Birinci bölümde ifade edildiği üzere, cinsel özgürlük ile cinsel dokunulmazlık içerikleri farklı iki kavramdır. Korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğunu benimseyen görüşün dayanak noktası, çocukların mutlak olarak on beş yaşına kadar cinsel özgürlüğe sahip olmadığı, on beş on sekiz yaş arasında ise nispi olarak sahip olduğudur.²⁸⁸ Aksi yöndeki görüş ise, kişinin doğuştan korunmaya değer bir cinsel özgürlüğü olduğunu, on beş yaşına kadar kısıtlanmasının sadece kişinin bu hak üzerinde tasarruf etme imkânını etkilediğini ve dolayısıyla korunan menfaatinin cinsel özgürlük olduğunu savunur.²⁸⁹ Kanaatimizce cinsel suçlar açısından korunan hukuksal değer yetişkinler ve çocuklar bakımından ayrı ele alınması gereklidir. Cinsel özgürlük, hukukun çizdiği sınırlar içinde hiçbir müdahaleye maruz kalmadan, serbestçe kullanılan bir özgürlüktür. Bu özgürlüğün yetişkinler ve çocuklar açısından aynı ölçüde tanınması çocuğun korunması üstün düşüncesiyle bağdaşmaz. Yetişkinler bakımından suçla korunan hukuki yararın, cinsel özgürlük olarak

²⁸³ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, 2014, s. 341.

²⁸⁴ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 304.

²⁸⁵MALKOÇ, İsmail, *Cinsel Suçlar*, Ankara, Malkoç Kitapevi, 18. Baskı, 2009, s. 2; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 344; ÜZÜLMEZ İlhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2009, C. IV, S. 2, s. 26; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 304; PARLAR, Ali, BANKO, Meltem, *6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2014, s. 97.

²⁸⁶TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 269; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ağustos 2015, s. 59; NİŞANCI, Doğukan, “6545 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *TBB*, Ankara 2015, S. 120, s. 215; CENTEL, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 271.

²⁸⁷KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 143.

²⁸⁸SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay., 8. Baskı, 2010, s. 237.

²⁸⁹TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 269.

nitelendirilmesi yerinde iken özellikle cinsel davranışlar bakımından çocuğun özgürlüğünden çok dokunulmazlığının ön planda tutulması çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimini tamamlaması adına daha çok işlev görecektir. Dolayısıyla suçla korunan hukuksal yararın, çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu görüşü yerindedir.

III. SUÇUN UNSURLARI

Ceza hukukunun temelini oluşturan suç kavramından ne anlaşılması gerektiği, oluşumuna sebebiyet veren unsurların neler olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır.²⁹⁰ Ancak toplumsal düzene muhalif her fiil Ceza Hukuku alanında suç vasfını haiz olmadığı için suçun ne olduğu, diğer hukuka aykırı fiillerden farkını ortaya koyan yapısal unsurlarının nelerden ibaret olduğunun tespit edilmesi zorunludur.²⁹¹ Bunun için suç, kendisini meydana getiren unsurlara ayrılarak analitik bir incelemeyle tanımlanma yoluna gidilebilir.²⁹² Suçun “*organik bir bütün olduğu*” gerçeği var olsa da suçu unsurlara ayırarak tahlil etmek bütünü anlamak adına bir gerekliliktir.²⁹³

Bir fiile suç vasfını kazandıran, diğer hukuka aykırı eylemlerden ayıran unsurların nelerden oluştuğu konusu 16. yy’dan itibaren incelenmeye başlanmıştır. Bu dönemde suçun yasa, irade ve eylem, insan, saik olmak üzere dört unsurundan bahsedilmiştir.²⁹⁴ Günümüzde ise suçun unsurları konusunda gerek sayısal gerekse niteliksel anlamda farklı görüşler bulunmaktadır.²⁹⁵ Türk hukukunda suçun

²⁹⁰DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 291, 294.

²⁹¹ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 151.

²⁹² ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 4; HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA Yay., 2010, s. 186.

²⁹³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 294.

²⁹⁴ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay., Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Baskı, 2011, s. 202-203; ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 5.

²⁹⁵Suçun unsurlarına yönelik farklı görüşler için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 294. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 202 vd., ; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 193 vd.; ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 2 vd.; KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 3 vd.; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. Baskı, 2011, s. 200 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 2010, 5. Baskı, s. 154 vd.; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 151; KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2010, s. 127 vd.; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yay., 19. Baskı, 2013, s. 118.

unsurlarının ikili²⁹⁶, üçlü²⁹⁷ ve dörtlü ayrıma²⁹⁸ tabi tutularak incelendiği görülmektedir. Suçun unsurları yönünden sayısal anlamada aynı kategoride olan yazarların, bu unsurların ne olduğu ve nitelikleri bakımından farklı görüşlerde olduğu görülmektedir.

Çalışma kapsamında suçun unsurlarını üç ana başlık altında ele alan yazarların görüşüne uygun olarak değerlendirmeler yapılacaktır. Günümüze hâkim olan gai suç teorisi esas alınarak yapılan ayrıma göre suçun unsurları, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılıktır. Suçun maddi unsurları; fiil, fail, fiil sonucu oluşan netice, fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı, fiilin yöneldiği mağdur, suçun konusu, kanunda gösterilen suçun nitelikli hâlleri olarak sıralanır. Fail ile işlenen fiil arasındaki manevi bağı ifade eden manevi unsur, kast ve taksir olmak üzere iki şekilden oluşmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru ise, işlenen fiilin hukuk düzenince tasvip edilmemesidir. Bu teoride kusurluluk suçun bir unsuru değil, işlediği fiil nedeniyle fail hakkında yapılan bir *muaheze yargısıdır*.²⁹⁹

²⁹⁶ Klasik suç teorisine suç, “ kusurlu irade ile işlenen bir fiil”dir. Dolayısıyla suçun maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) olmak üzere iki unsuru vardır. TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 118. Nitelik itibarıyla TOROSLU’dan farklı olmakla birlikte KUNTER de suçun unsurlarını ikiye ayırarak incelemektedir. Bunlar tipiklik, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilirlikten oluşan *kanuni unsur* ve hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan *maddi unsurdur*. KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 39 vd., KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 11 vd.

²⁹⁷ Suçun unsurlarını üçe ayıran görüşlerden biri bu unsurları, fiilsiz suç olmaz, ihlalsiz suç olmaz ve kusursuz suç olmaz başlıkları altında ele almıştır. HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 190 vd. ÖZGENÇ, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak suçun unsurlarını üçe ayırmıştır. ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 2010, 5. Baskı, s. 154 vd. KOCA, ÜZÜLMEZ ve HAKERİ ise, suçun unsurlarının üçlü ayrımını, fiil, tipiklik (tipikliğin maddi ve manevi unsurlar) ve hukuka aykırılık olarak belirlemiştir. KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 127 vd; HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 107.

²⁹⁸ Türk doktrininde çoğunlukla suçun dört unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bu unsurlar, tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık ve manevi unsurdur. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 296 vd. Suçun unsurlarını dörde ayırarak inceleyen yazarların da bu unsurların ne olduğu ve niteliği konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. ÖNDER, bu unsurları hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere dörde ayırmaktadır. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 152. Bu dört unsuru, kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık, manevi unsur olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 204 vd.; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 190.

²⁹⁹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 154 vd.

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

Bir haksızlık olarak fiil, yönlendirici iradenin ürünü olan, belli bir amacı gerçekleştirmeye matuf, dış dünyada değişiklik yapan bir davranıştır.³⁰⁰ TCK m.103 kapsamında yaptırım altına alınan fiil, çocuğun cinsel davranışlarla istismar edilmesidir.³⁰¹ Cinsel istismardan anlaşılması gereken yine 103. maddede belirtilmiştir. Buna göre cinsel istismar, m. 103/1’de belirtilen ırza tasaddi ve sarkıntılık fiillerinden oluşan basit cinsel istismar, madde 103/2’de öngörülen nitelikli cinsel istismar fiillerinden oluşmaktadır.³⁰²

Suçun temel şekli olan basit cinsel istismar, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış ile on beş on sekiz yaş aralığında olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı yapılan cinsel davranışlardan oluşmaktadır. 6545 Sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme ile suçun ırza tasaddi boyutuyla işlenmesine göre daha az ceza öngörülen sarkıntılık fiili de suçun basit hâlini oluşturmaktadır. Suçun nitelikli hâli ise çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirilmesidir.

Cinsel istismar suçunun işleniş şekillerine değinilmeden önce 26.05.2016 tarihli Anayasa Mahkemesinin, cinsel istismar suçunun m.103/1-b bendi dışında kalan bölümünün Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek istenen iptal talebine ilişkin kararının incelenmesi gerekmektedir. 103. Maddenin 1. fıkrasının b bendi dışında kalan kısmının iptali istemi ile Anayasa

³⁰⁰ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 155.

³⁰¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 304; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 344; BAYTEMİR, Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2009, s. 196; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 312; SAVAŞÇI, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s. 70.

³⁰² 6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Kanun ile sarkıntılık fiili, suçun maddi unsuru olan fiil kapsamında ayrıca belirtilmiştir. Sarkıntılık fiilinin, TCK m. 103/1’nin birinci cümlesinde belirtilen fiillerle karışıklığa meydan vermemesi için söz konusu suç kapsamında fiiller, 765 Sayılı TCK’da yapılan düzenlemeye uyularak belirtilmiştir. 765 sayılı TCK’da fiiller haksızlık içeriğine göre, “söz atma”, “sarkıntılık”, “ırza tasaddi” ve “ırza geçme” olarak aşamalar hâlinde belirtilmiştir. Bkz. ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 315.

Mahkemesine başvuran Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, “*itiraz konusu kuralın, farklı yaş gruplarında olan tüm mağdurlara yönelik eylemler arasında ceza müeyyidesi bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı, dört yaşındaki bir mağdura yönelik cinsel istismar suçu ile ondört yaşındaki mağdura yönelik cinsel istismar suçunun ceza müeyyidesinin kademeli bir ceza anlayışı içermeyerek aynı olduğu, suça sürüklenen çocuklar yönünden oniki ilâ onbeş yaş arasında olup da kendisine yönelik eylemin anlam ve mahiyetini algılama yeteneği olan mağdurun rızasına hukuki sonuç tanınmadığı, bu mağdurların rızasıyla yaşadığı cinsel eylemler hakkında cezanın çok yüksek olduğu, suçun en nitelikli hâli için en düşük yaşın onbeş şeklinde belirlenmesinin suç ve cezada korunmak istenen hukuki yarar ile müeyyide arasındaki orantıyı bozduğu belirtilerek*”³⁰³ söz konusu kuralın, Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, bakılmakta olan davada mağdur on beş yaşını tamamlamamış bir çocuk olup, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş bir çocuğa karşı gerçekleştirilen bir cinsel davranışın olmadığı, bu nedenle esas incelemenin m. 103/1-a bendinde yer alan “...*tamamlamamış*...” ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına karar vermiştir.

Esasa ilişkin yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi, “*İtiraz konusu kuralla on beş yaşını tamamlamamış çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğuna şüphe yoktur. Ancak cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi eylemi hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı gerekçelerinin itiraz konusu kural bakımından da geçerli bulunması ve Anayasa’nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef alınması gerekliliği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak*

³⁰³ Başvuru metninin tamamı için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/BasvuruKarari/2016-46.pdf> (16.07.2016)

ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle kural ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırıdır”³⁰⁴ ifadeleriyle itiraz konusu kuralı Anayasa’nın 2. Maddesine aykırı olarak iptal etmiştir. Kanun hükmünün iptali nedeniyle doğacak hukuki boşluğun kamunun menfaatini zedelemesi muhtemel olduğu için iptal hükmü, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından (13.07.2015) altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, kişilerin suç işleme konusunda cesaretini artıracak talihsiz bir karardır. İtiraz gerekçesinde dört yaşındaki bir çocukla on dört yaşındaki bir çocuğun mağduriyetinin aynı olamayacağı dolayısıyla kademeli bir ceza sisteminin olmasını ve on iki on beş yaş arası çocukların rızalarına geçerlilik tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Ne yazık ki bu ifadeler yıllardır algılama ve irade yeteneği tam olarak gelişmemiş olan çocukları, kendi verecekleri kararlardan dahi, üstün korunma çabalarıyla tamamen çelişmektedir. Hâkimin, iptali istenen hüküm için öngörülen 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası için bir takdir yetkisine sahip olup, her somut olay bakımından TCK m. 61 çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gidebileceği dikkate alındığında yaşlara göre kademeli ceza sistemi ile neyin amaçlandığı anlaşılmamaktadır. Kaldı ki on sekiz yaşının altında her birey uluslararası metinlerce de çocuk olarak kabul edilir. Çocukların gelecekteki hayatlarını ciddi şekilde etkileyecek cinsel istismar fiillerine rızaları geçerli kabul edilemez. Mağduriyetlerin artmaması adına 6 aylık sürenin dolması beklenmeden bir an evvel yasal düzenlemenin yapılması zorunludur.³⁰⁵

Çalışma kapsamındaki değerlendirmeler, mevcut yasal düzenleme altı ay daha yürürlükte olduğu için bu düzenleme dikkate alınarak yapılacaktır.

a. Sarkıntılık

6545 Sayılı Kanunun 59. maddesi ile TCK m.103/1’in ikinci cümlesine, cinsel istismar suçunun, “sarkıntılık” şeklinde işlenmesine ilişkin yeni bir düzenleme eklenmiştir. 6545 Sayılı Kanunla getirilen bu değişikliğin nedeni, cinsel saldırı ve

³⁰⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 26.05.2016 tarihli E. 2015/108, K. 2016/46 sayılı kararın tam metni için bkz.[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8295ece8-40f9-4c3a-835f-8bf338189759?](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8295ece8-40f9-4c3a-835f-8bf338189759?excludeGerekce=False&wordsOnly=False) (16.07.2016)

³⁰⁵<http://www.hurriyet.com.tr/cinsel-istismarda-15-yas-kuralinin-iptaline-buyuk-tepki-40145828> (18.07.2016)

istismar suçlarının temel şekillerinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan saldırılar bakımından ceza miktarının daha az bırakılması ihtiyacı olarak madde gerekçesinde belirtilmiştir.³⁰⁶ Kanun koyucu suç olarak görülen fiilin karşılığında hükmolunan cezanın, suç ve ceza adaleti bakımından hakkaniyetli olmasını sağlamak için, mağdurun vücuduna yapılan anlık hareketleri basit cinsel istismar suçuna göre daha hafif ceza ile yaptırım altına alarak suç ve cezaların derecelendirmesi yoluna gitmiştir.³⁰⁷ 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde sarkıntılık türünden davranışlar basit cinsel istismar kapsamında değerlendirildiği için değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen cinsel istismar suçları için lehe kanun değerlendirmesi yapmak gerekecektir.³⁰⁸

5237 sayılı TCK'da ilk kez yer alan sarkıntılık kavramının tanımı ve kapsamına ilişkin kanunda bir açıklama yapılmamış olsa da, 765 sayılı TCK döneminde de sarkıntılık, suç olarak düzenlendiğinden dolayı hukuk düzeni bu kavrama yabancı değildir. Bu sebeple, sarkıntılığın tanımına, kapsamına ve uygulamada görünüş şekillerine ilişkin değerlendirmeler, 765 Sayılı TCK dönemi uygulamasına ve bu uygulama neticesinde ortaya çıkan görüş ve içtihatlar göz önünde bulundurularak yapılacaktır.³⁰⁹

765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde³¹⁰ düzenlenen sarkıntılık, belirli bir kimsenin edep ve iffetini ihlal eden, mutlaka vücut teması içermeyen şehevi söz, yazı

³⁰⁶ 6545 sayılı Kanun gerekçesi için bkz. GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 64-65.

³⁰⁷ ŞEN, Ersan, "Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı"

³⁰⁸ "Sanık ...'ın mağdure ...'e yönelik eyleminin, mağdurenin sıcağı sıcağına alınan ve samimi görülen ilk beyanlarında, sanığın kendisini sadece yanağından öptüğünü ifade etmesi karşısında eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınıp beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan kurulan hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 58, 59, 60 ve 61. maddeleri ile 5237 sayılı Kanunun 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yeniden düzenlenmesi karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 7/2. madde-fıkrasındaki "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü gözetilerek, lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle sanık ...'ın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması," Yargıtay 14. CD'nin 11.02.2016 tarihli E. 2015 / 10288, K. 2016 / 1183 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (25.03.2016)

³⁰⁹ ŞİMŞEK, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...", s. 327.

³¹⁰ "Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur."

veya diğer hareketlerle gerçekleştirilen fiil olarak tanımlanabilir.³¹¹ Başka bir ifadeyle sarkıntılık, bir kişinin rızası hilafına şehvi amaçla gerçekleştirilen, edep ve iffete saldırı niteliğinde olan, ancak ırza tasaddi boyutuna varmayan söz, yazı veya hareketlerdir.³¹² 765 sayılı TCK'da sarkıntılık suçu söz atma ve ırza tasaddi suçu arasında yer almaktadır.³¹³ Söz atma suçundan farklı olarak sarkıntılığın söz ile işlenmesinde bir temadi söz konusu olup fiil sırasıyla bir boyutta gerçekleştirilmektedir.³¹⁴ Sarkıntılık suçu, söz, yazı ve vücut teması içermeyen diğer hareketler ile işlenmesinin yanında aynı zamanda bedensel temas şeklindeki fiiller ile de işlenmektedir. Ancak bu fiiller, ırza tasaddide olduğu gibi şehvi hislerin tatmini için yoğunlaşmış ve süreklilik arz eden bir boyutta gerçekleşmemekte, ani ve kesiklik gösteren davranışlar şeklinde görülmektedir.³¹⁵ Telefonda kısa aralıklarla uzun zaman devam edip sırasıyla bir hâl alacak biçimde söz atmak³¹⁶, edep ve iffete dokunacak biçimde birden fazla resim ve mektup göndermek³¹⁷, yanaktan ve dudaktan şehvi amaçla öpmek, mağdurenin göğsünü sıkmak, vb. hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır³¹⁸.

765 sayılı TCK' da her ne kadar vücut teması içermeyen, laf atma boyutunda kalan davranışlar da sarkıntılık olarak nitelendirilse de, 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı ve istismar suçları ile cinsel taciz suçları arasındaki temel farkın “fiziksel

³¹¹ÜZÜLMEZ, İlhan, “ Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları (TCK m. 421)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2 s. 1021.

³¹²DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 5. Baskı, 1983, s. 190.

³¹³BAKICI, Sedat, “ Sarkıntılık Suçu ve Unsurları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1989, S. 4, s. 680.

³¹⁴ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 323; ÜZÜLMEZ, “Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları”, s. 1018.

³¹⁵“Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, şehvi hislerin tatmini için, yoğunlaşmış ve süreklilik arz eden hareketlerde bulunmaktadır. Maddi olayda sanık, ahırda yalnız gördüğü mağdureye sarılarak onu öpmüştür. Hareketleri soyut ve kesintili olup devamlılık arz etmemektedir. Mağdurenin cinsel organını ellememiş, okşayıp öpmesi sürekli olmamıştır. Sarılma ve öpmesi tasaddi suçunu oluşturacak boyuta ulaşmamış ve eylemi belli bir yoğunluk kazanmamıştır. Bu nedenle anığın ahırda vuku bulan eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu... anlaşılmakla...” Yargıtay CGK'nın 24.12.2009 tarihli ve 343/361 sayılı kararı (Akt. MERAN Necati, “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Ankara 2014, C.9, S. 98, s.79)

³¹⁶Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 26.12.1985 gün 3035/5603 sayılı kararı (Akt. BAKICI, “ Sarkıntılık Suçu ve Unsurları” s. 681.)

³¹⁷Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.06.1983 gün 2384/2424 sayılı kararı (Akt. BAKICI, “ Sarkıntılık Suçu ve Unsurları” s. 681.)

³¹⁸Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 05.02.1986 gün 597/345 sayılı kararı (Akt. BAKICI, “ Sarkıntılık Suçu ve Unsurları” s. 681.)

temas” olduğu dikkate alındığında, cinsel istismarın sarkıntılık şeklinde gerçekleşmesi hâlinde de “temas” unsurunun varlığı gereklidir.³¹⁹ Bu bakımdan 765 sayılı TCK’nın aksine sarkıntılığın bedensel temas içermeyen söz, yazı veya diğer hareketlerle işlenmesi, 6545 sayılı Kanun değişikliği kapsamında getirilen sarkıntılık kavramı içerisinde yer almamaktadır. Basit cinsel istismardan bir önceki aşamayı ifade eden sarkıntılık³²⁰, basit boyutta kalan bedensel temasın açıkça ani ve tekrar içermeyen hareketlerle gerçekleştirilmesi demektir.³²¹ Burada önemli olan fiilin haksızlık içeriği değil, cinsel dokunulmazlık ihlalinin boyutu ve süreksizliğidir.³²² Bu bakımdan bir anlık öpme, elleme, sarılma, anlık sürtünme gibi hareketlerin sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar olarak kabul edilmesi gerekirken,³²³ sarılmanın veya sürtünmenin temadi teşkil etmesi veya ellemenin anlık olmaktan çıkıp süreklilik göstermesi durumunda sarkıntılık düzeyini aşan ancak cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan basit cinsel istismarın varlığından bahsetmek gerekecektir.³²⁴ Yargıtay kararlarında failin, *mağdurenin poposuna parmak atması*³²⁵, *mağdureyi sadece*

³¹⁹ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 226; ŞEN, Ersan, “ Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı”, <http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm> (10.02.2016); ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 327; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 27.

³²⁰ ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 327.

³²¹ ŞEN, Ersan, “ Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı” <http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm> (10.02.2016)

³²² ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 333.

³²³ MERAN, “Cinsel İstismar ve Saldırı...”, s. 80; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 29.

³²⁴ “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 hâliyle sanığın mağdurlar Y. ve S.□e 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.” Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 25.05.2015 tarihli E. 2015/2261 K. 2015 / 6685 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (02.04.2016)

“...sanığın da apartmana girerek mağdurenin arkasından sarılıp ağzını kapatarak □bağırırsan öldürürüm□ diyerek tehdit ettikten sonra cinsel organını ellediği ve mağdurenin çılgık atması üzerine eylemini sonlandırarak olay yerinden kaçtığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek 6545 sayılı Kanunla değişik TCK’nın 103/1-1. cümlesi gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında hataya düşülerek cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kaldığından bahisle TCK’nın 103/1-2. cümlesi gereğince mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14. Ceza Dairesi 01.10.2015 gün 2015 / 8760 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (02.04.2016)

³²⁵ “Oluşa ve kabule göre, sanığın üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik TCK’nın 103/1-c.2 maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit **cinsel istismarı** suçunun oluşturduğu,” Yargıtay 14. CD.’nin 24.09.2014 tarihli E. 2012 / 15273 K. 2014 / 10407 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (29.07.2016)

yanagından öpmesi³²⁶, yolda yürümekte olan mağdurenin kalçasına elleme³²⁷, mağdurenin bacaklarını bir kez okşama³²⁸ fiilleri sarkıntılık olarak kabul edilmiştir.

Vücut bütünlüğünü ihlal eden cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde mi kaldığı yoksa sarkıntılığı aşıp, 765 sayılı TCK'da ırza tasaddi olarak adlandırılan basit cinsel istismar boyutuna ulaşp ulaşmadığı her somut olayın şartları içerisinde hareketlerin yoğunluğu, etkisi ve devamlılığına bağlı olarak tespit edilmelidir.³²⁹

b. Basit Cinsel İstismar (Irza Tasaddi)

Basit cinsel istismar suçu ile yaptırım altına alınan fiil, çocuğun vücudu üzerinde cinsel arzuları tatmin etmek amacına yönelik, tekrarlı ve süreklilik arz edecek şekilde gerçekleştirilen, ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlardır.³³⁰ Bu bakımdan devamlılık gösteren, aynı anda veya art arda gerçekleştirilen dudak ve yanaktan ısrarla öpme, birden fazla kez dokunma, elleme, sürtünme, okşama gibi eylemler suçun basit halini oluşturmaktadır.³³¹

Basit cinsel istismar, TCK m. 103/1-a kapsamında belirtilen çocuklar bakımından “her türlü cinsel davranış” ve m. 103/1-b kapsamına giren çocuklar için ise, “cinsel davranışlar” olarak belirtilmiştir. Kanunun lafzından hareket edildiğinde m.103/1-b’ de kullanılan çoğul ifade, bu bent kapsamına giren çocuklar bakımından suçun oluşması, birden çok cinsel davranışın gerçekleşmesini gerektirdiği şeklinde yanlış bir anlamaya neden olduğu için eleştiri konusu olmuştur. Doktrinde, kanun

³²⁶ Yargıtay 14. CD.’nin 11.02.2016 tarihli E. 2015 / 10288 K. 2016 / 1183 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (29.07.2016)

³²⁷ Yargıtay 5. CD.’nin 18.03.2009 tarihli E. 2008 / 14549 K. 2009 / 3398 sayılı kararı

³²⁸ YCGK’nun 30.09.2014 tarihli E. 2013 / 14-797 K. 2014 / 408 sayılı kararı

³²⁹ ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 332.

³³⁰ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 25; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 304; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 98; GÜNDÜZ, Remzi, GÜLTAŞ, Veysel, *Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar*, Ankara, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, 2008, s. 51; “Oluşa, mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanlarına, tanık anlatımlarına, mağdurenin psikolojik tedavi gördüğü sağlık kuruluşu tarafından düzenlenen raporlara ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihlerinde elleriyle mağdurenin iç çamaşırının üzerinden poposuna ve cinsel organına dokunmak, kıyafetlerini çıkartmadan kucağına oturup cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürtmek, penisini çıkartıp mağdureye dokundurtmak suretiyle oral seks yapmasını istemek ve göğüslerini tutmak şeklinde gerçekleşen olayda, zincirleme biçimde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği sabit olduğu hâlde, kanuni olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD.’nin 21.10.2014 tarihli E. 2013 / 541 K. 2014 / 11412 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>

³³¹ GÜNDÜZ, Remzi, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ocak 2015, s. 29.

koyucunun, a ve b bentlerinde belirtilen çocuklar bakımından ayırım yapmak amacı ile hareket etmediği, bu durumun kanunun acele hazırlanmasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.³³²

TCK'nın 103. maddesinde sadece cinsel istismardan bahsedilmesi, 102. madde belirtildiği gibi vücut dokunulmazlığından bahsedilmemiş olması, cinsel istismar suçunun oluşması için fiziksel temasın şart olup olmadığı yönünde tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu sorun, TCK m.105'te belirtilen cinsel taciz suçunun çocuklar bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Cinsel istismar fiillerinin, vücut temasını gerektirip gerektirmediğine ilişkin doktrinde, genel olarak üç farklı görüş söz konusudur. Bir görüşe göre, cinsel istismar suçu, cinsel saldırıdan farklı olarak vücut teması olsun ya da olmasın, objektif olarak cinsellik niteliği taşıyan her türlü cinsel davranışla işlenebilir.³³³ Kanun koyucunun “vücut dokunulmazlığının ihlali” yerine “her türlü cinsel davranış” ifadesine yer vermesi bilinçli bir tercihtir. Bu bağlamda vücuda temas içeren eylemler cinsel istismar kapsamında olduğu gibi failin çocuğa laf atması, cinsel ilişkiye davet etmesi, cinsel organını göstermesi, cinsel arzuları tatmin amacıyla çocuğa bakması gibi temas içermeyen cinsel nitelikli davranışlar da bu kapsamda değerlendirilecektir.³³⁴ Bu görüşün kabul edilmesi, TCK madde 105'de düzenlenen “Cinsel Taciz” suçunun, 103. madde kapsamındaki çocuklar bakımından işlenebileceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla 105. madde kapsamında cinsel taciz teşkil eden cinsel davranışların çocuğa karşı işlenmesi bu görüşe göre cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Diğer bir görüş ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücut bütünlüğünü ihlal eden, yani TCK m. 102'de belirtilen anlamda vücut teması içeren bir cinsel davranışın olması gerektiğini ifade etmektedir.³³⁵ Bu görüşün temel aldığı

³³² TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 366; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 288.

³³³ KAYA, Murat, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, *Terazi Dergisi*, Aralık 2010, S.52, s.107-108; GÜNDEL, Ahmet, *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2009, s.71; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 349; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 164; DÜLGER, İbrahim, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Ankara Mayıs 2010, S. 6, s. 41.

³³⁴ KAYA, “Çocuğun Cinsel İstismarı...?”, s. 108.

³³⁵ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 29; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 305; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 99-100; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, *Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı ...*, s. 51; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel*

nokta, 103. maddenin gerekçesinde belirtilen “erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır.” şeklindeki açıklama ile TCK m. 103’un, aslında 102. maddenin karşılığı olduğu ve dolayısıyla eylemlerin aynı olduğudur.³³⁶ Bu kapsamda TCK m.105 kapsamındaki cinsel taciz niteliğindeki fiiller, yetişkinler gibi çocuklara karşı da gerçekleştirilebilir. Aksi durum, mağdurun sırf çocuk olmasından ötürü vücut bütünlüğünü ihlal etmeyen davranışları da cinsel istismar saymaya ve cezayı orantısız bir şekilde belirlemeye neden olacaktır.³³⁷ Yargıtay uygulamasında da cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücut teması şartı aranmıştır. Yargıtay, vücut teması içermeyen, örneğin failin yalnızca cinsel organını gösterdiği durumlarda cinsel taciz suçunun oluşacağı yönünde karar vermiştir.³³⁸

Karma görüş olarak nitelendirilen son görüşe göre, kanun koyucu özellikle, m.103/1-a kapsamındaki çocuklar için “her türlü cinsel davranış” ve m.103/1-b kapsamındaki çocuklar bakımından ise “cinsel davranışlar” ifadesini kullanmıştır. On beş on sekiz yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlere, çocuğun gösterdiği rızasının geçerli olması ve ancak rızaya aykırılık hâlinde eylemlerin suç oluşturacağı göz önünde bulundurulduğunda, cinsel istismarın, TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçu ile aynı nitelikte olduğu söylenebilir. Dolayısıyla m. 103/1-b deki çocuklar bakımından cinsel istismar suçunun oluşması için tıpkı cinsel saldırı da olduğu gibi vücut teması şarttır. Ancak on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar için temas şartı olmaksızın gerçekleştirilebilen cinsel nitelikte her türlü hareket de cinsel istismarı oluşturacaktır. Bu durumda cinsel taciz niteliğindeki davranışların, m.103/1-b kapsamındaki çocuklara karşı

Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 287; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 67; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 168; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 345.

³³⁶ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 168; KAYA, “Çocuğun Cinsel İstismarı...?”, s. 106.

³³⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 287.

³³⁸ “Sanığın, olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın söz konusu olmadığı dikkate alındığında; eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 105/1 ve 43/1-2. Maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken suç niteliğinde yanılığa düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması,” Yargıtay 5. CD’nin 06.05.2009 tarihli E. 2009/5763 K. 2009/55363 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 294, 370. Dipnot)

gerçekleştirilmesi hâlinde TCK m.105'te düzenlenen "Cinsel Taciz" suçu, m.103/1-a kapsamındaki çocuklara karşı işlenirse cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.³³⁹

6545 Sayılı Kanun'un 61. maddesi ile TCK'nın cinsel tacizi düzenleyen 105. maddesine "*filin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*" şeklinde ifade eklenerek doktrinde tartışmalı olan bu konuya netlik kazandırılmıştır. Ayrıca 6545 Sayılı Kanun'un 58. maddesine ilişkin hükümet gerekçesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları ile cinsel taciz suçu arasındaki fark belirlenirken fiziksel temas ölçütü olarak alınmıştır.³⁴⁰ Böylece cinsel istismar suçunun oluşması için bedensel temasın varlığını arayan Yargıtay uygulamaları hukuki bir dayanak kazanmıştır.³⁴¹ Yargıtay kararlarında, bedensel temas içermesi nedeniyle failin, "*mağdureyi dudaklarından ve bacaklarından öpme, sonrasında mağdurenin ellerini ve ayaklarını iple bağlayarak mağdurenin arkasından iki üç dakika sürtünme*"³⁴², "*mağdurenin bacaklarını, kalçasını ve göğüslerini okşama*"³⁴³, "*mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak*"³⁴⁴, "*cinsel organını çıkararak mağdurenin dudaklarına sürtmek*"³⁴⁵, "*mağdurenin iç çamaşırının üzerinden poposuna ve cinsel organına dokunmak, kıyafetlerini çıkartmadan kucağına oturtup cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürtmek, penisini çıkartıp mağdureye dokundurtmak suretiyle oral seks yapmasını istemek ve göğüslerini tutmak*"³⁴⁶ eylemlerini basit cinsel istismar olarak kabul etmiştir.

³³⁹ ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2008, s. 648.

³⁴⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 313.

³⁴¹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 292; "*Ortaokulunda hizmetli olarak görev yapan sanığın, 2013 yılı Aralık ayında okul koridorunda rastladığı sekizinci sınıf öğrencisi on dört yaş içerisindeki mağdureye sarıldığı, yine 2013-2014 öğretim yılı yarı yıl tatilinin hemen öncesinde, bir gün önce okula gelmeyen mağdureye "seni rüyalarımda görüyorum dün sana pasta aldım yoktun" sözlerini sarf edip bir başka gün ise mağdurenin moralinin bozuk olduğunu görerek sebebini sorması üzerine, mağdurenin, erkek arkadaşının kendisine karşı ilgisizliğinden bahsetmesi üzerine sanığın " ben varım ya " dediğinin sübut bulması karşısında, mevcut hâliyle sanığın bedensel temas içeren ilk eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı, bedensel temas içermeyen sonraki eylemlerinin ise zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu ve her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek eylemlerin bir bütün olarak zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu şeklindeki gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması," Yargıtay 14. CD.'nin 14.01.2016 tarihli E. 2015 / 8268 K. 2016 / 235 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (25.03.2016)*

³⁴² Yargıtay 14. CD.'nin 09.05.2014 tarihli E. 2014/2439 K. 2014/6379 sayılı kararı

³⁴³ Yargıtay 14. CD.'nin 22.03.2016 tarihli E. 2016 / 440 K. 2016 / 2823 sayılı kararı

³⁴⁴ Yargıtay 14. CD.'nin 25.05.2015 tarihli E. 2015 / 2261 K. 2015 / 6685 sayılı kararı

³⁴⁵ Yargıtay 14. CD.'nin 18.09.2014 tarihli E. 2012 / 12224 K. 2014 / 10135 sayılı kararı

³⁴⁶ Yargıtay 14. CD.'nin 21.04.2014 tarihli E. 2013 / 541 K. 2014 / 11412 sayılı kararı

On beş yaşından küçük veya on beş yaşından büyük olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yetenekleri gelişmeyen çocuklara karşı gerek rıza ile gerekse cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka sebebe dayanarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturur. Kanun koyucu bu yaş grubu çocukların cinsel davranışlara göstereceği rızaya değer atfetmemiştir. Ancak on beş yaşından büyük ve fiilin hukuki anlam ve sonuçları algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirildiği takdirde cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Cebir, kişiye karşı bedenen hissedebileceği fiziki bir güç kullanmak suretiyle onun veya üçüncü bir kişinin davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirmektir.³⁴⁷ Cebir hâlinde, çocuğun hareket edebilme, irade hürriyeti ile ruh ve beden bütünlüğünün ihlal edilmek suretiyle³⁴⁸ amaçlanan cinsel istismar fiili gerçekleştirilmektedir. Böyle bir durumda çocuk belli bir acı hissetmekle ve bu acının etkisiyle failin amaçladığı yönde davranışta bulunmaktadır.³⁴⁹ Çocuk üzerinde gerçekleştirilen maddi cebrin, istismar fiilinin devamı sürecince sürdürülmesi veya mağdurun direncini tümüyle ortadan kaldırması aranmamakta, mağdurun ilk baştaki direncini kırarak ölçüde olması yeterli bulunmaktadır.³⁵⁰ Cebrin, bizzat mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Mağdurun yakınlık duyduğu kişiler üzerinde gerçekleştirilen cebir, mağdur çocuk açısından tehdit olarak nitelendirilir.³⁵¹

Manevi cebir olarak adlandırılan tehdit³⁵², kişideki iradenin oluşum aşamasına veya oluşan iradeye uygun olarak davranışlarını yönlendirebilme serbestisine müdahâle etmektedir.³⁵³ Tehditte, mağdurun cinsel davranışlara rıza göstermemesi durumunda, failin iradesine bağlı gelecekte bir kötülüğün

³⁴⁷ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 48; GÖKCEN, Ahmet, *Hürriyete Karşı Suçlar* (5237 sayılı TCK. m. 106-122), s. 8. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> (06.05.2016)

³⁴⁸ KARTAL MEMİŞ, Pınar, "Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Köksal Bayraktar Armağanı), C. 2, S. 2010/1, s. 1039.

³⁴⁹ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 348.

³⁵⁰ AYDIN, "Çocukların Cinsel İstismarı...", s. 30.

³⁵¹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 329; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 31.

³⁵² TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 232.

³⁵³ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete ...*, s. 49.

gerçekleşeceğini beyan etmesi söz konusudur.³⁵⁴ Bu beyanın çocuğun irade hürriyetini etkileyecek, iç huzurunu bozacak, korkutacak boyutta olması gerekmektedir.³⁵⁵ Kötülüğün bizzat çocuğun üzerinde gerçekleştirileceğinin beyan edilmesine de gerek yoktur, çocuğun yakınlık duyduğu kişi üzerinde gerçekleştirileceğinin beyan edilmesi durumunda da tehdidin şatları gerçekleşir.³⁵⁶ Genel olarak tehdit suçunda, ilerde yapılacağı söylenen kötülüğün, failin istediği şekilde davranmaktan daha ağır olması ve mağdurun korkutulduğu fiil yerine bunu tercih etmesi söz konusudur. Cinsel istismar suçu açısından da, mağdurun maruz kalmak ile korkutulduğu fiil yerine cinsel istismara uğramayı tercih etmesinin haklı görülmesi gerektiğini benimseyen görüşler bulunmaktadır.³⁵⁷ Ancak her ne kadar on beş on sekiz yaş arasındaki çocukların rızaları hukuken geçerli olsa da henüz zihinsel gelişimlerini tam olarak tamamlayamamış, hayat tecrübesi olmayan çocukların, hukuki değerler arasında tercih yapmak zorunda bırakılmasını eleştiren görüşler de bulunmaktadır.³⁵⁸ Tehdit, suçun işlendiği anda veya öncesinde istismar fiilin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılmalıdır. Fiilin işlenmesinden sonra gerçekleştirilen tehdit, suçun unsuru olarak kabul edilen tehdit olarak nitelendirilmez.³⁵⁹

Kişinin iradesinin oluşum aşamasını ve oluşan iradeye göre davranışlarını yönlendirebilme serbestini etkileyen bir diğer unsur hiledir. Hile hâlinde, kişi bir konuya ilişkin yanıltılmakta ve kişide olaylara ilişkin yanlış bir düşünce oluşmasına neden olunmaktadır.³⁶⁰ Hilenin unsur olarak yer aldığı cinsel istismar suçunda, fail, gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağdurun iradesini sakatlamakta ve mağdurun

³⁵⁴ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 331; BAKICI, Sedat, "Tehdit Suçu ve Unsurları", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1992, S. 5, s. 717.

³⁵⁵ ÇINAR, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 65; "Sanık Tarık Cankurt hakkında mağdure Feyza Macar'a karşı işlediği cinsel istismar suçu açısından; oluş ve kabule göre, mağdure Feyza ile yalnız kalan sanığın, mağdureye cinsel istekte bulunup, bıçak doğrultarak cinsel istekte bulunup, yere yatmasını istediğinde tedirgin olan mağdurun yere yatıp ağlamaya başlaması üzerine, kendi pantolonunun düğmelerini açmaya çalışan sanığın bir anlık dalgınlığından faydalanan mağdurenin yerden hızlıca kalkması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık hakkında uygulama maddesi olarak 5237 sayılı Yasanın 103/1-b madde ve fıkrası yerine, aynı Yasanın 103/1-a madde ve fıkrasının gösterilmesi," Yargıtay 6. CD'nin 13.05.2013 tarihli E. 2012/20309 K. 2013/10841 sayılı kararı (Akt. GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 240.)

³⁵⁶ ÇINAR, *Tehdit Suçu*, s. 68; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 329; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 31; BAKICI, "Tehdit Suçu ve Unsurları", s. 719.

³⁵⁷ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 31.

³⁵⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 170.

³⁵⁹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 331.

³⁶⁰ ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete ...*, s. 58.

içinde bulunduğu bu durumdan yararlanarak istismar fiilini gerçekleştirmektedir.³⁶¹ Özellikle çocuklar bakımından hilenin suçun unsuru olması ve çocuğun bir yetişkine göre kandırılmasının daha kolay olması sebebiyle, hile cinsel istismar suçunda önemlidir.³⁶² Failin, mağdura evlenme vaadinde bulunarak cinsel davranışı gerçekleştirmesi durumunda, cinsel istismar bakımından hilenin varlığından bahsedilip bahsedilmeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş, evlenme vaadinin, kişinin koruyucu tutum takındığı cinsel özgürlüğünden vazgeçmesine tek başına yol açmayacağını ve dolayısıyla evlenme vaadinin hileli davranış olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır.³⁶³ Buna karşı olan görüş ise, her ne kadar yetişkinler bakımından evlenme vaadinin hileli durumu oluşturmadığı kabul edilse de, söz konusu mağdur, çocuk olduğunda, böyle bir vaatte bulunarak cinsel davranışlara rızanın alınmasını hile olarak nitelendirmek gerektiğini ifade etmektedir.³⁶⁴

Cebir, tehdit, hile yanında iradeyi etkileyen başka davranışlarla da cinsel istismar suçunun işleneceği belirtilmiştir. Ancak kanunda iradeyi etkileyen nedenlerin ne olduğu doğrudan ve açıkça ifade edilmemiştir. Bu durum doktrinde, kavramın, kıyasa neden olabileceği ve kanunilik unsurunu ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁶⁵ Ayrıca bu durum cebir, tehdit, hile içermemekle birlikte, mağdurun ikna edilmek suretiyle iradesinin etkilenmesine sebep olacak fiillerin de suç kapsamına alınmasına neden olacaktır ki bu da suçun uygulanma alanını genişletecektir.³⁶⁶ İradeyi etkileyen bir başka neden ifadesiyle anlatılmak istenen,

³⁶¹ “Sanığın, atölyesinin önünden geçmekte olan mağdureyi atölyenin içine çağırıp, kapıyı kapatıp “sana para vereceğim ancak karşılığında istediğimi yapacak mısın, sözümü tutacak mısın” diye sorduğunda mağdure “ ne yapacağım” diye sorunca sanığın mağdurenin saçlarını okşayıp ellerini tutması, yanağını okşamayı ve mağdureye “biraz vücudunu elleyeceğim” diyerek birden elleriyle göğüslerini okşamaya başlaması, bunun üzerine mağdurenin “ne yapıyorsun” diyerek kaçması şeklinde gerçekleşen eylemin olay tarihinde 15-18 yaş grubunda olan mağdurenin sosyo-ekonomik durumunun da zayıf olmasından faydalanmak suretiyle “sana para vereceğim” diyerek hileli davranışlarda bulunması olarak değerlendirilip, TCK’nın 103/1-b’de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, sanığın bu maddeye göre cezasının tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden 18 yaşını ikmal etmeyen mağdureye yönelik rızası dışındaki eylemi nedeniyle TCK’nın 102/1 maddesi kabul edilerek şikayet yokluğundan düşme kararı verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 20.11.2013 tarihli E. 2011/22998 K. 2013/11802 sayılı kararı (Akt. GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 238.)

³⁶² KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 171.

³⁶³ ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2011, s. 319.

³⁶⁴ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 172; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 332.

³⁶⁵ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 397.

³⁶⁶ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 397.

“sağır veya dilsizlik”, “geçici nedenler” ya da “alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunma” hâlleridir.³⁶⁷ Mağdurun alkol ve uyuşturucuyu kendi almasını veya geçici nedenleri kendisinin yaratmasının suçun oluşması üzerinde bir etkisi yoktur. Bu durumlara, mağdurun bizzat kendisi sebebiyet vermiş olsa dahi, failin bu durumlardan yaralanarak suçu işlemiş olması hâlinde sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.³⁶⁸ Doktrinde, iradeyi etkileyen başka bir neden ibaresiyle mağdurun rızasızlığının ifade edilmeye çalışıldığını düşünen yazarlar da vardır.³⁶⁹

TCK m.103/1-b’de belirtilen çocuklar bakımından suçun oluşması için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin varlığının zorunlu olup olmadığının incelenmesi gereklidir. TCK m. 103/1-b’de “sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar” ifadesi suçun oluşması bakımından mağdurun rızasının yokluğunun yeterli olmayacağı yönünde bir çıkarıma neden olmaktadır.³⁷⁰ Bu nitelendirme aynı zamanda cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ayırım ölçütüne de aykırıdır. Cinsel saldırı bakımından mağdurun rızası hilafına saldırı fiilinin gerçekleşmesi yeterli iken, daha savunmasız durumda bulunan çocuk bakımından bu suçun ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlerle gerçekleştirilmesi tutarsız bir sonuca neden olmaktadır.³⁷¹ Esas itibarıyla mağdurun rızasının yokluğu suçun oluşması için yeterlidir. Bunun yanı sıra, ayrıca ve özellikle söz konusu fiillere de bu madde kapsamında suç olarak yer verilmesi mağdurun çocuk olması ve direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, mahkemelere yol gösterici nitelikte yapılmış bir düzenlemedir.

³⁶⁷ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 220; HOROZGİL, Denizhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)”, *TBBĐ*, Ankara 2011, S. 93, s. 126; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 287; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 33; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 174; ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s. 89; PARLAR, BANKO, “6545 Sayılı Kanun İle...”, s. 101.

³⁶⁸ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 33; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 174; ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s. 89; HOROZGİL, Denizhan, “Çocukların Cinsel İstismarı...”, s. 126.

³⁶⁹ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 170.

³⁷⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 281.

³⁷¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 281.

c. Nitelikli Cinsel İstismar

Cinsel istismar suçunun nitelikli hâli ile yaptırım altına alınan fiil, vücuda organ veya sair cisim sokulmasıdır.³⁷² Suçun bu şekli bakımından da, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rıza ehliyetleri bulunmamaktadır. On beş yaşından büyük ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek çocuklar bakımından ise ancak rızaları hilafına yani cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir nedenle gerçekleştirilmesi hâlinde TCK m.103/2 kapsamındaki suç oluşacaktır.³⁷³ Bu yaş grubundaki bir çocukla rızasıyla dahi olsa cinsel ilişkiye girilmesi suçtur. Ancak bu suç, TCK m. 103/2'deki nitelikli cinsel istismar suçu değil, takibi şikâyetle bağlı olarak düzenlenmiş olan madde 104'deki³⁷⁴ reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur.³⁷⁵

³⁷² “Oluş ile tüm dosya içeriğine göre; mağdurun kovuşturma evresinde, suça sürüklenen çocuğun kendisini parktaki tuvalete götürüp boğazını sıkarak yere yatırdıktan sonra **anal yoldan cinsel** organını soktuğunu, bir kere de her iki suça sürüklenen çocuğun kendisini danışman mevkiindeki mescide götürerek sırayla **anal yoldan** organ soktuklarını beyan etmesi, mağdurun soruşturma evresinde de benzer anlatımlarda bulunması, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 16.02.2015 tarihli raporuna göre mağdurun beyanlarına ana hatları ile itibar edilebileceğinin belirtilmesi, bu anlatımları destekler mahiyette suça sürüklenen çocuk ...'in aşamalarda, ...'in kendisine parkta bulunan umumi tuvalet içinde mağdura **nitelikli cinsel istismarda** bulunduğunu söylediğini beyan etmesi karşısında, suça sürüklenen çocuk ...'in mağdura karşı zincirleme şekilde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun **nitelikli cinsel istismarı** ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işlediği sübut bulunduğu halde TCK'nın 103/2-3-4-6-43 ve 109/2-3-b-f-5, 43 maddeleri uyarınca mahkûmiyeti yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi,” Yargıtay 14. CD.'nin 19.01.2016 tarihli E. 2015/6175 K. 2016/379 sayılı kararı www.hukukturk.com (29.07.2016)

³⁷³ “Mağdure beyanları, sanık savunmaları, mağdureye ait adli muayene raporları ve tüm dosya kapsamı bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde; sanığın mağdureyi mağdurenin arkadaşı olan tanık H. ile okuldan aynı anda çıkmaları hâlinde yanlış anlaşılma olabileceğinden bahisle onu okulun bodrum katında bulunan kapıdan çıkmaya ikna etmek suretiyle hile kullandığı, akabinde bodrum katına beraber inerek okul kapısından çıkacağı esnada kapıyı açar gibi yapıp yeniden kapattığı, mağdurenin bileklerinden tuttuğu, mağdurenin elinden kurtulup koridor boyunca kaçması nedeniyle peşinden kovalayıp yakalayarak omzuna doğru kaldırıp mağdureyi yemekhanenin içine götürdüğü, mağdurenin yorgunluktan direnci kırıldığında da zorla yemekhanenin içinden tuvaletlerin olduğu bölüme götürüp ittirerek cebir kullandığının anlaşılması karşısında sanığın atılı suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” Yargıtay 14. CD.'nin 11.11.2014 tarihli E. 2014 / 6462 K. 2014 / 12542 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (03.04.2016)

³⁷⁴ “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, “iki yıldan beş” yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³⁷⁵ “Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili beyanları, savunma, tanık anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın, onbeş-onsekiz yaş grubunda bulunan mağdureye yönelik cinsel ilişki eylemini onun rızası dışında gerçekleştirdiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut hâliyle eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.'nin 15.02.2016 tarihli E. 2015 / 7905 K. 2016 / 1237 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (03.04.2016)

Kanun koyucu madde metninde, nitelikli cinsel istismarın gerçekleşmesi için sadece organ veya sair cismin vücuda sokulmasından bahsetmekte, vücudun hangi bölgesine sokulacağı ile bu bölgelere herhangi bir organ veya cismin sokulmasının suçun oluşumu için yeterli olup olmayacağı hususlarına açıklık getirmemektedir.³⁷⁶ Kanunun gerekçesinde belirtilen “*vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir.*” şeklindeki ifadeyle fiilin gerçekleştirileceği vücut bölgesine işaret edilmiştir³⁷⁷, ancak öğretilde, organ veya cisim sokmaya elverişli kulak boşluğu, burun deliği gibi vücut boşluklarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini benimseyen görüşler bulunmaktadır.³⁷⁸ Buna göre, sokulmaya çalışılan organ veya cisim ile vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki olması gerekli ve yeterlidir. Ancak bu cinsel bağ veya ilişki, sadece organ veya cismin veya sokulmaya çalışılan vücut bölgesinin cinsel hassasiyet arz etmesinden kaynaklanmamakta aynı zamanda hareketlerin cinsel bütünlüğünden ve anlamından da kaynaklanmaktadır. Bu gerekçeyle, somut olayın özelliğine göre failin cinsel organını mağdurun göğüsleri, parmakları arasına ya da kulağına sokması durumunda da suçun nitelikli hâli oluşacaktır.³⁷⁹ Doktrinde genel kabul gören görüş ise, suçun vajinal, anal, oral yoldan işlenebileceği, kulak ve burun boşlukları organ sokmaya elverişli olsa da, sokma eylemine cinsellik vasfı kazandırmadığı için suçun nitelikli hâli olarak kabul edilemeyeceği yönündedir.³⁸⁰ Çünkü sokma fiili, fiilin üzerinde icra edileceği vücut boşluklarından ayrı olarak cinsellik vasfı kazanamaz.³⁸¹ Vücudun belirtilen bölgelerine organ veya sair bir cismin az da olsa girmesi bu nitelikli hâlin uygulanması açısından yeterlidir.³⁸²

Nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücuda vajinal, anal ya da oral yoldan, organ veya sair cisim sokulması gerekmektedir. Kanunda “cinsel organ”

³⁷⁶TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 153; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 350.

³⁷⁷ ÜZÜLMEZ, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s. 34.

³⁷⁸ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 322; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 156.

³⁷⁹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 322.

³⁸⁰ ÜZÜLMEZ, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s. 34; SAVAŞÇI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s.81; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 298; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 650; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 351; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 182; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 102; PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Nisan 2010, s. 205

³⁸¹KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293.

³⁸² YCGK'nun 17.12.2013 tarihli E. 2013 / 14-294 K. 2013 / 615 sayılı kararı <http://www.sinerji.mevzuat.com.tr/index.jsf#> (27.05.2016)

yerine “organ” tabiri kullanılmıştır. Bu nedenle, cinsel organ yanında özellikle kadının fail olduğu durumlarda vücuda girme özelliği bulunan parmak³⁸³, el, ayak, dil gibi organların sokulması suretiyle de nitelikli cinsel istismar suçu işlenebilir.³⁸⁴ Vücuda organ dışında, yapay penis, cop, şişe, muz, gibi katı maddeler ve mağdurun acı hissetmesi aranmadığı için cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek şekilde sıvı maddelerin de sokulması³⁸⁵ suçun oluşması için mümkündür.³⁸⁶

Kanunun gerekçesinde, suçun basit hâlden farklı olarak, nitelikli halinde gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması aranmamıştır. Bu ifade, failin cinsel organı dışındaki parmak gibi herhangi bir organını veya sair cismi oral yoldan mağdura sokması durumunda da cinsel istismarın nitelikli hâlinin oluşacağı yönünde bir yoruma kapı aralamaktadır. Her ne kadar nitelikli cinsel istismar için cinsel tatmin amacı aranmasa da gerçekleştirilen davranışın objektif olarak şehvi nitelik taşıması gerekmektedir.³⁸⁷ Bu bakımdan parmak veya sair bir cismin mağdurun ağızına sokulması objektif olarak şehvi nitelik taşımaya elverişli olmadığı için aynı suçu oluşturduğu söylenemez. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışılan vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiğini vurgulayarak, parmağın veya dilin mağdurun ağızına sokulmasını her iki organında cinsel özellik taşımadığı gerekçesiyle suçun nitelikli hâli kapsamına almamıştır.³⁸⁸

³⁸³“Oluşa uygun şekilde mahkemece sanığın parmağını mağdurenin cinsel organına soktuğunun kabul edilmesine rağmen, sanığın eylemine uyan 5237 sayılı TCK. nın 103/2 nci maddesi yerine, 103.1 inci maddesi uygulanmak suretiyle hüküm kurulması...” Yargıtay 14. CD’nin 05.04.2012 tarihli 2012 / 4031 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (03.04.2016)

³⁸⁴ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 182; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 33; NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 232; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 43.

³⁸⁵ Sıvı maddelerin sokma fiiline elverişli olmadığı yönünde görüş için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 157.

³⁸⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293; ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s. 108; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 175; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 285.

³⁸⁷ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 351; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 102; TANER, *Türk Ceza Hukuku Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 156; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 351.

³⁸⁸ “TCK’nın 103/2. Maddesindeki “ organ” tabiriyle Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ sokma eylemleri ile birlikte cinsel organ dışında vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması hâlinde suçun nitelikli hâlinin oluşabileceği, ayrıca sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağızına sokması vücuda orga sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağızına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden ...” 14. CD. 28.05.2014 tarihli E. 2014/3281 K. 2014/7140 sayılı kararı (Akt. GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 34.); “Bu itibarla,

Suçun kanuni tarifinde haksızlık olarak nitelendirilen fiil, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulmasıdır. Bu bakımdan failin, kendi vücuduna organ sokturmasının suçun nitelikli hâlini oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre³⁸⁹, organ veya sair cisim sokulan vücudun, mağdurun vücudu olmadığı, dolayısıyla suçun tarifinde belirtilen tipik hareketin gerçekleşmediği gerekçesiyle, faili suçun nitelikli hâlinde değil ancak suçun temel şeklinden dolayı sorumlu tutmak gerekir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.³⁹⁰ Ancak kanaatimizce de kabul edilen diğer bir görüş ise³⁹¹, fail tarafından kendisine organ sokturulan çocuk bakımından da nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağını benimsemektedir. Bu durumda bulunan çocuk da en az kendisine organ veya sair cisim sokulan çocuk kadar mağdur konumundadır. Aksi durum çocuğu fiziksel ve ruhsal olarak derinden etkileyen bu durumu basite indirgemek ve çocuğu koruma üstün amacından uzaklaşmak olacaktır.

2. Netice

Netice, ihmali veya icrai bir davranışla gerçekleştirilen fiilin, harici dünyada meydana getirdiği, ceza hukuku açısından önem arz eden değişikliktir.³⁹² Netice, klasik suç teorisine göre fiilin bir alt unsurudur.³⁹³ Bu teoriye göre, suçun kanuni tarifinde belirtilmese dahi, her suçta ister neticesi hareketten ayrı isterse harekete bitişik mutlaka bir netice bulunmaktadır. Esas itibariyle suçun hukuki konusunu oluşturan hak ve menfaatlara zarar vererek veya tehlikeye sokarak ihlal etmek başlı

her somut olayda hangi organ veya cismin vücudun hangi bölgesine sokulmaya çalışıldığı, sokulmak istenen organ veya cisimle içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunup bulunmadığı, yapılan davranışın objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelik taşıyıp taşımadığı, mağdurun cinsel özgürlüğünün suçun temel şekline göre daha ağır bir biçimde ihlal edilip edilmediği belirlenmeli ve sonucuna göre uygulama yapılmalıdır. Bu bakımdan, failin cinsel organını mağdurun ağızına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde ise de ağza parmak sokulması veya somut olayda olduğu gibi öperken dilin ağza sokulması vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyecektir.” YCGK'nun 17.12.2013 tarihli E. 2013 / 14-294 K. 2013 / 615 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (27.05.2016)

³⁸⁹ ÜZÜLMEZ, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s. 34; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 183

³⁹⁰ “Suçun mağduru Mesut'a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında; dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu hâlde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 5. CD'nin 03.05.2010 tarihli E. 2009/14703 K. 2010/3231 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (02.04.2016)

³⁹¹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 35.

³⁹² ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 44.

³⁹³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163.

başına bir neticedir.³⁹⁴ 5237 sayılı TCK'ya hâkim olan suç teorisine göre, netice, fiilin bir unsuru değil, fiilden bağımsız olarak suçun maddi unsurlarından biridir³⁹⁵ Bu nedenle, netice ancak suçun kanuni tarifinde belirtildiği zaman bir unsur olarak dikkate alınacaktır.³⁹⁶ Suçun kanuni tarifinde neticenin unsur olarak arandığı neticeli suçlar yanında neticesiz suçlar da yer almaktadır. Suçun tamamlanması için yalnız hareketin yapılmasının yeterli olduğu ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin gerekmediği suçlara *sırf hareket suçları*, salt fiilin icra edilmesinin yeterli olamadığı ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin gerektiği suçlara ise *neticeli suç* denilmektedir.³⁹⁷

Çocukların cinsel istismarı suçunun kanuni tarifinde, basit ve nitelikli şekli bakımından netice unsuruna yer verilmemiştir. Suçun basit hâli, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi ile tamamlanmaktadır. Nitelikli hâli için ise, cinsel bir obje olarak kullanılan vücudun vajinal, anal veya oral bölgesine organ veya sair cismin sokulması yeterlidir.³⁹⁸ Ayrıca failin cinsel arzularını tatmin etmiş olması aranmadığı gibi başka bir neticenin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından aranmamıştır.³⁹⁹ Bu nedenle çocukların cinsel istismarı *sırf hareket suçudur*.

3. Nedensellik Bağı

Harici dünyadaki değişikliğin kişiye izafe edilebilmesi, bu değişikliğin kişinin hareketinden doğmasını gerektirir.⁴⁰⁰ Bir kişinin neticeden sorumlu tutulabilmesinin şartı, icra edilen fiil ile netice arasındaki nedensellik bağının var olmasıdır.⁴⁰¹ Başka

³⁹⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 372. Benzer görüşteki diğer yazarlar için bkz. ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 45; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 222; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 172; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 132.

³⁹⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 185.

³⁹⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163.

³⁹⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 200; benzer yönde bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 185-186; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163-164.

³⁹⁸ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 299; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 650; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 323.

³⁹⁹ ERSÖZÖĞLU, Haydar, *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimsel Enstitüsü, Kocaeli, 2010, s. 60.

⁴⁰⁰ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 228; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 138.

⁴⁰¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 167.

bir ifadeyle ortaya çıkan netice ile failin fiili arasında bir neden- sonuç ilişkisi kurulamıyorsa, failin söz konusu neticeden dolayı sorumluluğu doğmayacaktır.

Nedensellik bağı, TCK'da genel bir hükümde yer almamakla birlikte, suçun kanuni tarifinde hareketin yanında neticenin de unsur olarak arandığı, neticeli suçlar bakımından söz konusu olan bir husustur.⁴⁰² Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olup ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekli değildir. Bu nedenle sırf hareket suçları bakımından nedensellik bağı, suçun maddi unsuru değildir ve dikkate alınmamaktadır.⁴⁰³ Çocukların cinsel istismarı suçu da sırf hareket suçu olduğu için nedensellik bağının varlığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

4. Fail

TCK'nın faillik başlıklı 37. maddesine göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Çocukların cinsel istismarı suçunun faili, bir çocuğu cinsel yönden istismar eden kişidir.⁴⁰⁴ 765 sayılı TCK döneminde ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık suçlarında fail sadece erkek olabiliyor iken 5237 sayılı TCK'da cinsiyet farkı olmaksızın kadın, erkek veya çocuk herkes bu suçun faili olabilir.⁴⁰⁵ Bu suçun faili, mağdur ile farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir.⁴⁰⁶ Dolayısıyla bir kadının, bu suçu erkek veya kız çocuğuna karşı işlemesi mümkün olmakla beraber bir erkeğin de bir erkek veya kız çocuğuna karşı bu suçu işlemesi mümkündür.⁴⁰⁷

⁴⁰² KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 165.

⁴⁰³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 464.

⁴⁰⁴ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 345.

⁴⁰⁵ BAYTEMİR, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...*, s. 218; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 57; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 272; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 639; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 362; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 156; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 97; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 310; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 18; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 351; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 277; ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'unda...*, s. 86; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 306; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 341.

⁴⁰⁶ SEVÜK, Handan Yokuş "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, Nisan 2005, s. 295.

⁴⁰⁷ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 351; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 342.

Çocuğun, kendisine organ veya cisim sokmaya zorlayan failin vasfının ne şekilde değerlendirileceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, çocuğu kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği şeklindedir.⁴⁰⁸ Fiilin, bir çocuk üzerinde bir başka kişiye zorla yaptırılması hâlinde dolaylı failliğin söz konusu olmayacağını savunan diğer görüşe göre ise, failin kendi vücudu üzerinde çocuğa yaptırdığı davranışlar bakımından doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerekir.⁴⁰⁹ Dolaylı fail, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişidir. (TCK madde 37/2) Bu kişinin kusur yeteneği olmayan bir kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanması durumunda cezası artırılmaktadır. Kanaatimizce de kendisine organ sokturan fail, doğrudan fail konumundadır. Böyle bir durumda cinsel istismar suçunun oluştuğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Failin kendisini tahrik etmesi için çocuğa kendi bedenini elletmesi olayında basit cinsel istismar bakımından doğrudan fail olarak sorumlu olduğu gibi kendisine organ veya sair cisim sokturması durumunda da nitelikli cinsel istismar suçu bakımdan doğrudan fail sıfatıyla sorumludur. Failin iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması durumunda dolaylı faillik söz konusu olur.⁴¹⁰

Cinsel istismar suçunda failin yaşı bakımından kanunda özel bir düzenleme getirilmemiştir. Buna göre suçun faili çocuk da olabilir. Failin çocuk olması hâlinde cezai sorumluluk TCK m. 31 çerçevesinde tayin edilecektir.⁴¹¹ On beş yaşından küçük çocukların rıza ile gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar bakımından cinsel istismar suçunun oluşup oluşmayacağı ve oluştuğu kabul edildiği taktirde suçun failinin tayini konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, çocukların rızaları ile cinsel ilişkiye girmesi hâlinde, her iki çocuk bakımından fail ve mağdur sıfatı birleştiği için, faili tespit etmek konusunda tereddütleri gidermek adına cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail olarak kabul edilmesi gerekir.⁴¹² Diğer bir görüş ise, her iki tarafında mağdur ve fail sıfatını taşıyacağı ve cinsel istismar suçunun oluşacağını savunmaktadır.⁴¹³ Buna karşın, bu yaş grubu çocukların karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamında cezalandırılmaması gerektiği yönünde

⁴⁰⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 314.

⁴⁰⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 184.

⁴¹⁰ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 336.

⁴¹¹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 18.

⁴¹² ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 307.

⁴¹³ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla ...*, s. 74.

görüşler de bulunmaktadır.⁴¹⁴ Doktrinde genel kabul gören görüş ise kanun da bu konuda bir boşluk olduğu ve sorunun çözümü için çocuklar arasındaki cinsel davranışları düzenleyen hüküm konulmasının gerekliliği yönündedir.⁴¹⁵

On beş - on sekiz yaş arasındaki çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar bakımından gösterecekleri rıza hukuken geçerli olduğu için on beş yaşından büyük olan bir çocuk ile yine bu yaş grubu bir çocuğun gerçekleştirdiği davranışlar suç oluşturmaz. Bu yaş grubu çocuklar bakımından cebir, tehdit, hile olmadan yani rıza ile gerçekleştirilen cinsel ilişki şikâyeteye bağlı bir suç olarak TCK madde 104’de düzenlenmiştir. Asıl sorun on beş yaşından büyük iki çocuğun rıza ile girdiği cinsel ilişki açısından da bu suçun oluşup oluşmayacağı veya oluşması hâlinde mağdur ve failin kim olduğudur. On beş yaşından küçüklerde olduğu gibi ikna eden tarafın fail olduğu ve her iki çocuğun da fail ve mağdur olduğuna yönelik görüşler bu yaş grubu çocuklar bakımından da aynıdır. Bununla birlikte reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin ancak on sekiz yaşını doldurmuş kişi olabileceği ve bu gerekçeyle her iki çocuğun cezalandırılmaması gerektiği yönünde bir başka görüş de bulunmaktadır.⁴¹⁶

Kanaatimizce, gerek on beş yaşından küçük olan çocuklar arasında rıza ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar gerekse on beş on sekiz yaş arasındaki çocukların rıza ile birbiriyle cinsel ilişkiye girmeleri durumunda cinsel istismar suçu oluşmamaktadır. Faili ve mağduru belli olmayan bir suç olmayacağı için bu yaş grubu çocukların özellikle çevresinde ve medyada gördüğü cinsel içerikli davranışları sırf meraktan veya cinselliği bir oyun olarak görmelerinden⁴¹⁷ ötürü gerçekleştirmeleri hâlinde çocukları cezalandırma yoluna gidilmemelidir. Bu

⁴¹⁴ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 362

⁴¹⁵ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 156; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 62; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 292. TANER, çocuklar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışların, aralarındaki yaş farkı üçü geçmeyen çocuklar bakımından şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenerek bu boşluğun giderilebileceğini savunmaktadır. Bkz. TANER, Fahri Gökçen, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, *TBB*, Ankara 2016, S. 124, s. 244.

⁴¹⁶ KÖKSAL, Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’YA ARMAĞAN, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, C. II, s. 695.

⁴¹⁷ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 19.

durumun ceza alanı dışına çıkarılarak aile ve toplum disiplini çerçevesinde çözülmeye çalışılması gerekir.⁴¹⁸

5. Mağdur

Her suçun bir faili olduğu gibi mutlaka bir mağduru da vardır⁴¹⁹ Mağdur, ceza normu tarafından koruma altına alınan suçun hukuki konusunu oluşturan değer ait olduğu kişidir.⁴²⁰ Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru, kız veya erkek ancak yaşayan bir çocuk olabilir.⁴²¹ Ölü bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu değil, TCK m.130/2’de düzenlenen ölüne hatırasına hakaret suçunu oluşturabilir.⁴²² TCK m.103’te bu suçun mağduru olan çocuklar, cinsiyete önem verilmemekle birlikte yaş grupları ve akli gelişmişlik düzeyi dikkate alınarak⁴²³ on beş yaşından küçük ve on beş on sekiz yaş aralığında olan çocuklar şeklinde ikili bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Bu ayırımın yanı sıra on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ise gelişmişlik düzeyleri dikkate alınarak on beş yaşından küçük çocuklarla aynı kategoride değerlendirilmiştir. Doktrinde cinsel istismar mağduru çocuklar hakkındaki yaş kategorizasyonun, cezai ehliyetteki yaş gruplarına uygun olmasını daha doğru bulan görüşler bulunmaktadır. Buna göre, on beş yaşın altında olan tüm çocukları, cinsel istismar suçunun mağduru olmaları bakımından aynı konumda değerlendirmek hem arzu edilen koruma hem de tıbbi gerçeklerle çelişmektedir. On beş yaşın altındaki tüm çocukları, eylemin ağırlığı bakımından aynı biçimde değerlendirmek doğru değildir.⁴²⁴

On beş yaşından küçük olan veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleştirilen

⁴¹⁸ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2006, s. 806.

⁴¹⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 152; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 104.

⁴²⁰ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 105.

⁴²¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 310; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 144; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 306; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 342; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 363.

⁴²² ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 342

⁴²³ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 73.

⁴²⁴ YALÇIN SANCAR, Türkan, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2008, Y. 4, S. 52, s. 14.

her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Cebir, tehdit, tehdit ve iradeyi etkileyen diğer durumların olması hâlinde suçun nitelikli hâli söz konusu olacaktır. Kanun koyucu bu yaş grubunun cinsel davranışlara rızasını mutlak surette geçerli saymamıştır.⁴²⁵ On beş on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar bakımından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturur. Bu yaş aralığı bakımından cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlara gösterilen rıza hukuken geçerli olmakla birlikte cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar bakımından rızanın varlığı suçun vasfını değiştirecektir.⁴²⁶

On beş yaşını tamamlamış çocuklar bakımından kendisine karşı gerçekleştirilen “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin incelenmesi gereklidir. Failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için işlediği fiilin muhtevasını bilmesi ve bunun şuurunda fiilini gerçekleştirmesi anlamına gelen kusur yeteneğine sahip olması gerekir.⁴²⁷ Fail bakımından aranan bu kriter, on beş yaşından büyük çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak için cinsel istismar suçunun mağduru açısından da aranmıştır.⁴²⁸ TCK’da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olmadığı durumlar yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizliktir.⁴²⁹

⁴²⁵ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 145.

⁴²⁶ “Sanık, tanışma aşamasında kendisini farklı isimde ve polis memuru olarak tanıtmış ise de, mağdurenin ifadelerinde **cinsel ilişkinin** kendisinin hile ve ikna edilmesi sonucu gerçekleştirildiğine dair herhangi bir anlatımının bulunmaması, dosya içeriğine uymayan şekilde mağdurenin kolasına uyusturucu katılması sonucu tecavüz edildiğini ifade etmiş olması karşısında, dosya kapsamına göre nitelikli **cinsel istismar** suçunun hile unsurunun oluşumuna yetecek nitelikte sübuta yeter delil bulunmadığı, oluş ve kabule göre, sanığın suç tarihlerinde 15-18 yaş aralığında bulunan mağdure ile birden fazla kez rızaen **cinsel ilişkiye** girme eyleminin, **reşit olmayanla cinsel ilişki** suçunu oluşturduğu ve eylemlerinin TCK’nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu, kastın yoğunluğu ve suçun işleniş biçiminin TCK’nın 61. maddesi kapsamında alt sınırdan uzaklaşarak teşdiden ceza tayininde nazara alınabileceği gözetilmeden, dosya kapsamına uygun olmayan şekilde çocuğun nitelikli **cinsel istismarı** suçundan hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.’nin 01.10.2014 tarihli E. 2014/4514 K. 2014/10774 sayılı kararı ; “Sanık hakkında çocuğun nitelikli **cinsel istismarı** suçundan verilen beraat hükmüne yönelik temyize gelince; Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.05.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 24.06.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile **cinsel ilişkiye** girdiği, eylemin bu haliyle TCK’nın 104/1. maddesinde tanımlanan **reşit olmayanla cinsel ilişki** suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 04.11.2014 tarihli 2013/1323 K.. 2014/12142 sayılı kararı [http://www.sinerji.mevzuat.com.tr/index.jsf#\(29..07.2016\)](http://www.sinerji.mevzuat.com.tr/index.jsf#(29..07.2016))

⁴²⁷ Kusur yeteneğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, II, s. 155 vd.; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 334 vd.

⁴²⁸ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 364.

⁴²⁹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 364.

Cinsel istismar suçunun mağduru bakımından da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini kaldıran hâller genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁴³⁰

Doktrinde, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılama yeteneği” ölçütünün, cinsel istismar suçunun mağduru açısından aranması eleştirilmiştir.⁴³¹ Kanunda kullanılan “fiilin hukuki anlam ve sonuçları” ibaresi lafzi olarak yorumlandığında çocuğa, fiilin tam anlamıyla hukuki niteliği ve sonuçlarıyla bilinmesi zorunluluğu yüklediği şeklinde bir neticeye varılmaktadır. Bu nedenle doktrinde çoğunluğun görüşü, mağdurun rıza gösterdiği fiilin hukuki olarak ne anlama geldiğini bilmesine gerek olmadığı, vücudu üzerinde gerçekleştirilen fiilin cinsel bakımdan nasıl bir anlama ve etkiye sahip olduğunu bilmesinin yeterli olduğu yönündedir.⁴³² Gerçekten çoğu zaman yetişkin kişilerin dahi bir fiilin hukuki boyutunu anlamakta zorlandığı göz önüne alındığında, fiziksel ve psikolojik olarak belli bir olgunluğa ulaşmamış çocuklardan böyle bir algıyı beklemek çocuğun korunması amacına hizmet etmez. Dolayısıyla kanunda, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” yerine “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ifadesinin kullanılması daha yerinde olacaktır.⁴³³

Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru açısından değinilmesi gereken bir diğer konu evlenme veya mahkeme kararı ile ergin olmuş çocukların durumudur. TCK m. 6 ve ÇKK m. 3/1-a düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, evlenme veya mahkeme kararıyla daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmayan kişiler çocuk olarak kabul edilir. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından esas alınan ölçüt yaş olduğuna göre, evli veya mahkeme kararıyla ergin olmuş⁴³⁴ çocuklar da bu suçun mağduru olabilir. Çocukların evlilik birliği içinde rızaya dayalı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar, evlilikleri Medeni Kanun gereğince yapılan resmi bir nikâha dayanıyorsa çocukların cinsel istismarı suçunu

⁴³⁰ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 145.

⁴³¹ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 644; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 364; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 152; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 343; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 271.

⁴³² MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 166; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 271.

⁴³³ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 364; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 272.

⁴³⁴ Evlenme ve ergin olma yaşı ile ilgili ilk bölümde yapılan açıklamalara bakınız.

oluşturmayacaktır.⁴³⁵ Burada asıl tartışmalı olan husus on beş yaşını doldurmuş küçüğün evlilik birliği içerisinde eşi tarafından cinsel istismara uğraması durumunda TCK m. 102 ve 103'te düzenlenen hükümlerden hangisinin uygulanacağına ilişkindir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, evlenmekle eş, diğer eşe cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılamayacağı için, on sekiz yaşından küçük olan diğer eşe karşı rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturur.⁴³⁶ Ayrıca eşler arasında cinsel saldırıyı düzenleyen TCK 102/2. maddesinden⁴³⁷ farklı olarak evli çocuk olan eşin şikâyeti aranmayacaktır.⁴³⁸ Benzer yönde diğer bir görüş ise çocuk yaşıta yapılan evlilikler sırasında gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilip gerçekleştirilmeme durumuna göre ikiye ayırarak incelemiştir. Buna göre, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilen istismar, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturur. Ancak bu unsurlar bulunmuyorsa, evlenmenin varlığı rızanın varlığını göstereceği için cinsel istismar suçu oluşmayacaktır.⁴³⁹ Doktrinde bir başka görüş ise, evlilik birliği içinde gerçekleştirilen cinsel istismarın, özel bir düzenleme olan m.102/2 ile bağlantılı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁴⁰ Bu görüşe göre, çocuk eşe karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara cinsel istismara ilişkin hükümler değil, cinsel saldırıya ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁴⁴¹ 765 sayılı TCK'da on beş yaşını tamamlamamış ancak resmi olarak evli olan⁴⁴² çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel

⁴³⁵ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 343; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 344.

⁴³⁶ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 366. Eşler arasında da cinsel istismar suçunun işlenebileceğine ilişkin benzer görüşler için bkz. SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 239; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 167; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı ...*, s.53; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 25; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 71; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 148.

⁴³⁷ HAFIZOGULLARI, kocanın karısının vücuduna rızası olmaksızın organ sokması fiilini düzenleyen TCK m.102/2 ciddi şekilde eleştirmiştir. Bu durumu kocanın, cinsel ilişkide bulunmaya hakkı olmayan kimselerle eş tutularak onlar gibi cezalandırılması kanun koyucunun kocalardan intikam alması şeklinde yorumlamıştır. HAFIZOGULLARI, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 5.

⁴³⁸ SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 240; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 167; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 366

⁴³⁹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 344.

⁴⁴⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 310; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 80;

⁴⁴¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 273.

⁴⁴² 743 sayılı TMK m. 88 “Erkek on yedi, kadın on beş yaşını ikmal etmedikçe evlenemez. Şu kadar ki hakim, fevkalade hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni on beş yaşını ikmal etmiş olan bir erkeğin

davranışlar m. 414 uyarınca cezalandırılmaktaydı.⁴⁴³ Ancak eşler arasında rızaya dayalı olmayan cinsel ilişkiye, 765 sayılı TCK'da ayrıca yer verilmemiştir. Uygulamada hâkim olan görüş, karı ve koca arasındaki cebren normal cinsel ilişki suç oluşturmadığı, ancak anormal ilişkiler aile efradına karşı fena muamele suçunu oluşturduğu yönündedir.⁴⁴⁴

Kanun koyucu, cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesine yönelik 102/2. maddesinde bir düzenlemeye gitmesine rağmen çocukların cinsel istismarı suçunda bu husus düzenlenmemiştir. Kanaatimizce çocukların cinsel istismarı ile korunan hukuki yararın çocukların cinsel dokunulmazlığı olduğu göz önüne alındığında kanunda yer alan bu boşluğun *çocuğun istismara uğramama haklarını kuvvetlendirecek*⁴⁴⁵ şekilde düşünülmesi gerekir. Bu nedenle çocuk eşler arasında cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Eşler arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı hâlinde ise cinsel istismar suçu oluşmayacaktır.

Cinsel istismar suçunda mağdurun yaşı, suç tipinin belirlenmesinde etkili olduğu için mağdurun yaşının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bunun için öncelikle mağdurun onaylı nüfus kaydının getirilmesi veya çıkarılması gerekmektedir.⁴⁴⁶ Mağdurun nüfusa kaydı olmaması durumunda öncelikle bilimsel

veya on dört yaşını bitirmiş olan bir kadının evlenmesine müsaade edebilir. Karardan önce ana, baba veya vasinin dinlenmesi şarttır”

⁴⁴³ “15 yaşını bitirmeyen bir kişi ancak MK.nun 88,89. maddelerine göre hakim izni ve aile izni ile evlenebilir. Bu nedenle kocanın izin verilen bu küçükle cinsel birleşmeleri suç teşkil etmeyip, kocadan ayrı kişilerin mağdureye karşı isledikleri irza geçme eylemleri TCK.nun 414/1. maddesine giren suç oluşturur.” Yargıtay 5. CD.nin 09.05.2001 tarihli E. 2000/6164 K. 2001/3167 sayılı kararı (Akt. ERSÖZOĞLU, *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, s. 27.)

⁴⁴⁴ SEVÜK YOKUŞ, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 259; “Sanığın suç tarihinde boşanma davaları kesinleşmediği için resmi nikahlı olan mağdureyi zorla kaçırıp, ırzına geçme eyleminin tümüyle TCK. nun 478. Maddesine uyan pek fena muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 24.06.2002 tarihli E. 2001/7875 K.2002/4904 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 64); “Sanık manevi cebir kullanarak eliyle ters cinsel ilişkide (anal ilişkide) bulunduğu göre eylemi, TCK’nun 478 maddesindeki suç oluşturur.” Yargıtay 4.CD.’nin 19.12.1990 tarihli E.1990/5557 K.1990/7044 sayılı kararı (Akt. DÜLGER, Murat Volkan, *Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler*, s. 11 <http://www.dulger.av.tr/pdf/evlilikicincinselsaldiri.pdf> 30.07.2016)

⁴⁴⁵KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 148.

⁴⁴⁶ “ Suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımından mağdurenin nüfus kaydı getirilmeden hüküm kurulması” Yargıtay 5. CD’nin 21.01.2010 tarih ve 2009/10808-2010/284 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...”, s. 282.)

olarak yaşı belirlenmeli ve nüfusa tescili sağlanmalıdır.⁴⁴⁷ Mağdurun nüfus cüzdanındaki yaşının gerçeği yansıtmadığı yönünde yapılan bir itiraz varsa veya mahkemece re'sen nüfus kaydı ile mağdurun görünümü arasında bir çelişki görür ise 5271 sayılı CMK'nın 218/2. Maddesi⁴⁴⁸ uyarınca mağdurun yaşının araştırılmasını isteyebilir.⁴⁴⁹ Bu durumların varlığı hâlinde mahkeme, öncelikle doğum tutanağı getirecek, doğumun resmi bir kurumda gerçekleşmemesi durumunda mağdurun yaşı tespit edilemiyorsa radyoloji uzmanının katılımıyla oluşturulacak bir heyetten alınacak raporla mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak tespit edilecektir.⁴⁵⁰

Daha önce mahkeme kararı ile düzeltilmiş olan mağdurun yaşı için tekrar bir düzeltmeye gidilemeyecektir. Ancak bu durumda nüfus kaydı düzeltilmeden, mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenerek doğru uygulama yapılabilecektir.⁴⁵¹

6. Suçun Konusu

Suç vasfına haiz her hareketin, mutlaka yöneldiği bir konu vardır. Suçun konusu genel olarak, “ *suçun üzerinde husule geldiği kişi veya şey*”⁴⁵², “ *eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı*”⁴⁵³ veya “*suçun üzerinde işlendiği insan veya obje olarak*”⁴⁵⁴ tanımlanmıştır. Suçun konusunun insan olması durumunda, konunun, sadece insanın fiziki varlığı⁴⁵⁵ olduğunu savunan yazarların yanında fiziki varlıkla

⁴⁴⁷ BAKICI, Sedat, *Açıklamalı ve İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, 1994, s. 8

⁴⁴⁸ “Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılmaması hâlinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.”

⁴⁴⁹ BAKICI, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 6; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 148.

⁴⁵⁰ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 645; TUGRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 283-284
“Sanık müdafinin mağdurun yaşına itiraz etmiş olması gözetildiğinde, suçun unsurlarına ve niteliğine etkisi bakımından nüfus kaydına göre, suç tarihinde 14 yıl 12 günlük olan mağdurenin, hastane doğumlu olup olmadığının araştırılması, hastane ya da bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması durumunda yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilirip içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir sağlık kurulundan rapor alınması ve gerektiğinde Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulundan görüş sorulmak suretiyle gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” 14. CD. 06.05.2014 tarihli E. 2014/7075 K.2014/6071 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (15.05.2016)

⁴⁵¹ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 645; TUGRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 283-285.

⁴⁵² TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 185.

⁴⁵³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 200.

⁴⁵⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 222.

⁴⁵⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 200.

birlikte insanın psişik yönünün de maddi konunun kapsamında olduğunu benimseyen yazarlar⁴⁵⁶ bulunmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun konusu bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu farklılığın temeli, insanın suçun konusu olması durumunda, insanın maddi varlığının yanında ruhsal varlığının da suçun konusuna dahil edilip edilmeyeceği hususuna dayanmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre cinsel istismar suçun maddi konusu, cinsiyetine bakılmaksızın çocuktur.⁴⁵⁷ Bu görüşe göre suçun mağduru ve konusu çocuk üzerinde birleşmiştir. Diğer bir görüşe göre ise maddi konu, cinsel istismar fiilin üzerinde gerçekleştirildiği çocuğun bedenidir.⁴⁵⁸ Çocuğun vücudu yanında cinsel dokunulmazlığını da maddi konuya dâhil eden yazarlar bulunmaktadır.⁴⁵⁹

Kanunda, cinsel istismar suçunda olduğu gibi bazı suç tiplerinde suçun mağduru ve konusu iç içedir. Ancak bu, maddi konu ve mağdur kavramlarının birbirine karıştırılmasını meşru kılmaz.⁴⁶⁰ Mağdur, suç konusunun sahibi olan kişidir. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru, istismar edilen çocuktur; konusu ise, bu çocuğun vücududur. Ayrıca fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile suçun konusu da içerik itibarıyla birbirinden farklıdır. Hukuki değer, ceza hukuku ile korunan ve bir suçun ihlâl ettiği ferdi, toplumsal, maddi ve manevi her türlü menfaattir.⁴⁶¹ Buna karşılık maddi konu, suçun üzerinde işlendiği şey veya insanın fiziki varlığıdır. Cinsel dokunulmazlık, suçla korunan hukuksal yarar başlığı altında da belirtildiği üzere, suçun maddi konusunu değil, korunan hukuki değerini oluşturmaktadır. Bu nedenle cinsel dokunulmazlığı suçun konusu olarak benimseyen görüşe katılmamaktayız.

⁴⁵⁶ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından...*, s. 186; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 154; EREM, Faruk, “ Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, s. 16. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/335/3395.pdf> (15.05.2016)

⁴⁵⁷ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 144; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 57; TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 59

⁴⁵⁸ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 345.

⁴⁵⁹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 18; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 306;

⁴⁶⁰ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından ...*, s. 189; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 200.

⁴⁶¹ EREM, Faruk, “ Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, s. 23.

7. Suçun Nitelikli Hâlleri

Ceza kanununun özel hükümler kısmında düzenlenen bir suç tipinde, öncelikle o suçun oluşabilmesi için varlığı zorunlu olan kurucu unsurların yer aldığı basit hâline yer verilir.⁴⁶² Kanun koyucu suçun basit şekline ilave ettiği bazı hâller ile suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını öngörebilir.⁴⁶³ İşte suçun basit şekline eklenerek suçun ağırlığını etkileyen ve failin suça eğiliminin belirtilerini ortaya koyan hâllere suçun nitelikli hâlleri denilmektedir.⁴⁶⁴

Suçun nitelikli hâlleri, basit hâli üzerine yerleştirilmiş katlara benzetilebilir. Bir suçun temel katı niteliğinde olan basit hâline ilişkin unsurlar tamamlanmadan nitelikli hâlin varlığından bahsedilmez. Buna karşın suçun temel hâlinin mevcudiyeti, nitelikli hâlin varlığından veya yokluğundan etkilenmez.⁴⁶⁵ Dolayısıyla nitelikli hâller suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmayan hâller olarak ifade edilir.⁴⁶⁶

Suçun nitelikli hâllerini çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Cezanın artırılması veya azaltılması neticesine göre nitelikli hâller, ağırlaştırıcı ve hafifletici olmak üzere ikiye ayrılır. Nitelik ve özleri bakımından ise, objektif ve sübjektif olmak üzere ikiye ayrılır.⁴⁶⁷ Objektif nitelikli hâller, suçun işleniş şekli, konusu, yeri, zamanı, kullanılan araçlarla ilgili iken sübjektif nitelikli hâller failin veya mağdurun sıfatıyla bunlar arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Suçun nitelikli hâllerini genel ve özel nedenler olmak üzere ikiye ayırmak da mümkündür.⁴⁶⁸

Cinsel istismar suçunun nitelikli hâlleri, 6545 sayılı kanun değişikliğinden önce TCK m. 103/3'te tek bir metin hâlinde sıralanmışken 6545 sayılı kanun değişikliği ile TCK'nın 103/3 ve 103/4. maddelerinde ayrı ayrı belirtilerek 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçuna paralel bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁶⁹ Çalışma kapsamında suçun nitelikli unsurları şahsi ağırlaştırıcı nedenler ve fiili ağırlaştırıcı nedenler başlıkları altında incelenecektir. Şahsi ağırlaştırıcı nedenler TCK m.103/3'te düzenlenmiştir. Buna göre suçun, üçüncü derece dâhil kan veya

⁴⁶² KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 174.

⁴⁶³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 174.

⁴⁶⁴ TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 261.

⁴⁶⁵ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 182.

⁴⁶⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, II, s. 361.

⁴⁶⁷ DEMİRBAŞ, objektif nedenleri “fiili”, sübjektif nedenleri “şahsi” olarak isimlendirmiştir. Bkz. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 628.

⁴⁶⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, II, s. 365; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 262-263; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 628.

⁴⁶⁹ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 75.

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 işlenmesidir.⁴⁷⁰ Fiili ağırlaştırıcı nedenler ise TCK m. 103/3 ve 103/4'te düzenlenmiştir. Bunlar suçun, birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi ile 103/1-a kapsamındaki çocuklara cebir veya tehditle ve 103/1-b kapsamındaki çocuklara silah kullanmak suretiyle işlenmesidir.⁴⁷¹

a. Şahsi Ağırlaştırıcı Sebepler

i. Suçun Çocukla Aralarında Belli Akrabalık İlişkisi Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

Çocukların cinsel istismarı suçunun, 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, cezayı ağırlaştıran nitelikli hâllerden biridir. Bu sıfatların bulunup bulunmadığı Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecek olup, toplumda veya aile içerisinde kullanılan hitaplar bu nitelikli hâlin uygulanmasında dikkate alınmayacaktır.⁴⁷² 5237 sayılı TCK'da, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde bu nitelikli hâl, “ *cinsel istismarın üst soy, ikinci ve üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba ve evlat edinen...*” şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemede kayın hısmın, üvey anne ve üvey kardeşinin bulunmaması çocuğu koruma maksadıyla uyuşmadığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu için eleştiri konusu

⁴⁷⁰ 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce şahsi ağırlaştırıcı nedenler arasında suçun “ kayın hısımları, üvey anne, üvey kardeş, koruyucu aile, bakım yükümlülüğü bulunan” kişiler tarafından işlenmesi ve “ kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi” yer almamaktaydı.

⁴⁷¹ 6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde, suçun toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu bulunan ortamlarda ve silahla işlenmesi fiili ağırlaştırıcı nedenler arasında yer almamaktaydı.

⁴⁷² MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 179; GÜNDÜZ, GÜLTAŞ, *Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı ...*, s. 58.

olmuştur.⁴⁷³ 6545 sayılı kanun ile TCK madde 102'ye uyumlu bir düzenleme getirilerek, kanunda bulunan bu boşluk giderilmiştir.

Kanun koyucunun, akrabalık ilişkisi bakımından bu nitelikli hâli düzenlemesinin nedeni, hısımlıktan kaynaklanan güven ilişkisinin mağdur çocuğun direncini azaltması, suçun işlenmesini kolaylaştırması ve belli derecedeki hısımların cinsel istismar suçunu işlemesinin, toplumda daha fazla infial uyandırmasıdır.⁴⁷⁴ Bu nitelikli hâlin uygulanması için akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti yeterli olup, ayrıca fail ile mağdurun birlikte yaşamaları⁴⁷⁵ veya fail ile mağdur arasında bir nüfuz ilişkisinin varlığı aranmamaktadır.⁴⁷⁶ Bunun yanında failin, mağdur ile böyle bir akrabalık ilişkisinin var olduğunun bilincinde olarak hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁷⁷

1. Üçüncü Derece Dâhil Kan ve Kayın Hısımlığı

5237 sayılı TCK'da belirtilen "üst soy, ikinci ve üçüncü derecede kan hısmı" ifadesi 6545 sayılı Kanun ile "üçüncü derece dâhil kan hısmı" olarak değiştirilmiştir. Yeni düzenlemede üst soy ifadesine ayrıca yer verilmemekle birlikte üçüncü derece kan hısmı, üst soyu da kapsadığı için değişikliğin kavramsal boyutta olduğu söylenebilir.⁴⁷⁸ Hısımlık TMK'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"hısımlığın derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır."* Hısımlığın tespitinde nüfus kayıtlarının esas alınması gerekir.⁴⁷⁹ Çocuğun üst soyu olan anne,

⁴⁷³ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 71; KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 76.

⁴⁷⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 309; PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Özel..., s. 246; PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s.104.

⁴⁷⁵ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 188;

⁴⁷⁶ ÖZBEK, KANBUR vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354.

⁴⁷⁷ ÖZBEK, KANBUR vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 354.

⁴⁷⁸ NİŞANCI, "6545 Sayılı Kanun ...", s. 237.

⁴⁷⁹ PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Özel..., s. 246; PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s.104; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 43. SOYASLAN'a göre, insanlar arasındaki gerçek yakınlığın nüfus kayıtlarından değil yapısal organik bağlardan kaynaklanmasından ötürü nüfus kaydı olmasa da fiili kan bağıının da ağırlaştırıcı sebep kapsamına dahil edilmesi gerekir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 241.

babası⁴⁸⁰ veya bunların anne babaları, ikinci derecede kan hısmı olan kardeşleri ve üçüncü derecede kan hısmı olan teyzesi, halası, dayısı, amcasının çocuğa karşı cinsel istismar suçu işlemleri hâlinde bu nitelikli hâl uygulanacaktır.⁴⁸¹ Mağdur çocuğun cinsel istismar fiilini gerçekleştirecek altsoya sahip olma olanağı söz konusu olamayacağı için çocuğun alt soyu bakımından bu nitelikli hâl öngörülmemiştir.⁴⁸² Failin suçun basit hâlini veya nitelikli hâlini işlemesi söz konusu nitelikli hâlin uygulanması bakımından farklılık oluşturmaz.⁴⁸³

Suçun nitelikli hâlleri bakımından, 6545 sayılı Kanunla getirilen esaslı değişiklik kayın hısımlığının eklenmesi noktasında olmuştur. TMK m.18'e göre, *“eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.”* Buna göre, failin, eşinin kardeşine karşı cinsel istismar suçunu işlemesi⁴⁸⁴ veya on altı on sekiz yaş arasında evlenen çocuklar bakımından, eşlerden birinin üçüncü dereceye kadar kan hısmı diğer eşin aynı derecede kayın hısmı olacağı için bu kişinin, evli çocuğa karşı bu suçu işlemesi gibi hâllerde bu nitelikli hal uygulanır.

⁴⁸⁰ “5237 sayılı TCK.nun 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük oğluna karşı **cinsel istismar suçunu** işlediğinin anlaşılmasına göre... Adli Tıp Niğde Şube Müdürlüğünün 18/08/2008 tarih ve 2008/384 sayılı raporunda mağdurun akut livataya maruz kaldığının maddi delillerinin bulunmadığının bildirilmesi, mağdurun annesinin savcı huzurunda verdiği ve mağdurun ağzından aktardığı ifadesindeki **“anne babam beni inşaata götürdü, inşaatin birinci katında kendi donunu indirdi, benimkini de indirdi, odanın içinde banyo vardı daha sonra arkama geçti. Bana süründü”** ve mahkeme huzurundaki **“bana sadece <Beni yaptı> dedi, o kadar dedi, ben ayrıntısını sormadım, oğlum başka ayrıntısını da anlatmadı, oğlum bana babam bana süründü demedi <Beni yaptı> dedi”** şeklindeki aşamalarda değişen ve çelişen anlatımları, sanığın mahkeme huzurunda **“Bir cahillik yaptım, oğlum olan E. A.'ı inşaata götürdüğüm doğrudur, orada pantolonunu indirdim, kendi cinsel organımı oğlumun poposuna sürerek tatmin oldum, iddia edildiği gibi cinsel organımı oğlumun poposuna sokmadım, yine hortum gibi herhangi bir cisim sokmadım”** şeklindeki adli tıp raporunu ve mağdurun annesinin olayın akabinde savcılıkta alınan ifadesini doğrulayan ikrarı, mağdurun yaşı ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın, oğlu olan mağdurun makatına cinsel organını ve/veya olay yerinde bulunan bir hortumu sokmak suretiyle ırzına geçtiğine dair kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı hâlde ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçu yerine yazılı şekilde ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 5. CD'nin 28.06.2011 tarihli E. 2011/5014 K. 2011/5014 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (10.04.2016)

⁴⁸¹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 36-37.

⁴⁸² GÜNDEL, *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı...*, s.73.

⁴⁸³ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 237

⁴⁸⁴ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 186.

2. Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen

Cinsel istismar suçunun üvey baba, üvey anne ve üvey kardeş tarafından işlenmesi hâli cezayı ağırlaştıran nitelikli hâllerden bir diğeridir. Suçun üvey anne ve üvey kardeş tarafından işlenmesi, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile maddeye dâhil edilerek kanunda bu hususta yer alan eksiklik giderilmiştir. Üvey baba, çocuğun annesinin kendi öz babası dışında TMK hükümlerine göre evlendiği kişidir.⁴⁸⁵ Üvey anne, çocuğun babasının kendi öz annesi dışında TMK hükümlerine göre evlendiği kişidir. Mağdurun üvey kardeş ise, üvey anne ve babanın önceki evliliklerinden olan çocuklarıdır.⁴⁸⁶ Bu ağırlaştırıcı hâlin uygulanabilmesi için çocuğun annesi veya babası ile üvey babası veya üvey annesi arasındaki evlilik aktinin veya üvey kardeşlik ilişkisinin suçun işlendiği sırada var olması gerekir. Nitekim boşanma söz konusu olursa üveylik ilişkisi ortadan kalkacağı için bu nitelikli hâl uygulanmayacaktır.⁴⁸⁷

Failin evlat edindiği çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işlemesi hâli de cezayı artıran nitelikli hâllerden biridir. TMK m. 282'ye göre, çocuk ile soy bağı evlat edinme yoluyla da kurulabilir. Dolayısıyla bu nitelikli hâlin düzenlenmesinde soy bağı esası dikkate alınmıştır.⁴⁸⁸ Evlat edinme kurumu, TMK m.305 ile 320 arasında düzenlenmiştir. Buna göre, evlat edinme hâlinde, mahkeme kararıyla evlatlık ilişkisi kurulduğu an, anne ve babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edene geçer. Failin bu nitelikli hâlden sorumlu tutulabilmesi için evlatlık ilişkisinin, mahkeme kararının kesinleşmiş olması ve suçun işlendiği sırada devam ediyor olması gerekir.⁴⁸⁹

ii. Suçun Belli Sıfatları Haiz Olan ve Çeşitli Hizmet Veren veya Yükümlülük Altında Bulunanlar Tarafından İşlenmesi

Çocukların cinsel istismarı suçunun, “vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü

⁴⁸⁵ PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Özel..., s. 246; AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı..., s. 37.

⁴⁸⁶ AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı..., s. 39; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 45.

⁴⁸⁷ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 304; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 45.

⁴⁸⁸ MERAN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 354.

⁴⁸⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 306.

bulunan kişiler tarafından” işlenmesi hâli de bir diğer cezayı artıran nitelikli hâldir. 5237 sayılı TCK’ya suçun koruyucu aile ve bakım yükümlülüğüne sahip kişiler tarafından işlenmesi 6545 sayılı Kanun değişikliği ile cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak eklenmiştir.

Kanun koyucu, çocuk karşısında özel sığata ve öneme sahip kişilerin cinsel istismar suçunu işlemeı durumunda daha ağır cezaya hükmetmiştir. Bu nitelikli hâlin öngörölmesi ile amaçlanan, çocuğa karşı bir takım hak ve ödevleri bulunan ve çocuğu etkileme imkânı daha fazla olan kişilerin, sahip oldukları bu vasıfları kötüye kullandırmamak ve çocuğu istismar edici davranışlardan uzak tutmaktır.⁴⁹⁰ Failin maddede belirtilen sıfatlara haiz olması veya çeşitli hizmet veren ve yükümlölük altında bulunan bir kişi olması bu nitelikli hâlin uygulanması bakımından yeterlidir, ayrıca fail ile mağdur arasında bir nüfuz ilişkisinin varlığı bu bent kapsamında sayılan kişiler bakımından da aranmamıştır.⁴⁹¹

1. Vasi

TMK’nın 396 ve devamı maddelerinde düzenlenen vesayet kurumunun, çocukların cinsel istismarı açısından önem arz eden düzenlemeleri 403⁴⁹² ve 404. maddelerde ⁴⁹³açıklanmıştır. Buna göre vasi, velayet altında bulunmayan çocuğun kişiliğı ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlölü olan ergin kişidir. Vasilik kararı kendisine tebliğ edilen kişi vesayet makamı tarafından görevinden alınıncaya kadar vasilik görevi devam eder. Bu zaman zarfında vesayeti altındaki çocuğa karşı gerçekleştirdiğı cinsel davranışlar cinsel istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlini oluşturur. Ayrıca TMK 423. maddeye göre, vasi olarak tayin edilen kişi, bu görevi yapmaktan imtina etse veya vasiliğe itiraz bile etse yerine bir başka kişi atanıncaya kadar vasiliğe ilişkin sorumlulukları devam eder. Dolayısıyla kişinin vasiliğe itiraz etmesi veya görevini yerine getirmemesi vasi sıfatını kazanmasına engel olmadığı için vesayeti

⁴⁹⁰ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 400.

⁴⁹¹ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değıştirilen ...*, s. 77; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 355.

⁴⁹² “Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliğı ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlölüdür.”

⁴⁹³ “Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır.”

altındaki çocuğa karşı bu suçu işlemesi nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirir.⁴⁹⁴ Vasilik sıfatının, bu suçun işlenmesinden sonra kalkmış olması suçun oluşması bakımından farklılık doğurmaz.⁴⁹⁵

Kanun koyucu madde metninde vasi kavramına yer vermiş olduğundan TMK madde 426 ve devamı maddelerinde düzenlenen kayyumun, cinsel istismar suçunu işlemesi bu madde kapsamında değerlendirilmez. Geçici ve sınırlı bir vesayet hizmeti gerçekleştirdiği için vasi terimine dâhil edilemeyen kayyum⁴⁹⁶ bakımından cezayı artıran bu nitelikli hâlin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar göz önüne alındığında, yetkisinin verdiği kolaylıkla suçu işleyebilecek konumda bulunan kayyumun, madde metninde yer almaması bir eksikliktir.⁴⁹⁷

2. Eğitici, Bakıcı, Öğretici

Eğitim, bakım ve öğretim görevlerinin verdiği pozisyondan faydalanarak çocuk üzerinde hâkimiyet kuran kişilerin cinsel istismar suçunu işlemesi de cezayı artıran nitelikli hâllerden biridir.⁴⁹⁸ Eğitici, çocuğu belli bir bilim dalında veya konuda yetiştiren, bilgi ve beceri kazandıran kişidir.⁴⁹⁹ Eğitici, daha çok spor, sanat gibi ders dışı etkinlikler konusunda çocuğu yetiştirir.⁵⁰⁰ Bakıcı, çocuğun bakılmak üzere kendisine bırakıldığı kişidir.⁵⁰¹ Okul, dil kursu, kuran kursu gibi yerlerde daha çok derslerle ilgili çocuğa bir şeyler öğreten kişi ise öğretici olarak ifade edilir.⁵⁰² Bu

⁴⁹⁴ PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Özel..., s. 247.

⁴⁹⁵ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 651.

⁴⁹⁶ EREM, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. 2, Ankara 1993, s. 1865.

⁴⁹⁷ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 302.

⁴⁹⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 191; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 303; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 310; PARLAR, HATİPOĞLU, 5237 Sayılı TCK'da Özel..., s. 247.

⁴⁹⁹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 38.

⁵⁰⁰ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 651.

⁵⁰¹ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 303; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 652.

⁵⁰² SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 91; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 651; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 302; "Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı ve samimi beyanlarına, özellikle bu beyanları destekler mahiyetteki tanık E.'un aşamalarındaki ve tanık S.'nin 30.06.2009 tarihli istinabe suretiyle alınan beyanına ve olayın ortaya çıkış şekline göre; sanığın, öğrencisi olduğu mağdureyi boş bulduğu kütüphane ve laboratuvar gibi yerlere götürerek onu sevdiğini ve beğendiğini söyleyip kucağına aldığı, öptüğü ve vücudunu okşadığının anlaşılması karşısında, üzerine atılı zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği gözetilerek, TCK'nın 103/1, 103/3 ve 43. maddeleri uyarınca mahkumiyeti yerine, dosya kapsamıyla bağdaşmayan gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi," Yargıtay 14. CD.'nin 03.07.2014 tarihli E. 2012 / 11337 K. 2014 / 9095 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (02.05.2016)

kişilerin eğitim, bakım ve öğretim işini geçici veya sürekli yapmalarının, bu işin uzmanı olup olmamalarının⁵⁰³, resmi veya özel kurumda çalışıyor olmalarının ve ücretli veya ücretsiz çalışmalarının söz konusu nitelikli hâlin uygulanması bakımından önemi bulunmamaktadır.⁵⁰⁴

Bu nitelikli hâlin uygulanması için, fail ile mağdur arasındaki eğitim, bakım ve öğretim ilişkisinin suçun işlendiği sırada var olması yeterlidir. Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında nitelikli unsurun uygulanmasını, bu ilişkinin, suçun işlendiği anda bilfiil sürmesi şartına bağlamıştır.⁵⁰⁵ Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar, failin mağdur üzerindeki hâkimiyetini sadece mesai saatleri ile sınırlaması bakımından eleştirilmiştir.⁵⁰⁶

3. Koruyucu Aile

6545 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK'ya getirilen bir diğer değişiklik “*koruyucu aile*”nin çocukların cinsel istismarı suçunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâllere eklenmesidir. Koruyucu aileye ilişkin yasal düzenlemeler 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanun'u ve bu kanunun uygulama yönetmeliği ile TMK'da yer almaktadır. 2828 sayılı Kanun'un 23. Maddesine göre, hakkında koruma kararı verilen bir çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun denetim ve gözetimi altında koruyucu aileye verilebilir. TMK madde 347'ye göre, “*çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.*” Belirtilen bu hükümler çerçevesinde kurulacak koruyucu aile ilişkisi boyunca bakımı, korunması, yetiştirilmesi için teslim alınan çocuğa karşı cinsel istismar suçu işlenirse cezayı artıran nitelikli hâlin uygulanması söz konusu olacaktır.⁵⁰⁷ Bu

⁵⁰³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 39

⁵⁰⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 310; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK'da Özel...*, s. 247.

⁵⁰⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 311.

⁵⁰⁶ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 306; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 311.

⁵⁰⁷ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 78.

nitelikli hâl, koruyucu ailede bulunan tüm bireylerin teslim alınan çocuğa karşı gerçekleştirdiği cinsel istismar bakımından uygulanacaktır.⁵⁰⁸

4. Sağlık Hizmeti Veren Kişiler

Sağlık hizmeti veren kişilerin kimler olduğu konusunda kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrinde doktor, hemşire, ebe, hasta bakıcı, laborant, sağlık memurları gibi kanunen sağlık hizmeti vermekle yetkilendirilmiş kişiler bu kapsamda değerlendirilmiştir.⁵⁰⁹ Kanun koyucu kişilerin sıfatını esas alarak bu nitelikli hâli düzenlediği için⁵¹⁰ sağlık hizmeti verenin resmi veya özel kurumda çalışmasının ve hatta bir sağlık kuruluşunda bulunmasının nitelikli hâlin uygulanması bakımından önemi yoktur.⁵¹¹ Fail hakkında bu nitelikli hâlin uygulanması için, failin hizmet süresi boyunca bu suçu işlemesi aranmamakta ancak mağdur üzerinde sağlık hizmeti vermesinin sağladığı kolaylıkla suçu işlemesi gerekmektedir.⁵¹² Bu anlamda, herhangi bir sağlık görevlisinin, görevi ile bağlantılı olmayacak şekilde işlediği cinsel istismar suçunda bu nitelikli hâlin uygulanması söz konusu olmayacaktır.⁵¹³

5. Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünde Bulunanlar

Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerin, çocuğa karşı cinsel istismar suçu işlemesi de cezayı artıran nitelikli hâllerden biridir. Bakım yükümlülüğünde bulunan kişiler, 6545 sayılı Kanun değişikliği 103 maddede düzenlenen nitelikli hâllere eklenmiştir. Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünde olan kişiler çocuğun, terbiye bakım veya korunması maksadıyla kendisine teslim

⁵⁰⁸ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 78

⁵⁰⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 193; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 303; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 652; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 39

⁵¹⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 306.

⁵¹¹ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 303; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 651; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 193.

⁵¹² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 39.

⁵¹³ "K... Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde diş hekimi olarak görev yapan sanığın diğer mağdure Gözde'nin diş tedavisine devam ettiği sırada muayene salonunda refakatçi olarak bulunan mağdure K.'a doğru yaklaşıp belinden kavrayarak 'senin dişlerini de tedavi edelim, çürükler var' demesi biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın mağdure K.'a yönelik bir sağlık hizmeti sunması söz konusu olmadığı hâlde hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini," 14. CD.'nin 08.09.2014 tarihli E. 2012/15459 K. 2014/9529 sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# \(02.05.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# (02.05.2016))

edilen kimselerdir.⁵¹⁴ Genellikle belli bir amaçla çocuğun bırakıldığı⁵¹⁵ bu kişilerin, koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü kanundan ve sözleşmeden⁵¹⁶ kaynaklanabileceği gibi örf ve adetten, sözlü anlaşmalardan, akrabalık⁵¹⁷, komşuluk gibi sosyal ilişkilerden kaynaklanabilir.⁵¹⁸ Örneğin, TCK m. 89’da düzenlenen yaşı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda bulunan çocuğa karşı yardım yükümlülüğü olan kişinin sorumluluğu⁵¹⁹, kolluk görevlilerin yakaladığı veya gözaltına aldığı çocuğa karşı görevlerinden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğü bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir.⁵²⁰ Koruma ve gözetim yükümlülüğünün varlığı için, bunun zorunlu ve devamlı olması gerekmekte, geçici ve ihtiyari olması hâlinde dahi bu yükümlülük doğabilmektedir.⁵²¹

Doktrinde, mağdurun annesi ile TMK hükümlerine göre resmi bir evlilik olmaksızın bir arada yaşayan kişinin, mağdur üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğüne sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TMK m. 185’te, evlilik birliği ve bu birlikteliğin eşlere getirdiği evlilik birliğinin mutluluğunu sağlamak ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine dikkat etme yükümlülüklerinin ancak evlenme ile doğabileceği yer almaktadır. Bu nedenle gayri resmi bir arda yaşayan kişiler bakımından da evliliğin hukuki sorumluluklarını yüklemek, her ne kadar ahlâki anlamda bir gereklilik olarak düşünülse de hukuki açıdan söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla failin resmi bir birliktelik olmadan bir arada yaşadığı kişinin çocuğuna karşı gerçekleştirdiği cinsel istismar suçu koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün olduğundan bahisle nitelikli hâl kapsamında değerlendirilemez. Aksi durum kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırılık

⁵¹⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 311; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK’da Özel...*, s. 247.

⁵¹⁵ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 193.

⁵¹⁶ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 39.

⁵¹⁷ Yargıtay sırf akrabalık bağının koruma ve gözetim yükümlülüğü yüklediğine işaret etmiştir. Yargıtay 5. CD.’nin 26.11.2007 tarihli E. 2007/8772 K. 2007/9294 sayılı kararı bkz. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 306.

⁵¹⁸ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 180; “...koruma ve gözetim yükümlülüğünün kabulü için bunun yasadan doğmasının, zorunlu ve devamlı olmasının gerekmediği, teslim ve bırakmanın örf ve adet, akrabalık, komşuluk, kişilerin ilişkileri veya benzeri sebeplerle ihtiyari yapılması geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması durumunda dahi TCK’nın 103/3. Maddesinin uygulama koşullarının oluşacağı nazara alınmadan...” Yargıtay 5. CD.’nin 17.01.2001 tarihli E. 2010/6869, K. 2011/46 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s.113)

⁵¹⁹ GÜNDEL, *5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı...*, s.73.

⁵²⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 309.

⁵²¹ Yargıtay 5. CD.’nin 17.01.2001 tarihli E. 2010/6869, K. 2011/46 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s.113)

oluşturacaktır.⁵²² Bir diğer görüş ise, resmi bir birliktelik olmasa bile, kişiler bir arada yaşamaya başlamakla birlikte birbirlerine karşı belli sorumlulukları içeren bir sözleşme ilişkisi içine girmişlerdir. Failin birlikte yaşadığı kişinin çocuğu bakımından koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü, her somut olayda eşler arasındaki sözleşmeden doğan ilişkiye bakılarak değerlendirilmelidir.⁵²³ Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kararlarında ise, aynı evde, gayri resmi birliktelik yaşadığı kişinin çocuğuna karşı, cinsel istismar suçunu işleyen failin, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan, hakkında cezanın artırılmasını gerektiren söz konusu nitelikli hâlin uygulanması gerektiği ifade etmiştir.⁵²⁴ Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü sadece kanundan doğmadığı bununla beraber “kişilerin ilişkileri”nden⁵²⁵ de kaynaklanabileceği göz önüne alındığında, gayri resmi olarak birlikte yaşadığı kişinin çocuğu bakımından koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü vardır ve bu kişilerin yükümlü olduğu çocuğa karşı işlediği cinsel istismar suçu bakımından cezayı ağırlaştıran bu nitelikli hâlin uygulanması gerekmektedir.

6. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Cezayı artıran bir diğer nitelikli hâl suçun, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesidir. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile suçun, “*kamu görevinin*” sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi 103. madde kapsamında düzenlenen nitelikli hâllere eklenmiştir.

⁵²² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 41.

⁵²³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 309.

⁵²⁴ “katılanın annesi G.’ın, evlilik birliği olmaksızın birlikte yaşadığı sanığa duyduğu güven nedeniyle katılanı sanığın koruma ve gözetimi altında bırakarak işe gittiği sabit olup, sanığın katılana karşı TCK’nun 103/3. maddesinde ifade edilen <koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler>den olduğunun kabulü gerekmektedir. Buna göre, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işleyen sanık hakkında TCK’nun 103/3. maddesinin uygulanması gerekir” YCGK’nun 21.05.2013 tarihli E. 2013/14-99 K. 2013/253 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (15.05.2016)

“Sanığın, annesinin gayri resmi eşi olduğunu ve hep birlikte aynı çatı altında yaşadıklarını beyan eden mağdurenin anlatımlarının, tanıklar Dilek Erdoğan, Sezer Erdoğan, Abdullah Ögüt, Zeynep Ögüt ve Şengül Ünal tarafından da doğrulanması, sanığın C.Savcılığı ve sorgudaki savunmalarında mağdurenin annesi Dilek Erdoğan ile 4 yıldır gayri resmi birlikte yaşadığını, 2006 yılı Haziran ayından itibaren mağdure Cemile’nin de kendileriyle birlikte kalmaya başladığını ifade etmesi karşısında aynı evde birlikte yaşadığı mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan sanık hakkında TCK’nun 103/3. Maddesinin uygulanmaması,” 5. CD’nin 01.04.2010 tarih ve E. 2010/1 K. 2010/2654 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 305, 422. Dipnot)

⁵²⁵ Bkz. Yargıtay 5. CD.’nin 09.06.2011 tarihli E. 2011/2913, K. 2011/4585 sayılı Kararı (Akt. ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s.113)

Kamu görevinin ne olduğu ve dolayısıyla bu nitelikli hâlin kapsamı, kamu görevlisinin kim olduğuna yönelik TCK m. 6'da yapılan tanımdan hareketle açıklanacaktır.⁵²⁶ Buna göre, “*kamu görevlisi* deyiminden; *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Kamu görevlilerinin yerine getirmekle yükümlü olduğu vazifeleri ise, kamu görevi olarak tanımlanabilir.⁵²⁷ Kamu görevinin sürekli veya geçici olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nitelikli hâl bakımından özel faillik vasfı aranmaktadır. Suçun kanuni tanımında ancak belli vasıflara sahip kişilerin fail olabileceği düzenlenmiş ise özgü suçun varlığından söz edilir. Özgü suç, gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir kamu görevlisinin görevinin sağladığı yetkiyi kötüye kullanarak suç işlemesi durumunda görünüşte özgü suç oluşur.⁵²⁸ Cinsel istismar suçunun bu nitelikli hâli de ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebileceği için görünüşte özgü suç söz konusudur. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için failin sadece kamu görevlisi olması yeterli olmamakta⁵²⁹ ayrıca fail ile mağdur arasında kaynağını kamu görevinden alan bir nüfuz ilişkisinin varlığı gerekmektedir.⁵³⁰ Kamu görevlisi olan fail, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak çocuk üzerinde etkin olmakta ve bunun sağladığı kolaylıkla cinsel istismarı gerçekleştirmektedir.

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasında ise⁵³¹, fail ile mağdur arasında kanundan, sözleşmeden, örf adetten doğan⁵³² mevcut bir hizmet ilişkisinin varlığı ve failin bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle cinsel istismar suçunu işlemesi söz konusudur.⁵³³ Fail ile mağdur arasındaki hizmet ilişkisinin sadece İş Kanunu kapsamında bir hizmet akti olması aranmamakta ayrıca memurlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁵³⁴ Bu ilişkinin resmi veya özel bir kurumda kurulması, sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz

⁵²⁶ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 355.

⁵²⁷ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 355.

⁵²⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 151.

⁵²⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 295.

⁵³⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 191.

⁵³¹ “Mağdurenin devam ettiği ortaokulda hizmetli olarak çalışan sanığın eylemlerini hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi nedeniyle hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargıtay 14. CD.'nin 14.01.2016 tarihli E. 2015 / 8268 K. 2016 / 235 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.05.2016)

⁵³² KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 195.

⁵³³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 192-193;

⁵³⁴ SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 93; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 652; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 303.

gerçekleştirilmesi de önemli değildir.⁵³⁵ Önemli olan, hizmet ilişkisi gereği failin, mağdur üzerinde hiyerarşik bir üstünlüğü, otoritesi veya tasarruf yetkisinin bulunmasıdır.⁵³⁶ Bu nitelikli hâlin uygulanması için cinsel istismar suçunun, hizmet ilişkisinin devam ettiği süre zarfında işlenmesi zorunlu olup⁵³⁷, suçun işlediği anda ilgililerin görevlerini ifa ediyor olmaları gerekmemektedir.⁵³⁸

Söz konusu nitelikli hâlin uygulanması açısından önemli olan nokta gerek kamu görevinin gerekse hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak suçun işlenmesidir. Bu nedenle, nüfuz kavramının ne olduğu ve bu bent kapsamında içeriğinin incelenmesi gerekmektedir. Nüfuz, bir kişi veya topluluk üzerinde etkin olabilme, söz geçirebilme gücü olarak tanımlanabilir.⁵³⁹ Bu nitelikli hâl bakımından nüfuzun varlığı, kamu görevi ve hizmet ilişkisi ile sınırlandırılmıştır. Kamu görevi veya hizmet ilişkisinin verdiği nüfuz, işe alma veya işten çıkarma, çalışma saatleri, ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisinin getirdiği bir otoriteden kaynaklanmaktadır.⁵⁴⁰ Bununla birlikte fail ile mağdur arasında bir nüfuz ilişkisinin varlığına rağmen cinsel istismar suçu bu nüfuz kullanılmadan işlenmişse cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bu hâl uygulanmaz.⁵⁴¹

⁵³⁵ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 192; BAYTEMİR, “Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...”, s. 133; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 41.

⁵³⁶ ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...*, s. 111; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 355; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK’da Özel...*, s. 247; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s.106.

⁵³⁷ “Sanığın, dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” 5. CD.’nin 20.09.2007 tarihli E. 2007 / 7481 K. 2007 / 6548 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.05.2016)

⁵³⁸ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 355.

⁵³⁹ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 652; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 93.

⁵⁴⁰ “ Sanığın laboratuvar teknisyeni olarak görev yaptığı Toplum Sağlığı Merkezinde, mağdureden kan aldığı sırada, mağdurenin elini kendi cinsel organına götürmesi şeklinde sübut bulan olayda, sanığın ani hareketiyle gerçekleştirdiği eylemde kamu görevinin sağladığı otoritenin kullanılması ve bu surette direncin kırılması söz konusu olmadığı gibi hizmet ilişkisi kavramı ile failin yazılı veya sözlü bir hizmet aktine dayanarak mağdure üzerinde işe alma, işten çıkarma ve ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz olmanın vermiş olduğu nüfuzun kastedilmesi ve somut olayda mağdure ile sanık arasında bu şekilde hiyerarşik ilişkinin de olmadığı, sanığın eylemlerini gerçekleştiriş biçiminin TCK’nın 61. Maddesine göre sanığa tayin edilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı gözetilmeden sanık hakkında TCK’nın 102/3-b maddesinin uygulanması suretiyle sanık hakkında faza ceza tayini” 14. CD.’nin 15.01.2014 tarihli E. 2012/11653 K. 2014/6722 sayılı kararı (Akt. GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 41.)

⁵⁴¹ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 652; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 304.

b. Fiili Ağırlaştırıcı Nedenler

i. Suçun Birden Fazla Kişi ile Birlikte İşlenmesi

Cinsel istismar suçunun birden çok kişiyle birlikte işlenmesi, mağdurun direncini azaltacağı için fiilin işlenmesinde kolaylık sağlamaktadır.⁵⁴² Bu nedenle kanun koyucu, failin sayıca fazla olması, mağdurun fiile karşı mukavemetini kıracağından ve failler, suçu beraber işlemenin verdiği güç ile daha cesaretli davranacağından bu nitelikli hâli düzenlemiştir.⁵⁴³ Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi 5237 sayılı TCK'nin ilk hâlinde cezayı artıran bir nitelikli hâl olarak düzenlenmemiştir. 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanun ile maddeye dahil edilen bu nitelikli hâl, 08.07.2005 tarihinden itibaren işlenen suçlar bakımından göz önünde bulundurulmaktadır.⁵⁴⁴

Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi ifadesi ile suçun icra hareketlerinin en az iki kişi tarafından TCK madde 37/1'de düzenlenen müşterek fail sıfatıyla gerçekleştirilmesi kastedilmektedir.⁵⁴⁵ Suçun işlenişine, TCK m. 38'de düzenlenen azmettirme ve m. 39'da düzenlenen yardım etme sıfatıyla katkıda bulunulması durumunda bu ağırlaştırıcı nitelikli hâl uygulanmayacaktır. Bununla birlikte suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinin, azmettiren veya yardım edeninin bilmesi hâlinde söz konusu nitelikli hâl bu kişiler bakımından da uygulanacaktır.⁵⁴⁶

Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararı kapsamında fiil üzerinde müşterek bir hakimiyet söz konusudur. Ancak her müşterek failin, suçun icra hareketlerinin tümünü gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Suçun icrasına dair fonksiyonel bir etkide bulunmak suretiyle iş bölümü esasına dayanarak da müşterek hâkimiyet sağlayabilir. Dolayısıyla cinsel istismar suçunun birden fazla kişi

⁵⁴² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 43; SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 241.

⁵⁴³ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 46.

⁵⁴⁴ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 310; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 197.

⁵⁴⁵ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 43; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 290; PARLAR, BANKO, "6545 Sayılı Kanun İle..." s. 106; SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 232; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 46; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK'da Özel...*, s. 248; ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'unda...*, s.111.

⁵⁴⁶ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357.

tarafından işlenmesi hâlinde, her bir müşterek failin cinsel istismar fiilini müstakil olarak gerçekleştirmesi gerekmez.⁵⁴⁷ Bir kişinin suçun işlenişine yaptığı katkı, cinsel bir davranış olmasa bile diğer fail veya faillerin cinsel davranışı gerçekleştirmesini mümkün kılması hâlinde müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.⁵⁴⁸ Örneğin, faillerden birinin cebir, tehdit veya hileyi gerçekleştirip, diğer fail veya faillerin cinsel istismarı gerçekleştirmesi⁵⁴⁹ veya faillerden biri fiili işlerken diğerinin olay yerinde gözcülük yapması durumunda faillerin suça iştirakleri karşılıklı olarak birbirini tamamladığı için müşterek faillik söz konusudur.⁵⁵⁰ Müşterek faillerden her birinin kusur yeteneğine sahip olması gerekmemektedir. Faillerden birinin on beş yaşından küçük olması veya akıl hastası olması nitelikli hâlin uygulanmasına engel teşkil etmez.⁵⁵¹

Birden fazla failin, ayrı ayrı birden fazla mağdura karşı cinsel istismar suçunu işlemeleri durumunda cezayı artıran bu nitelikli hâlin uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müşterek faillerin, aynı yerde bulunan birden fazla mağdurun her birine farklı bir fail yönelecek şekilde cinsel istismar suçunu işlemeleri durumunda da bu nitelikli hâl oluşacaktır. Nitekim mağdurlar farklı olsa da, birden fazla failin oluşu, mağdurlar üzerinde bıraktığı etki ve suçun işlenmesini kolaylaştırması nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirir.⁵⁵² Diğer görüşe göre ise, mağdurun birden fazla olduğu hâllerde, müşterek faillerin icra hareketlerini aynı mağdur üzerinde gerçekleştirmeleri gerekir. Eğer birden fazla failden, her biri farklı mağdura cinsel istismarda bulunmuşsa bu nitelikli hâl söz

⁵⁴⁷ Müşterek faillikle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 445-470.

⁵⁴⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 297.

⁵⁴⁹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 44; SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 232

⁵⁵⁰ PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK'da Özel...*, s. 248; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 107. "Her iki sanığın mağdureyi gece sayılan zamanda arabayla تنها bir sokakta bulunan inşaatın önüne getirip durduktan sonra, diğer sanığın aracın arka koltuğuna geçerek mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sırada ön koltukta oturup gözcülük yapan ve eylem süresince yanlarında bulunmak suretiyle suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kuran sanık Yakup'un TCK'nın 37. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması ve bunun sonucu olarak da suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinden dolayı her iki sanık hakkında aynı Kanun'un 103/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi," Yargıtay 5. CD.'nin 01.02.2010 tarihli E. 2009/13569 K. 2010/487 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'unda...*, s.121-122)

⁵⁵¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 290.

⁵⁵² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 44; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 201; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 353.

konusu olmayacaktır.⁵⁵³ Yargıtay ikinci görüşü benimsemiştir.⁵⁵⁴ Kanaatimizce nitelikli hâlin öngörülmesindeki amaç göz önüne alındığında failler her ne kadar birbirinin hareketlerine yardım etmese dahi, birden fazla olmaları nedeniyle mağdurlar üzerinde bir korku oluşturacağı ve suçun işlenişi kolaylaşacağı için ortak suç işleme iradesiyle aynı yerde farklı mağdurlara yönelen her bir müşterek fail bakımından bu nitelikli hâl uygulanmalıdır.

Birden çok failin, aynı yerde ve birbiri ardına olacak şekilde aynı mağdura karşı cinsel istismar suçunu işlemesi hâlinde, her bir müşterek fail diğerinin fiiline doğrudan katıldığı için failler hakkında TCK madde 43 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.⁵⁵⁵

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

Cinsel istismar suçunun, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda olduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi 6545 sayılı Kanun değişikliği ile cezayı artıran nitelikli hâl olarak maddeye eklenmiştir. Kanun koyucunun bu nitelikli hâli öngörmesinin nedeni, insanların kendilerini güvende hissettiği ve bu nedenle herhangi bir tedbir almadığı ortamlarda suçun daha kolay işlenmesidir.⁵⁵⁶

⁵⁵³ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 95; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 291.

⁵⁵⁴ “Sanık H. ve sanık M. E.’in ayrı ayrı mağdurlara karşı **cinsel istismar** eyleminde bulundukları ve sanıkların aynı mağdura yönelik birlikte eylem gerçekleştirmedikleri anlaşıldığından, TCK’nın 103/3. maddesindeki eylemin **birdenfazla kişi** tarafından birlikte gerçekleştirilmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeyerek sanıkların cezalarının anılan madde ile artırılması,” Yargıtay 14. CD.’nin 24.04.2014 tarihli E. 2012 / 6929 K.2014 / 5566 sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#\(17.05.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#(17.05.2016))

⁵⁵⁵ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 47; “Mağdurun aşamalarındaki beyanları, sanıkların tevilli savunmaları ve tüm dosya kapsamından, sanık K.’in, ilk olayda diğer sanıklar mağdura yönelik basit cinsel istismar niteliğindeki eylemlerini gerçekleştirirken yanlarında olduğunun, ikinci olayda ise sanık E. ile aynı mekanda ve E.’i takiben mağdura yönelik basit cinsel istismarda bulunduğu, bu şekilde fiil üzerinde müşterek hakimiyetlerinin olması nedeniyle diğer sanıkların eylemlerine TCK’nın 37. maddesi anlamında doğrudan fail olarak katıldığı anlaşılmaması karşısında, sanık hakkında TCK’nın 43. maddesinin uygulanmaması,” 14. CD.’nin 14.04.2014 tarihli E. 2014 / 1453 K. 2014 / 4967 sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#\(17.05.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#(17.05.2016))

⁵⁵⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 298.

İnsanların toplu olarak bir arada yaşamak zorunda olduğu yerlerden ne anlaşılması gerektiği madde gerekçesinde, “kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler” olarak örnek kabilinden belirtilmiştir.⁵⁵⁷ Bu gibi yerlerin kamu veya özel bir kuruma ait olması nitelikli hâlin uygulanması açısından farklılık oluşturmamaktadır.⁵⁵⁸ Maddede toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğundan bahsettiği için insanların iradi olarak bir arada bulunduğu, aynı otelde kalma, kısa süreli aynı evi paylaşma gibi durumlar⁵⁵⁹ veya konser, miting, spor karşılaşmaları, otobüs, vapur, tren, sınıf gibi toplu ortamlardan faydalanarak suçun işlenmesi bu nitelikli hâl kapsamına girmemektedir.⁵⁶⁰ Ancak doktrinde bu zorunluluğun, mutlak olarak algılanmayacağını düşünen yazarlar, uzun süreli askeri sefer veya sivil seyahatlerde kullanılan gemileri de bu nitelikteki yerler olarak kabul etmiştir.⁵⁶¹ Bununla birlikte, sadece belirtilen ortamlarda toplu olarak yaşama zorunluluğunun varlığı nitelikli hâlin uygulanması için yeterli değildir, ayrıca failin suçu işlerken bu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanması gerekmektedir.⁵⁶²

iii. Cinsel İstismarın, 103/1-a Bendindeki Çocuklara Karşı Cebir veya Tehditle ya da 103/1-b Bendindeki Çocuklara Karşı Silah Kullanmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Cinsel istismarın, on beş yaşından küçük veya on beş yaşından büyük olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli hâllerden biri olarak düzenlenmiştir.⁵⁶³ 103/1-b kapsamındaki çocuklar bakımından

⁵⁵⁷ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 358; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 47; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 298.

⁵⁵⁸ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 76.

⁵⁵⁹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 358.

⁵⁶⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 298; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 48.

⁵⁶¹ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 47-48.

⁵⁶² NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 245; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ..., s. 47.

⁵⁶³ “Mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık...Mağdurun annesi katılan F'nin anlatımlarına göre, sanığın 5 yaşın içindeki mağduru eve alıp kapıyı kilitledikten sonra çılgık çılgığa bağırmasına rağmen livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlediği, olaydan hemen sonra aldırılan raporlarda sağ memesi, sol kuyruk kemiği ve vücudunun muhtelif diğer bölgelerinde ekimoz ve erezyon bulunduğu tespit edilmesine rağmen eylemin cebirle işlendiğine dair delil bulunmadığından bahisle TCK'nın 103/4 maddesinin uygulanmaması...BOZULMASINA, 28.01.2011 tarihinde oy birliği ile karar verildi.” Yargıtay 5. CD.'nin 28.01.2011 tarihli E.2010/9321 K. 2011/413 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'unda..., s.130); “Oluşa uygun kabule göre; 9 yaşındaki mağdurun başına havlu sarıp yatağa attıktan sonra kollarını tutmak

cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir neden, suçun unsuru⁵⁶⁴ olarak düzenlenmiş iken 103/1-a kapsamındaki çocuklar bakımından suçun gerek basit hâlinin gerekse nitelikli hâlinin cebir veya tehditle işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun 103/1-a bendindeki çocuklar bakımından bu ağırlaştırıcı hâli öngörmesinin sebebi, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişmemiş olması ve fiziki yapıları cinsel istismar fiilinin gerçekleşmesi bakımından 103/1-b bendindeki çocuklara göre daha elverişli olmasıdır.⁵⁶⁵ Cebir ve tehdidin tanımı ve kapsamı, fiil başlığı altında suçun unsuru olarak açıklanan cebir ve tehditten farklı olmadığı için bu konuda tekrara yol açmamak adına o bilgilere atıf yapmakla yetiniyoruz.

Suçun cebir veya tehditle işlenmesinin nitelikli hâl olarak uygulanabilmesi için, mağdura yöneltilecek cebrin kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle mağdura uygulanan cebir, kasten yaralamanın temel şekli (TCK m.86/1) ile basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama (m.86/2) boyutunu aştığı takdirde TCK m.103/5 gereği kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁵⁶⁶ Tehdidin, objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi gerekmektedir birlikte yöneldiği şahsın bir çocuk olduğu göz önüne alındığında her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Nitekim bazı durumlarda bir yetişkin tarafından tehdit niteliğinde görülmeyen bazı ifadeler, bir çocuk tarafından ağır ve korkutucu olarak algılanabilir.⁵⁶⁷ Ayrıca cebir veya tehdide cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında araç olarak başvurulmalıdır. Cinsel istismar suçu tamamlandıktan sonra gerçekleştirilen cebir veya tehdit, cinsel istismardan bağımsız bir suç oluşturur.⁵⁶⁸

suretiyle eylemini maddi cebirle gerçekleştiren sanık hakkında bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” Yargıtay 5. CD.’nin 30.10.2008 tarihli E. 2008/9097 K. 2008/ 9174 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 316)

⁵⁶⁴ “Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları ile dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaşı içinde olan ve TCK’nın 103/1.b maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken mağdureye karşı zor kullanılmasının, **cinsel istismar** suçunun unsuru olması nedeniyle sanık hakkında uygulama olanağı bulunmayan TCK’nın 103/4. maddesi ile arttırım yapılması” Yargıtay 14. CD.’nin 10.11.2015 tarihli E. 2015 / 5378 K. 2015 / 10393 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.05.2016)

⁵⁶⁵ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 358.

⁵⁶⁶ GÜNDEL, *5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı...*, s.74; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK’da Özel...*, s. 248; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 80; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 655.

⁵⁶⁷ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 200.

⁵⁶⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 199.

Maddede suçun sadece cebir veya tehditle işlenmesi nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle suçun hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle işlenmesi, hâlinde bu bent kapsamındaki nitelikli hâl oluşmayacaktır.⁵⁶⁹ 103/1-b kapsamındaki çocuklar bakımından öngörülen hilenin kandırılmaya daha müsait olan on beş yaş altı çocuklar bakımından öngörülmeysi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁵⁷⁰

Cinsel istismar suçunun, madde 103/1-b kapsamındaki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi 6545 sayılı Kanun değişikliği ile maddeye dâhil edilmiştir. Buna göre on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı, cinsel istismarın silahla işlenmesi, cezayı ağırlaştıran nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Suçun silahla işlenmesi, faile cesaret vererek suçun daha kolay işlenmesini ve mağdurun daha fazla korkmasını sağladığı gerekçesiyle nitelikli hâl olarak öngörülmüştür.⁵⁷¹

Silah kavramı, TCK'nın 6/1-f bendinde tanımlanmıştır. Buna göre, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler silah niteliği taşımaktadır. Somut olayda mağdur tarafından gerçek zannedilen, suçun işlenmesine elverişli olan oyuncak ve kurusıkı tabanca için de bu bent kapsamındaki nitelikli hâl uygulanır.⁵⁷²

Doktrinde silahın kullanılmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, silahın kullanılmasından anlaşılması gereken somut olayda bilfiil kullanmak değil, mağdurun mukavemetini kırarak şekilde silahtan yararlanmaktır.⁵⁷³ Nitelikli hâlin uygulanması için silahın mağdura teşhir edilmesi yeterlidir.⁵⁷⁴ Diğer bir görüşe göre ise, failin elinde yalnızca bir silahın bulunması bu nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirmez, ayrıca silahın suçun

⁵⁶⁹ GÜNDEL, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı..., s. 74

⁵⁷⁰ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 199.

⁵⁷¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 297; PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s. 12.

⁵⁷² BAYTEMİR, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa..., s. 139; PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s. 12.

⁵⁷³ KOCA, ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 297.

⁵⁷⁴ PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s. 12.

işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılmış olması gerekir.⁵⁷⁵ Kanaatimizce silahın mağdura teşhir edilmesi, suçun korkutulmaya ve kandırılmaya daha müsait olan çocuğa karşı işlendiği göz önüne alındığında nitelikli hâlin uygulanması için yeterlidir.

Son olarak, silahın cinsel istismar suçunun icrası sırasında vasıta olarak kullanılması gerekir. Suç tamamlandıktan sonra suçun ortaya çıkmasını engellemek için mağdurun tehdit edilmesi veya başka bir suçun işlenmesi sırasında silahın araç olarak kullanılması bu nitelikli hâlin uygulanmasını gerektirmez.⁵⁷⁶

8. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hâller

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, failin, fiili işlemekle kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesidir.⁵⁷⁷ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin, suçun temel şekli bakımından kasten, ağır netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmiş olması aranmaktadır.⁵⁷⁸ Bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerin uygulanabilmesi için meydana gelen ağır netice ile failin fiili arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁵⁷⁹

Kanun koyucu cinsel istismar suçu bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri (TCK m. 103/5) ve mağdurun bitkisel hayata girmesi ve ölmesi (TCK m. 103/6) olmak üzere iki ihtimal dâhilinde düzenlemiştir. Failin bu ağır neticelerden sorumlu tutulabilmesi için en az taksirinin bulunması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK’da yer alan mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasına ilişkin ağırlaştırıcı hâl, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle madde metninden çıkarılmış ve bu fıkra ile ilişkin cezalar cinsel istismar suçu içine dağıtılmaya çalışılmıştır.⁵⁸⁰ Doktrinde beden ve ruh sağlığının bozulmasının ağırlaştırıcı hâl

⁵⁷⁵ BAYTEMİR, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...*, s. 139; TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 65.

⁵⁷⁶ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 325; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 12.

⁵⁷⁷ “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”

⁵⁷⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 244.

⁵⁷⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 409.

⁵⁸⁰ TANNER, Fahri Gökçen, “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ağustos 2014, S. 8-128, s. 61.

olarak düzenlenmesi ciddi şekilde eleştirilmekteydi.⁵⁸¹ Doktrindeki eleştirilere ve fıkranın yürürlükten kaldırılmasına ilişkin açıklamalara geçmeden önce değişiklik öncesindeki düzenlemenin incelenmesi gerekmektedir.

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde TCK madde 103/6'da⁵⁸², cinsel istismar sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması, daha ağır ceza ile yaptırım altına alınmıştı. Suçun söz konusu ağırlaştırıcı hâlinin uygulanması, failin fiiliyle mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması arasında bir nedensellik bağının bulunmasına ve failin ağır netice bakımından en azından taksirli sorumluluğunun bulunması koşuluna bağlanmıştır.⁵⁸³ Beden sağlığının bozulması, mağdurun, failin fiilinden kaynaklanan bir hastalığa maruz kalması⁵⁸⁴, kalıcı olarak sakatlanması, çocuk yapma yeteneğini yitirmesi gibi süreklilik arz eden durumları içermektedir.⁵⁸⁵ Bu nedenle cinsel istismar suçunda kullanılan cebrin doğal sonucu olarak oluşan basit sıyrıklar ve ekimozlar beden sağlığının bozulması kapsamında değerlendirilmemektedir.⁵⁸⁶ Bu ağırlaştırıcı hâlin uygulanması için hastalığın mutlaka failden bulaşmış olması gerekmemekte, nedensellik bağının kurulması hâlinde fiilin gerçekleştiği çevreden veya fiilin icrasında kullanılan araçlardan hastalığın bulaşması durumunda da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâl söz konusu olmaktadır.⁵⁸⁷

⁵⁸¹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 203; AYDIN, Murat, “ Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, *Terazi Dergisi*, Aralık 2009, S. 40, s. 82-83.

⁵⁸² “ Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur”

⁵⁸³ “Sanığın cezası 5237 sayılı TCK.nın 103/6. maddesi uyarınca arttırılmış ise de, cebir ve tehdit olmaksızın gerçekleştirilen eylem nedeniyle sanığın kastettiğinden daha farklı ve ağır bir neticenin meydana geldiği, TCK.nın 23. maddesi uyarınca gerçekleşen fakat kastetmediği, bu neticeden sanığın sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiği, somut olayda mağdurenin, dosya içeriğine göre sanıkla iki yıl boyunca arkadaşlık yapması, cebir, tehdit ve hile olmaksızın sanıkla cinsel ilişkiye girmesi şeklindeki eylem ile ilgili olarak sanığın dosyaya yansıyan sosyal ve kültürel durumu, eğitim düzeyi, kişisel özellikleri, tarafların yaşları ve olayın gerçekleşme biçimi nazara alındığında ağır netice olarak ortaya çıkan mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın sanık tarafından öngörülemediği ve taksirle dahi hareket etmesinin söz konusu olmadığı, meydana gelen bu zararın ancak TCK.nın 61. maddesi kapsamında cezanın bireyselleştirilmesinde alt sınırdan uzaklaşmada dikkate alınabileceği gözetilerek sanık hakkında hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde TCK.nın 103/6. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini,” Yargıtay 14. CD.’nin 17.06.2014 tarihli E. 2014/3689 K. 2014/8214 sayılı kararı (Akt. GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 53.)

⁵⁸⁴ CENTEL, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 281.

⁵⁸⁵ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 49; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK’da Özel ...*, s. 249.

⁵⁸⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293.

⁵⁸⁷ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 185; SAVAŞCI, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, s. 98

Bir kimseyle cinsel ilişkiye girmenin doğal ve muhtemel sonucu olan kızlık zarının bozulması, beden sağlığının bozulması olarak nitelendirilmemektedir⁵⁸⁸ Ancak mağdurun içinde bulunduğu aile ve toplum yapısı itibariyle kızlık zarının bozulması ruh sağlığının bozulmasına neden olabileceği için bu kapsamda incelenmesi gerekmektedir.⁵⁸⁹

Beden sağlığının bozulmasına göre daha zor tespit edilen ruh sağlığının bozulması esas itibariyle cinsel istismara uğramanın doğal bir sonucudur. Ancak doktrinde⁵⁹⁰ ve Yargıtay kararlarında⁵⁹¹, fıkra ile öngörülen ağırlaştırıcı hâlin her türlü ruhsal bozukluğu değil, sürekli ve kalıcı bir ruhsal bozuklukları kapsadığı yönünde görüş benimsenmiştir. Adli Tıp raporlarına göre sürekli bozukluk iki ila altı aylık bir süre zarfında devam eden tedaviye rağmen sağlık durumunun tekrar kazanılamadığı hâllerde vardır.⁵⁹²

Suçun neticesinde gerçekleşen beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığının anlaşılması uzman bilgisi gerektiren bir durum olduğu için Yargıtay bu konuda bilirkişi raporu düzenlenmesini isteyebilir.⁵⁹³ Yargıtay başlangıçta bu raporları düzenlemekle yetkili kurum olarak yalnızca Adli Tıp Kurumu'nun ilgili

⁵⁸⁸ AYDIN, “ Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 77; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 206.

⁵⁸⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 204; AYDIN, “ Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 77; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 320

⁵⁹⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 293; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 320; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 185.

⁵⁹¹ “...TCK'nın 103/6. Maddesinde düzenlenen atılı suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlinin uygulanabilmesi için suçun sonucunda oluşan ruh sağlığı bozulmalarının sürekli ve kalıcı olması gerektiğinin kurumdan daha önce verilen benzer raporlardan bilindiği nazara alınıp kuşkulu bu durumun sanık lehine yorumlanarak TCK'nın 103. Maddesinin 6. Bendinin uygulanamayacağına gözetilmemesi,” Yargıtay 5. CD.'nin 23.03.2009 tarihli E. 2009/1618 K.2009/351 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 320)

⁵⁹² CENTEL, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda...”, s. 281.

⁵⁹³ AYDIN, “ Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 81; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 657.

“Mağdure hakkında 19 Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen 06.04.2010 ve 12.06.2010 tarihli raporlarda “mağdurenin cinsel istismar suçu nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu” şeklinde tespit yapıldığı, ancak aynı kurum tarafından düzenlenen 21.07.2010 tarihli raporda ise “mağdurenin ruh sağlığında bozulma tespit edilmemiştir.” şeklinde beyanda bulunularak raporlar arasında çelişki olduğu anlaşılmakla, bu çelişkinin giderilmesi açısından Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan, duraksama hâlinde Adli Tıp Genel Kurulundan □ mağdurenin olay nedeniyle beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin□ alınacak rapordan sonra sanık hakkında TCK'nın 103/6. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağına karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” 14. Ceza Dairesi Esas: 2012 / 7713 Karar: 2014 / 6375 Karar Tarihi: 09.05.2014 <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (21.05.2016)

ihtisas dairesi olduğu yönünde içtihat oluşturmuştur.⁵⁹⁴ Ancak Adli Tıp Kurumunda oluşan iş yoğunluğunun çeşitli aksaklıklara sebebiyet vermesinden dolayı⁵⁹⁵, Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı kararında⁵⁹⁶, belirlenen ölçütlere göre kurulmuş üniversite adli kurullarını da ruh sağlığının bozulup bozulmadığına dair rapor düzenlemeye yetkili birimler hâline getirmiştir.⁵⁹⁷

Doktrinde, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasının neticesi sebebiyle ağırlamış hâl olarak düzenlenmesi çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Özellikle ruh sağlığının bozulması kavramının madde de yer alması ciddi şekilde sorgulanmıştır. Ruh sağlığının bozulması kavramı mağdura, duruma, ruh sağlığının bozulduğuna dair raporu düzenleyen kişiye göre değişiklik gösteren sübjektif bir kavramdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağının olduğu bir ceza sistemi içerisinde böyle belirsiz kavramlar adli hatalara neden olmaktadır.⁵⁹⁸ Bununla birlikte ruh sağlığının bozulması cinsel istismarın en muhtemel sonucu olması nedeniyle bu ağırlaştırıcı hâl, her cinsel istismar vakasında otomatik olarak uygulanan bir hüküm hâlinde gelmiştir.⁵⁹⁹ Nitekim Yargıtay'ın mağdurun ruh sağlığının bozulmadığı yönünden verdiği kararların ciddi bir kamuoyu baskısı ile karşılaştığı göz önüne alındığında söz konusu ağırlaştırıcı nedene hükmolunması kaçınılmaz olmaktadır.⁶⁰⁰ Bir başka eleştiri ise, cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığını tespit edilmesinin uzun ve tekrar eden incelemeleri ve muayeneleri gerektirmesine yöneliktir.⁶⁰¹ Mağdura tekrar tekrar yaşadığı tramvayı hatırlatan bu inceleme ve muayeneler ruh sağlığını daha fazla olumsuz etkileyebilmektedir.⁶⁰² İncelemeler tamamlandıktan sonraki rapor hazırlama sürecindeki zorluklar, raporların belirli bir standart dâhilinde hazırlanmaması ve Yargıtay kararlarında dikkate alınan bozulmanın kalıcı ve sürekli olması ifadelerine madde metninde yer

⁵⁹⁴ Yargıtay 5. CD.'nin 29.06.2011 tarihli E. 2011/3837 K. 2011/5030 sayılı kararı bkz. KAYA, Ahsen, AKTAŞ, Ekin Özgür, “Yüksek Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, 2013, S.24, s. 5

⁵⁹⁵ AYDIN, “Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 83.

⁵⁹⁶ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.09.2011 tarihli E. 2011/5- 201 K. 2011/193 sayılı kararı

⁵⁹⁷ KAYA, AKTAŞ, “Yüksek Yargı Kararları...”, s. 5-6.

⁵⁹⁸ AYDIN, “Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 77.

⁵⁹⁹ TANER, “6545 Sayılı Kanunla Cinsel...”, s. 61.

⁶⁰⁰ “Yargıtay'dan cinsel istismar sanığına ruh sağlığı indirimi” <http://www.hurriyet.com.tr/yargitaydan-cinsel-istismar-sanigina-ruh-sagligi-indirimi-27540349>; “YARGITAY: BİR DEFADAN BİR ŞEY OLMAZ” <http://ilerihaber.org/yargitay-bir-defadan-bir-sey-olmaz/5775/> (10.06.2016)

⁶⁰¹ AYDIN, “Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 82-83.

⁶⁰² KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 203; AYDIN, “Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 83.

verilmemiş olması eleştirilen diğer noktalar olmuştur.⁶⁰³ Beden sağlığının bozulması kavramının da maddeden çıkarılması gerektiği savunulmuştur. Çünkü kasten yaralamanın ağır neticelerinden sorumluluk aynı zamanda beden sağlığına ilişkin hâlleri de içermesinden dolayı beden sağlığının bozulmasına ilişkin nitelikli hâlin varlığı faile aynı mahiyette iki hükmün uygulanmasına yol açmaktadır.⁶⁰⁴

6545 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde “ *Maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli, bu suç mağdurlarının defalarca hastaneye veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikte söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir.*” ifadeleri⁶⁰⁵ ile doktrinde yapılan eleştiriler de göz önünde bulundurularak yapılan yeni düzenlemenin sebebi belirtilmiştir. Beden ve ruh sağlığının bozulması, yargılama sürecinin uzamasına, mağduriyetlerin artmasına neden olan ceza hukukuna uzak bir kavram olmasından dolayı TCK kapsamından çıkartılması⁶⁰⁶ yerinde bir düzenleme olmuştur.

a. Cinsel İstismar İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

Cinsel istismar suçunun işlenmesine yönelik olarak başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olması hâlinde fail, cinsel istismar suçunun yanında kasten yaralamanın ağır neticelerinden de sorumlu tutulacaktır. Gerek cebrin suçun unsuru olarak düzenlendiği durumlarda gerekse suçun nitelikli hâli olarak öngörüldüğü durumlarda TCK m. 87’de düzenlenen kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olması hâlinde ayrıca kasten yaralamaya ilişkin

⁶⁰³ TANER, “6545 Sayılı Kanunla Cinsel”, s. 61.

⁶⁰⁴ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 204.

⁶⁰⁵ MERAN, “Cinsel İstismar ve Saldırı...”, s. 81; TANERİ, *Cinsel Suçlar*, s. 20.

⁶⁰⁶ AYDIN, “Ceza Hukukunda Cinsel...”, s. 83

hükümler uygulanacaktır. Eğer başvuru alan cebir ve şiddet, kasten yaralamanın temel şekli ile basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama boyutunda kalmışsa faile, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmeyecektir.⁶⁰⁷

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yetişkinler bakımından TCK m. 102/4'te düzenlenen benzer hükümde neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâle hükmetmek için cebir ve şiddetin, mağdurun direncini kırarak boyutu aşması hâlini yeterli görülmüş iken, fiile mukavemeti daha düşük olan çocuklar bakımından ise cebir ve şiddetin, kasten yaralamanın ağır neticelerine sebebiyet vermesi hâlinde ayrıca kasten yaralamaya hükmetmesi, çocukların daha fazla gözetilmesi gereğine ve adalet duygusuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁰⁸ Bu eleştirilere, cebrin, kasten yaralamanın temel şeklini oluşturacak boyutta olması m.103/4'te cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlendikten sonra ayrıca faile kasten yaralamadan dolayı ceza verilmesi çifte değerlendirme yasağını ihlal anlamı taşıyacağı gerekçesiyle katılmayan görüşler de bulunmaktadır.⁶⁰⁹ Ancak bu görüş, m. 103/1-b bendindeki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçunda cebrin unsur olarak var olmasından dolayı TCK m.103/4'te düzenlenen nitelikli hâlin uygulanamayacağını göz ardı etmekte ve bu yaş grubu çocuklara karşı başvuru alan cebrin, kasten yaralamanın ağır neticelerine sebebiyet vermesi hâlinde m. 103/5 kapsamındaki korumayı öngörmemektedir. Doktrinde, m.102/4 ile m. 103/5 arasında bulunan bu tutarsızlığın giderilmesi ve ortaya somut bir ölçüt konulması açısından cinsel saldırı suçu bakımından da, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerin gerçekleşmesinin gerektiği hususunun kanuna eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶¹⁰

6545 sayılı Kanun değişikliği ile TCK m. 102/4 ile m.103/5 arasındaki farklılık giderilmiş ve cebir vasıtasıyla işlenen bir cinsel saldırı suçunda ayrıca kasten yaralamadan da hüküm kurulabilmesi için oluşan yaranın TCK m. 87 kapsamında neticeler doğurması gerekir.⁶¹¹

⁶⁰⁷ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 656.

⁶⁰⁸ MERAN, "Cinsel İstismar ve Saldırı...", s. 359; ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 390.

⁶⁰⁹ ÜZÜLMEZ, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", s. 37.

⁶¹⁰ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 401.

⁶¹¹ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 58.

b. Suçun Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesine veya Ölümüne Neden Olması

Cinsel istismar sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesinin veya ölmesi suçun diğer bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlidir. Tıbbi bir kavram olan bitkisel hayat, “beynin fonksiyonlarını yitirdiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu yaşam türüdür.”⁶¹² Hastanın hayata dönme ihtimalinin olduğu ve solunumun devam ettiği bitkisel hayat hâli, geri dönmenin mümkün olmadığı koma hâli olarak tanımlanan beyin ölümünden farklı bir kavramdır.⁶¹³

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu hâlin uygulanabilmesi için cinsel istismar kastıyla hareket eden failin, mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi neticelerini istememesi ve fakat gerçekleştirdiği fiilin bu neticelerin ortaya çıkmasına neden olması gerekmektedir.⁶¹⁴ Diğer bir ifadeyle, maddenin uygulanabilmesi, failin fiili ile istenmeyen ancak gerçekleşen neticeler⁶¹⁵ arasında nedensellik bağının varlığına bağlıdır.⁶¹⁶ Failin ağır neticeler bakımından en azından taksir düzeyinde sorumluluğu bulunmalıdır. Eğer ağır neticeler bilerek ve istenerek cinsel istismar fiili gerçekleştirilmiş ise bu ağırlaştırıcı hâl uygulanmayacak⁶¹⁷, somut neticeye göre kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hâli veya kasten öldürmeden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır.⁶¹⁸

Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümünün, mutlaka cinsel istismar fiili neticesinde gerçekleşmesi gerekmemektedir. Failin, cinsel istismarı gerçekleştirmek için başvurduğu cebir dolayısıyla mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda da fail, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlden sorumlu olacaktır.⁶¹⁹ Ölüm neticesinin hemen cinsel istismar

⁶¹² ÇÖLOĞLU, Sedat, Adli Tıp Sözlüğü, Temel Matbaacılık, İstanbul, 1993, s. 47.

⁶¹³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 58.

⁶¹⁴ ÖZEN, Muharrem, *Ceza hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, USA Yay., 1998, s. 210; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 295; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 109; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 48.

⁶¹⁵ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 48.

⁶¹⁶ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 214; ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 392.

⁶¹⁷ ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 210.

⁶¹⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 205.

⁶¹⁹ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 246-247; ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 211; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 295; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 109; PARLAR, HATİPOĞLU, *5237 Sayılı TCK'da Özel*, s. 250; ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 392. MERAN, bitkisel hayata girme ve ölüm neticelerin sadece cinsel

sonucu meydana gelmesi şart değildir, mağdurun maruz kaldığı fiil ile daha sonra gerçekleşen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının varlığı sorumluluğun doğması açısından yeterlidir.⁶²⁰ Suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkmasını önlemek, delilleri gizlemek⁶²¹ veya fiili gerçekleştirememenin yarattığı kızgınlıkla mağdurun öldürülmesi hâlinde cinsel istismar suçu ile birlikte kasten öldürme suçu da oluşur.⁶²² Fail, mağduru öldürdükten sonra cinsel istismarda bulunmuşsa bu ağırlaştırıcı hâl uygulanmayacak, duruma göre kasten öldürme ile birlikte TCK m.130/2’de düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçu oluşacaktır.⁶²³

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlin uygulanabilmesi için cinsel istismar sonucu meydana gelen ölüm neticesinin doğrudan failin fiilin eseri mi olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cinsel istismar fiili ile ölüm neticesi arasında doğrudan bir nedensellik bağının varlığı zorunludur. Cinsel istismar sonucu mağdurun intihar etmesi örneğinde görüldüğü gibi ölüm neticesi ile failin fiili arasında dolaylı bir bağlantının varlığı, ağırlaştırılmış hâlin oluşması için yeterli değildir.⁶²⁴ Diğer bir görüş ise, cinsel istismar sonucunda mağdurun intihar etmesi, icrai hareketlerin oluşturduğu maddi nedensellik bağını oluşturmaya bile manevi ve ruhsal tepkilerin sonucu olmasından ötürü bu fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁶²⁵ Günümüzde hâkim olan objektif isnadiyet öğretisine göre, failin neticeden sorumlu olabilmesi için, sadece fiil ile netice arasında bir neden sonuç ilişkisinin varlığı yeterli değildir. Ayrıca bu neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir.⁶²⁶ Bunun sonucu olarak mağdur kendi özgür iradesiyle verdiği kararlarla veya kendi sorumluluk alanında kalan davranışlarla nedensel süreçte katıldığı durumlarda, failin fiili ile netice arasındaki nedensellik bağı kesildiği için neticenin, faile yükletilmesi mümkün değildir.⁶²⁷ Cinsel istismar sonucunda

istismar fiili sonucunda gerçekleşmesi gerektiğini, fiili gerçekleştirmek için başvuru olan cebir hareketleri sonucunda ağır neticelerin gerçekleşmesi hâlinde bu fıkra kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlin söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Bkz. MERAN, “Cinsel İstismar ve Saldırı...”, s. 360.

⁶²⁰ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 247.

⁶²¹ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 48.

⁶²² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 57; ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 210.

⁶²³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 214; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 360; BAYTEMİR, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...*, s. 178.

⁶²⁴ ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 212; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 295.

⁶²⁵ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 187.

⁶²⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 172.

⁶²⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 174.

mağdurun intihar etmesi durumunda da, intihar olayı ile failin gerçekleştirdiği istismar fiili arasında nedensellik bağı var olsa da mağdurun kendi verdiği karar dolayısıyla failin sorumluluğu söz konusu olamayacağı için ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilemez.⁶²⁸ Benzer durum cinsel istismar sonucu hamile kalan mağdurenin doğum sırasında veya çocuk düşürme sonucunda ölmesi hâlinde söz konusudur.⁶²⁹

Ölüm veya bitkisel hayata girme neticelerinin, teşebbüs aşamasında kalan cinsel istismar sonucunda ortaya çıkmış olması, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlin uygulanması bakımından farklılık yaratmaz.⁶³⁰ Suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi durumunda netice bakımından taksir düzeyinde sorumluluğu olan tüm suç ortakları netice sebebiyle ağırlaştırılmış hâlden sorumludur.⁶³¹

B. Suçun Manevi Unsuru

1. Genel Olarak

Suçun manevi unsuru, fail ile gerçekleştirdiği fiil arasındaki manevi bağı ifade etmektedir.⁶³² Fail ile gerçekleştirdiği fiili arasında manevi bir bağ kurulamıyorsa, gerçekleştirilen davranış, suç vasfına haiz bir fiil teşkil etmez.⁶³³ Belirtmek gerekir ki doktrinde, klasik suç teorisinin etkisi ile suçun manevi unsuru ile kusurluluğu aynı anlamda ele alan görüşler bulunmaktadır.⁶³⁴ Çalışma kapsamında dikkate alınan gai suç teorisine göre, suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbirinden farklı anlamlar içermektedir. İleriki konularda ele alınacak olan

⁶²⁸ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 247.

⁶²⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 215; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 360

⁶³⁰ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 392; ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 212.

⁶³¹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 360; NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 247.

⁶³² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 213; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 178; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 344;

⁶³³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 213.

⁶³⁴ Kusurluğu suçun kurucu unsuru olarak gören yazarlara göre, bir suçun varlığından söz edilebilmesi için failin kanuni tanıma uygun ve hukuka aykırı fiil gerçekleştirmesi yetmez aynı zamanda bu fiilin psikolojik açıdan faile bağlanması gerekir. Kusurlu bir iradenin ürünü olmayan eylemler suç vasfına sahip değildir. Bu görüşün doğal sonucu olarak kast ve taksir kusurluluğun gerçekleştiriliş şeklidir. Bkz. ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 103; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 188 vd.; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, II, s. 222 vd.

kusurluluk, suçun bir unsuru değil, kişinin işlediği bir suç nedeniyle muaheze edilmesini gerektiren bir yargıyı ifade eder. Kişiye işlediği bir suç nedeniyle kusur isnadında bulunulmasa dahi fiil suç vasfını koruyacaktır. Buna karşılık, bir suçun manevi unsuru var olmadığı sürece, ortada suç oluşturan bir haksızlık da oluşmamaktadır.⁶³⁵

Suçun manevi unsuruna yönelik yapılan değerlendirmeler sırasında failin kişisel özellikleri dikkate alınmadan salt fiile yönelik bir inceleme yapılmaktadır.⁶³⁶ Suçun maddi ve manevi unsuruna yönelik yapılan değerlendirmeler, esas itibarıyla tipik bir haksızlığın mevcut olup olmadığına yöneliktir.⁶³⁷ Bir suçun maddi ve manevi unsurları tam ise ortada failin şahsından bağımsız tipik bir haksızlık bulunmaktadır. Kusurlulukta ise asıl incelenmekte olan konu, gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle failin sorumluluğunu doğuran şartlara ilişkindir.⁶³⁸

Suçun manevi unsurunu kast ve taksir oluşturmaktadır. Suçlar kural olarak kasten işlenir.⁶³⁹ TCK m. 21/1’de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” ifadesine yer verilmiştir. Kastın ne olduğu maddenin devamında açıklanmıştır. Buna göre, “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsuru vardır. Kastın varlığından bahsedebilmek için, failin suçun kanuni tanımında yer alan bütün maddi unsurları bilmesi⁶⁴⁰ ve tipe uygun haksızlığın gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir.⁶⁴¹

Suçun bir diğer manevi unsuru ise taksirdir. Taksir haksızlık içeriği itibarıyla kasttan ayrılmaktadır. Kastan işlenen haksızlıkların suç kapsamına dâhil edilmesi kuralının istisnasını, taksirle işlenen fiiller oluşturmaktadır.⁶⁴² Bir kişinin taksirli hareketinden dolayı sorumlu tutulabilmesi, suçun kanuni tarifinde bunun açıkça belirtilmesine bağlı kılınmıştır.⁶⁴³ Nitekim TCK m.22/1’de, “taksirle işlenen fiiller,

⁶³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.213, 331-334; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.

⁶³⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.213

⁶³⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 126-127.

⁶³⁸ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.234.

⁶³⁹ Kanun gerekçesi

⁶⁴⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 382; TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 188.

⁶⁴¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 190.

⁶⁴² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.234.

⁶⁴³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 396.

kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.” ifadesine yer verilmiştir. Taksir, TCK m.22/2’de “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat ve özen yükümüne aykırı davranma, taksirin özünü oluşturmaktadır.⁶⁴⁴

Cinsel istismarın gerek basit şekli gerekse nitelikli şekline ilişkin manevi unsur konusunda, doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu farklılığın temeli, cinsel istismarın oluşması bakımından genel kastın yanında, failin cinsel arzuları tatmin etme amacıyla hareket etmiş olmasının zorunlu olup olmamasına dayanmaktadır.⁶⁴⁵ Bu açıdan cinsel istismarın manevi unsuruna ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce konu bakımından önem arz eden amaç ve saik kavramlarının da açıklanması gerekmektedir.

Suçun kanuni tarifinde, manevi unsur olarak, suçun unsurlarına yönelik kastın yanında belli bir amaç veya saik ile hareket edilmesinin de aranması mümkündür.⁶⁴⁶ Bu unsurlar kastın bir nevi değil, haksızlığın diğer sübjektif unsurlarıdır.⁶⁴⁷ Kastın hazırlık aşamasında söz konusu olan⁶⁴⁸ amaç ve saik, suçla korunan hukuki değere yönelik failde oluşan hareket iradesini ifade eder.⁶⁴⁹ Bu unsurlara, bazı suç tanımlarında suçun temel şekline ilişkin bir unsur olarak bazı suç tiplerinde ise nitelikli hâllere ilişkin bir unsur olarak yer verilmektedir.⁶⁵⁰ Suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer verilmeyen amaç ve saik, TCK m.61 kapsamında cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate alınır.⁶⁵¹

2. Basit Cinsel İstismar

Basit cinsel istismar suçu, kasten işlenebilen bir suçtur.⁶⁵² Suç tanımında belirtilen bütün maddi unsurlar kasta dâhildir. Bu açıdan mağdurun çocuk olduğunun

⁶⁴⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 211.

⁶⁴⁵ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 30.

⁶⁴⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.259

⁶⁴⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 304; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.260.

⁶⁴⁸ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 304.

⁶⁴⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 250.

⁶⁵⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 250; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.260.

⁶⁵¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 305.

⁶⁵² PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 103; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 59; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 658; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 324;

bilinmesi ve fiilin de cinsel istismara yönelik gerçekleştirilmesi gerekir.⁶⁵³ Suçun oluşumu bakımından, genel kastın yanında failin cinsel arzularını tatmin etme gayesiyle hareket etmesinin zorunlu olup olmadığı konusu tartışmalıdır.⁶⁵⁴

Doktrinde bir görüşe göre, cinsel istismarın basit hâli sadece genel kastla işlenebilir ve failin saikinin suçun oluşması bakımından önemi bulunmamaktadır.⁶⁵⁵ Her ne kadar gerekçede suçun temel şeklinin oluşması konusunda “*cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi*” ifade edilmiş olsa da maddede belirtilen cinsel davranış kavramının, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerekir.⁶⁵⁶ Nitekim gerekçe, kanun metninin açık olmadığı durumlarda başvurulması gereken bir araçtır, asıl olan hükmün lafzıdır.⁶⁵⁷ Önemli olan failin davranışlarının objektif olarak cinsel içerik taşıması olup failin bu davranışları hangi saikle gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek bulunmamaktadır.⁶⁵⁸ Fail, cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket edebileceği gibi intikam, kıskançlık, küçük düşürme⁶⁵⁹ gibi düşüncelerle de hareket edebilir.⁶⁶⁰

Doktrinde basit cinsel istismarın manevi unsuruna yönelik diğer bir görüş ise, suçun oluşması için failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerektiğini benimsemektedir.⁶⁶¹ Bu görüşün çıkış noktası, TCK m.102/1’e ilişkin gerekçede belirtilen “*cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut*

KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 315 ; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 368.

⁶⁵³ ÜZÜLMEZ, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s. 38.

⁶⁵⁴ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 30.

⁶⁵⁵ PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 103; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 60; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 340; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 317; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 174; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 214; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 38.

⁶⁵⁶ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 317

⁶⁵⁷ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 382.

⁶⁵⁸ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 340; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 317; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 60; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen ...*, s. 38.

⁶⁵⁹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 340

⁶⁶⁰ PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 103.

⁶⁶¹ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 659; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 324; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s... ; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 174; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 291. ŞEN, failin cinsel arzularını tatmin amacına yönelik davranışları özel kast olarak nitelendirmiştir. ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 379.

dokunulmazlığının ihlâl edilmesi” ifadesidir. Sadece failin gerçekleştirdiği davranıştan yola çıkarak cinsel istismarın oluşup oluşmadığını belirlemek bazı durumlarda mümkün olmamaktadır.⁶⁶² Hatta iyiniyetli ve dostça yaklaşımları ya da cinsel saik içermeyen hareketlerde suç kapsamına dâhil edilerek suçun kapsamı genişletilmektedir.⁶⁶³ Eğer kişi cinsel istismar teşkil eden davranışları cinsel saik olmadan gerçekleştirse, kavga sırasında kişinin yanağının sıkılması örneğinde görüldüğü gibi somut olayın özelliğine göre kasten yaralama veya hakaret suçunun oluştuğundan söz edilebilir.⁶⁶⁴ Yargıtay da madde gerekçesinden hareketle basit cinsel istismar suçunun cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶⁵ Kanaatimizce de suçun basit hâlinin cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik davranışlarla gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde vücut teması gerektiren ancak cinsel amaçlı gerçekleştirilmeyen birçok suç tipi cinsel istismar olarak nitelendirilecek ve suçun uygulama alanı genişletilecektir.

Cinsel istismar suçunun olası kastla işlenmesinin mümkün olup olmadığının da tartışılması gerekmektedir. Doktrinde suçun olası kastla işlenmesinin teorik olarak mümkün olduğunu savunan yazarlar vardır.⁶⁶⁶ Failin, mağdurun on beş yaşını doldurmamış olma ihtimalini göze alarak cinsel istismar fiilini gerçekleştirmesi bu duruma örnek olarak gösterilmiştir.⁶⁶⁷ Suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı yönünde aksi görüşü savunan yazarlar da vardır.⁶⁶⁸ Cinsel istismar suçu, cinsel dokunulmazlığın ihlâl edilmesiyle tamamlanan bir sırf hareket suçudur. Bundan dolayı failin, cinsel davranışı gerçekleştirirken olursa olsun düşüncesiyle

⁶⁶² KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.315-316.

⁶⁶³ ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 382.

⁶⁶⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 291; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 659; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 324

⁶⁶⁵ “Sanık hakkında mağdure M.’e yönelik basit cinsel saldırı ve kasten yaralama suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde ise; oluşa, mağdurenin aşamalarındaki beyanlarına ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay günü suç tarihinde 17 yaş 8 aylık olan ve evine doğru yürümekte olan mağdurenin önüne geçerek kolundan tutup arkadaşlık teklif ettiği, mağdurenin bu teklifi kabul etmemesi üzerine öpmeye çalıştığı, mağdurenin direnmesi üzerine öpme eylemini tamamlamadığı ve mağdurenin kolundan tutması şeklindeki eylemin ise cinsel tatmin amacına yönelik olmadığına anlaşılmaması karşısında, sanığın çocuğun basit cinsel istismarına teşebbüs suçunu işlediği sabit olduğu hâlde, yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 24.06.2014 tarihli E. 2013 / 337 K. 2014 / 8581 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (21.05.2016); GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 38.

⁶⁶⁶ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 368; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 103.

⁶⁶⁷ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 368.

⁶⁶⁸ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 177; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 215.

hareket etmesi suçun niteliği itibariyle mümkün değildir.⁶⁶⁹ Kanaatimizce suçun olası kastla işlenmesi teorik olarak mümkündür. Suçun kanuni tanımında bilerek, bildiği halde ifadesine yer verilen hâller dışında kural olarak kasten işlenebilen suçlar hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir.⁶⁷⁰ Ancak suçun niteliği gereği failin, cinsel istismar fiilini gerçekleştirirken muhtemel sonucu öngörmesine rağmen olayın seyri dâhilinde eylemini devam ettirmesi cinsel istismarın hem basit hâli hem de nitelikli hâli bakımından mümkün değildir.

3. Nitelikli Cinsel İstismar

Nitelikli cinsel istismar suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun nitelikli şekli bakımından failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastının varlığını gösterir.⁶⁷¹ Nitelikli cinsel istismarın oluşabilmesi bakımından da cinsel arzuları tatmin amacına yönelik hareket edilmesinin gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, suçun hem basit hâli hem de nitelikli hâli özel kastla işlenebilir. Basit cinsel istismar, madde metninden ve gerekçeden hareketle cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenebilir. Nitelikli cinsel istismarın manevi unsuru bakımından suçun basit hâlinde farklı bir düzenleme maddeye eklenmediği ve birinci fıkraya atıf yapıldığı için sırf gerekçeden hareketle suçun manevi unsurunun birinci fıkra da belirtilenden farklı olduğu söylenemez.⁶⁷² Cinsel amaç olmaksızın bir kişinin vücutuna bir şey sokarak onu aşağılamak, cinsel istismar suçuna vücut vermez, bu durumda ancak hakaret ve müessir fiil suçlarından sorumluluk doğar.⁶⁷³

Doktrinde hâkim olan görüş ise, nitelikli cinsel istismar suçunun gerçekleşmesi için kastın yeterli olduğu, failde cinsel tatmin gayesi aranmayacağı yönündedir.⁶⁷⁴ Nitelikli cinsel istismar suçunda failin gerçekleştirdiği davranışlar

⁶⁶⁹TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 177.

⁶⁷⁰ Bkz. TCK m. 21 gerekçesi

⁶⁷¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 291.

⁶⁷² ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 381-382.

⁶⁷³ HAFIZOĞULLARI, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 5.

⁶⁷⁴ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 659; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 324; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 316 ; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 174; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 291; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 103; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 60; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 341; MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 351; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel*

kastının ne olduğunu gösterir. Bu nedenle ayrıca fiilin işlenme amacının araştırılmasına gerek yoktur.⁶⁷⁵ Önemli olan gerçekleştirilen davranışların objektif olarak şehvî nitelikte olmasıdır, failin şehvi arzularının fiilen tatmin amacıyla hareket etmiş olup olmadığı dikkate alınmamaktadır.⁶⁷⁶ Bu açıdan mağduru küçük düşürmek veya işkence yapmak amacıyla anüsüne veya vajinasına sair cisim sokulması, cinsel saikle işlenmese dahi cinsel istismar suçuna vücut verecektir.⁶⁷⁷ Yargıtay da cinsel tatmin amacının suçun oluşması için şart olmadığı, önemli olan organ veya sair cisim sokulan bölgenin cinsel nitelik taşıması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁶⁷⁸ Kanaatimizce de gerekçede belirtildiği üzere suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için failin, cinsel arzularını tatmin etme amacı ile hareket etmesine gerek yoktur, davranışlarının objektif olarak cinsel nitelikte olması yeterlidir.

C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Suçun diğer bir kurucu unsuru olan hukuka aykırılık genel olarak, “*yapılan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi*” hâlidir.⁶⁷⁹ Suç teşkil eden haksızlığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, öncelikle fiilin, suçun kanuni tanımında belirtilen maddi ve manevi unsurları içerip içermediğine ilişkin değerlendirme yapılmalıdır. Bir fiilin, kanunda belirtilen suç tiplerinden birine uygun olması ile tipik haksızlık

Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 174; KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 216; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 38.

⁶⁷⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 316.

⁶⁷⁶ TEZCAN, ERDEM vd., Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 341; MERAN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 317; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 291.

⁶⁷⁷ MALKOÇ, Cinsel Suçlar, s. 174; TEZCAN, ERDEM vd., Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 341

⁶⁷⁸ “Mahkemenin kabulüne göre de, sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; TCK’nın 103/2. madde düzenlemiş bulunan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olmasının yeterli olup, **cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından**, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.’nin 10.02.2014 tarihli E.2012 / 4067 K. 2014 / 1289 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (21.05.2016)

⁶⁷⁹ DÖNMEZER, ERMAN, Ceza Hukuku Genel Kısım, II, s. 17.

gerçekleşmiş olur.⁶⁸⁰ Tipik haksızlık ise hukuka aykırılığa *karinedir*.⁶⁸¹ Dolayısıyla hukuka aykırılık ile ifade edilen, maddi ve manevi unsuru tam olan ve kanuni tanıma uygun olan bir fiilin, bütün hukuk düzeniyle çatışma hâlinde olmasıdır.⁶⁸²

Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsurunu oluşturup oluşturmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul eden görüşlerin⁶⁸³ yanında onu suçun diğer unsurlarından birine dâhil eden görüşler de bulunmaktadır.⁶⁸⁴ Bu görüş farklılığının temel sebebi yazarların farklı suç genel teorilerini benimsemiş olmasıdır. Bununla birlikte hukuka aykırılığın kapsam ve genişliğine olan bakış açısı da bu görüş farklılığına kapı aralamaktadır. Hukuka aykırılığa, ceza hukukuna aykırılık şeklinde dar bir anlam verildiği takdirde, suçun diğer unsurlarından birine karışması mümkün olacaktır. Buna karşın hukuka aykırılık, bütün hukuk düzenine aykırılık olarak anlaşıldığı takdirde, bağımsız bir unsur olduğu görülecektir.⁶⁸⁵ Doktrinde hâkim olan görüş, bir fiilin hukuka aykırılığından, onun tüm hukuk düzeniyle çatışmasının anlaşılması gerektiği yönündedir.⁶⁸⁶ Nitekim hukuk düzeni bir bütündür⁶⁸⁷ ve bir davranışın hukukun bir alanına uygun, diğer bir alanına aykırı olarak nitelendirilmesi doğrudan hukuk kavramıyla çelişmektedir.⁶⁸⁸

Bir fiilin kanunda belirli bir suç tipine uygun olması kural olarak hukuka aykırı olduğunu gösterir. Ancak bazı hâller vardır ki ceza tehdidi altında olan,

⁶⁸⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 125, 263.

⁶⁸¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 267; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 214.

⁶⁸² ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 81.

⁶⁸³ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 81; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 17; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 267; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 213; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 396.

⁶⁸⁴ Hukuka aykırılığın suçun kanuni, maddi veya manevi unsuruna dahil eden görüşler ve bunlara ilişkin eleştiriler için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 3-7; KATOĞLU, hukuka aykırılığın suçun unsuru olarak sayılıp sayılamayacağına ilişkin görüşleri, yazarların suç genel teorisine bakış açılarını dikkate alarak, suçun incelenmesinde esas alınan tekçi ve tahlilci yöntem kapsamında hukuka aykırılık kavramını değerlendirerek konuya yaklaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s. 127 vd.

⁶⁸⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 7.

⁶⁸⁶ KATOĞLU, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 155; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 10; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 281; ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 82; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263.

⁶⁸⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263

⁶⁸⁸ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 82.

hukuka aykırı bir fiilin yapılmasını çeşitli hukuk kaynakları tecviz etmiş, hatta bazı hâllerde bu fiilin gerçekleştirilmesini kişilere bir görev olarak yüklemiş olabilir.⁶⁸⁹ Böyle bir durumda kanunda belirli bir suç tipine uygun bir fiil işlenmişse de, somut olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir takım sebeplerin varlığından bahsetmek gerekecektir.⁶⁹⁰ Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili, hukuk düzeninin bütünü bakımından hukuka uygun hâle getiren sebeplere *hukuka uygunluk sebepleri* denir.⁶⁹¹ Bu sebepler ceza koyan normların istisnası niteliğindedir.⁶⁹²

Somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı, fiili, hukukun meşru saydığı bir zemine taşıyacağı için⁶⁹³ suçun oluşmasına engel olacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin etkin olabilmesi için, failin bu sebebin var olduğunun bilinciyle mi hareket etmesi gerektiği yoksa sebebin somut olayda objektif olarak mevcudiyetinin yeterli mi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarının somut olayda objektif olarak mevcut olması, bu sebeplerden failin faydalanması için yeterlidir. Bu görüş, hareketin neticeye göre tayin edilmesi gerektiğini savunduğu için objektif duruma dayanmaktadır.⁶⁹⁴ Diğer bir görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebepleri neticenin ortaya koyduğu haksızlığa göre değil, fiilin haksızlık içeriğine göre incelenmelidir.⁶⁹⁵ Bunun sonucu olarak, failin hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanabilmesi için bu sebeplere ilişkin şartların oluştuğu bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir, dolayısıyla sebeplerin objektif olarak varlığı yeterli değildir.⁶⁹⁶ Kanaatimizce de, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları, kastın kapsamına dâhil⁶⁹⁷ olduğu için failin somut olayda bu şartların oluştuğunun bilinciyle hareket etmesi gerekir.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukukun bütünlüğü prensibinden hareketle yazılı veya yazısız bütün hukuk düzeni dikkate alınarak tespit edilir.⁶⁹⁸ Bundan dolayı ceza hukuku dışındaki hukuk dallarında hukuka uygunluk sebebi olarak benimsenmiş

⁶⁸⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 214.

⁶⁹⁰ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 267.

⁶⁹¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 265.

⁶⁹² ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 220.

⁶⁹³ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 84.

⁶⁹⁴ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 214. Benzer yönde görüş için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 22

⁶⁹⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 266.

⁶⁹⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 266

⁶⁹⁷ ERMAN, Ragıp Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 277.

⁶⁹⁸ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.269.

durumların ceza hukuku bakımından da hüküm doğurması, fiili hukuka uygun hâle getirmesi söz konusu olacağı gibi, ceza hukukunda öngörülen hukuka uygunluk sebepleri de diğer hukuk dalları açısından etki doğuracaktır.⁶⁹⁹

5237 sayılı TCK, hukuka uygunluk sebeplerine, Birinci Kitap, İkinci Kısım, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı Üçüncü Bölümde yer vermiştir. Kanun koyucu bu başlık altında düzenlenen durumlardan hangisinin hukuka uygunluk sebebi hangisinin kusurluluğu etkileyen hâllerden biri olduğu açık bir şekilde belirtmemiştir. Ancak bu başlık altında bulunan maddelerin gerekçelerinden ve 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinden⁷⁰⁰ hareketle hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu etkileyen hâllerin hangi durumları içerdiğini belirlemek mümkündür.⁷⁰¹

TCK’da hukuka uygunluk sebepleri, görevin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olmak üzere dört başlık altında toplanmıştır. Belirtilen bu hukuka uygunluk sebeplerinin tümü, her zaman bir suç tipinde bulunmaz. Hukuka uygunluk sebebi, suçun yapısına göre varlık kazanmaktadır.⁷⁰² Cinsel istismar suçu yapısı itibariyle meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasına imkan vermemektedir. Bu nedenle cinsel istismar suçu bakımından görevin ifası, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

⁶⁹⁹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 220.

⁷⁰⁰ “(1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükmüdür.

(2) Beraat kararı;

a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,

b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,

c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,

e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

Hâllerinde verilir.

(3) Sanık hakkında;

a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hâli ya da geçici nedenlerin bulunması,

b) (Değişik bend: 25/05/2005-5353 S.K./30.mad) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hâli ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,

d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,

Hâllerinde, **kusurunun bulunmaması** dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

⁷⁰¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269; HOROZGİL, “Çocukların Cinsel İstismarı...”, s. 128.

⁷⁰² KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 208.

a. Görevin İfası

Görevin ifası, TCK m.24/1’de “*kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez*” şeklinde bir düzenlemeyle hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak öngörülmüştür. Kanunun kişiye herhangi bir konuda verdiği yetkinin veya yüklediği görevlerin, yine kanunda belirtilen şekilde yerine getirilmesi durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz.⁷⁰³ Kanun hükmünü yerine getiren kişinin fiili kanunda belirli bir suç tipine uygun olsa da hukuka uygun olduğu için suç teşkil etmeyecektir.⁷⁰⁴

Kanunun hükmünün kişilere verdiği yetkinin veya öngördüğü yükümlülüğün gereğinin yapılması bu kişilerin aynı zamanda bir görevidir. Bu nedenle madde başlığı “*kanun hükmü*” olarak belirtilse de bu hukuka uygunluk sebebinin görevin ifası veya görevin yerine getirilmesi olarak anlaşılması gerekir.⁷⁰⁵

Görevin ifası, kaynağını kanundan alan bir hukuka uygunluk sebebidir.⁷⁰⁶ Hükümde geçen “*kanun hükmü*” kavramından, yazılı hukuk metinlerinin tamamını anlamak gerekir. Bu bağlamda sadece ceza hukuku kuralları değil, aynı zamanda diğer yazılı hukuk kuralları da söz konusu hukuka uygunluk sebebi kapsamında yer alır.⁷⁰⁷ Ayrıca tüzük ve yönetmelikler de yazılı hukuk metinleri arasında yer aldığı için kanun kavramına dâhildir.⁷⁰⁸

Çocukların cinsel istismarı suçunda görevin ifası hukuka uygunluk nedenin uygulanmasını mümkün kılan durumlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki CMK’nın 75. maddesinde düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi ile 76. maddesinde düzenlenen mağdurun beden muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanması sırasında görülmektedir. Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla sanık veya mağdur sıfatında bulunan çocuğun vücudu üzerinde, iç ve dış beden muayenesini gerçekleştirmekle yetkili kılınan hekim veya sağlık mesleği mensubunun yaptığı müdahaleler görevin

⁷⁰³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.278; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 294.

⁷⁰⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269.

⁷⁰⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 270; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278.

⁷⁰⁶ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228.

⁷⁰⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 294; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 257.

⁷⁰⁸ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228.

ifası çerçevesinde hukuka uygun kabul edilir.⁷⁰⁹ Ancak görevin ifası kapsamında yapılması gereken müdahaleler dışına çıkmak suretiyle kasıtlı olarak cinsel davranışlarda bulunulması durumunda cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁷¹⁰

Görevin ifası hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasını mümkün kılan diğer bir durum ise, Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği m. 28’de düzenlenen üst araması sırasında görülmektedir. Yönetmelik hükümleri çerçevesinde kolluk görevlilerinin, şüphelinin üst araması sırasında bedene yaptığı temaslar için de hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilir. Ancak kolluk görevlisinin, üst araması sırasında kişinin vücuduna yönelik gerçekleştirdiği davranışların cinsel amaçlı olması hâlinde cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁷¹¹

b. Hakkın Kullanılması

Hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri kişinin hakkını kullanmasıdır. Hukuk düzenince kişilere tanınan ve koruma altına alınan bir hakkın icrasına yönelik gerçekleştirilen fiiller, bu hakkın sınırları çerçevesinde gerçekleştirilirse artık hakkın kullanılması niteliğindeki fiiller bakımından hukuka aykırılığın varlığından bahsedilmez.⁷¹² TCK’nın 26/1. maddesi, “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” hükmü ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmesinin nedeni, hukuk düzenin izin verdiği bir hareketi aynı zamanda yasaklayamamasından kaynaklanmaktadır.⁷¹³ Söz konusu hukuka uygunluk sebebin kapsamına bir meslek ve sanatın icrası, sportif faaliyetler, basın özgürlüğünden doğan haklar⁷¹⁴, haber verme hakkı, savunma dokunulmazlığı, zilyetliğin korunması, eğitim hakkı vb. durumlar girmektedir.⁷¹⁵

⁷⁰⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 208; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 58; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357 ; HOROZGİL, “Çocukların Cinsel İstismarı...”, s. 128.

⁷¹⁰ HOROZGİL, “Çocukların Cinsel İstismarı...”, s. 128.

⁷¹¹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 209.

⁷¹² KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278.

⁷¹³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, s. 22; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 288.

⁷¹⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278

⁷¹⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 279; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 229-240. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 292- 302.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi, belli şartların varlığı hâlinde oluşmaktadır. Bu şartlardan ilki, kişinin herhangi bir makamın aracılığına gerek duymaksızın bizzat kendisinin kullanabileceği sübjektif bir hakka sahip olmasıdır.⁷¹⁶ Sübjektif hakkın kaynağı, bir kamu hukuku veya özel hukuk kuralı olabileceği gibi yargı kararı, idari bir tasarruf ve örf adet kuralı da olabilir.⁷¹⁷ Diğer şartlar ise, kişinin hakkını, hakkın kaynağını aldığı kuralların sınırları dâhilinde kullanması ve hakkın kullanılması ile kanunda belirli bir suç tipine uygun olarak gerçekleştirilen fiil arasında bir illiyet bağının olmasıdır.⁷¹⁸

Çocukların cinsel istismarı suçunda hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin de oluşması mümkündür. Hukuk kurallarının bir mesleğin icrasına izin verdiği durumlarda bu mesleği icra eden kişi bakımından şahsa bağlı bir hak doğmuş olur.⁷¹⁹ Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin oluşması için, diğer şartların da varlığı durumunda bu mesleği icra eden kişinin mesleğine ilişkin gerçekleştirdiği fiiller hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu noktadan hareketle hekimin tıbbi müdahaleler çerçevesinde çocuğun vücuduna dokunması, cinsel bölgelerini muayene etmesi ve bakması bir mesleğin icrası hakkı kapsamında hukuka uygunluk sebebi sayıldığı için cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.⁷²⁰ Aynı durum ameliyat sırasında endoskopi veya klonoskopi gibi operasyonlar açısından gerekli olan işlemlerin yapılması amacıyla vücuda sair cisim sokulması durumunda da söz konusudur.⁷²¹ Ancak muayene gereklerini aşan ve çocuğun vücudu üzerinde cinsel davranış boyutuna ulaşan eylemler sağlık çalışanı tarafından yapıldığı için m.103/3'te düzenlenen cinsel istismarın cezayı artıran nitelikli hâlini oluşturacaktır.⁷²²

⁷¹⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 33; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278. DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 291.

⁷¹⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 34-35; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278.

⁷¹⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 33; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 278; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 291.

⁷¹⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 338.

⁷²⁰ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 59; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357.

⁷²¹ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 341.

⁷²² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 59; “Karar: Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması

c. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası, TCK'da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 26/2. maddesine göre, “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Hukuki temelini hareket özgürlüğünden alan bu hukuka uygunluk sebebi, hukuk düzeninin kişiye özgürce tasarruf imkanı tanıdığı hakları üzerinde başkalarının da tasarrufta bulunması konusundaki rıza beyanına cevaz vermesinden kaynaklanmaktadır.⁷²³

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, kişinin kendisiyle ilgili bir konu üzerinde başkasının belli bir tasarrufta bulunmasına yönelik olarak rıza açıklama ehliyetine sahip olması gerekliliğidir.⁷²⁴ Rıza açıklamaya, ancak rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi gerçek ve tüzel kişiler ehildir.⁷²⁵ Kural olarak temyiz kudretine sahip olan kişiler rıza açıklama ehliyetine de sahiptir.⁷²⁶ Rızayı açıklayan kişi, korunmasından vazgeçmek istediği hakkının önemi ile korunmadan vazgeçmenin nasıl bir anlam ifade ettiğini algılama yeteneğine sahipse gösterdiği rıza hukuka uygunluk sebebidir.⁷²⁷ Bununla birlikte kanunun belli bir suç için mağdurun yaşını özel olarak belirlediği durumlarda, bu yaştan küçük olan kişiler temyiz kudretine sahip olsalar bile rıza açıklamaya ehil değildirler.⁷²⁸

nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesi kapsamında yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanılgiya düşölerek yazılı biçimde cinsel taciz suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 14. CD'nin 05.04.2012 tarihli E. 2011 / 6460 K. 2012 / 4058 sayılı kararı [\(http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# \(01.06.2016\)\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# (01.06.2016))

⁷²³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 283. İlgilinin rızasının hukuki temeli konusunda çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bu teoriler ve eleştirilerine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 67-73.

⁷²⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 323.

⁷²⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 76; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 304; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 320.

⁷²⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 285. Rıza ehliyetini temyiz kudreti bakımından değerlendiren benzer yönde görüş için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 76; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 304.

⁷²⁷ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 228; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 320.

⁷²⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 286; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 76.

İlgilinin rızasının, hukuka uygunluk sebebi sayılması için diğer bir şart, rızanın açıklanmasıdır.⁷²⁹ Rıza açıklaması açık veya zımni olabileceği gibi yazılı veya sözlü de olabilir. Rıza beyanı fesada uğramaması koşuluyla suçun icra hareketleri tamamlanıncaya kadar her aşamada gösterilebilir.⁷³⁰ Son şart ise kişinin, tasarruf hakkını kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmamak kaydıyla özgürce kullanabileceği bir konunun varlığıdır.⁷³¹ Kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edeceği hakların neler olduğu tüm hukuk düzeni dikkate alınarak belirlenir.⁷³²

Kanun koyucu bazı suç tipleri bakımından mağdurun rıza beyanına hukuki bir değer atfetmemiştir.⁷³³ Bu suçlardan biri de çocukların cinsel istismarıdır. Kanunda bu suç tipi bakımından mağdurun yaşına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni, cinsel istismar suçu bakımından mağdurun yaş grubu ve gelişmişlik düzeyi dikkate alınarak değerlendirilecektir. On beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, her türlü cinsel davranışa rıza gösterme ehliyetine sahip değildir. Dolayısıyla bu yaş grubu çocukların, cinsel istismarın gerek basit haline gerekse nitelikli haline ilişkin rızaları bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır.⁷³⁴

On beş on sekiz yaş arasındaki çocuklar ise, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar bakımından rıza açıklama ehliyetine sahiptir. Bu nedenle on beş yaşından büyük çocukların nitelikli cinsel istismar boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlara gösterdiği rıza fiili mutlak anlamda hukuka uygun hâle getirecektir. Nitelikli cinsel istismar bakımından bu yaş grubu çocukların da gösterecekleri rıza, hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Ayrıca mağdurun rızası cinsel münasebetin tüm aşamalarında bulunmalıdır. Failin kendisini öpmesine rıza gösteren mağdurun, cinsel

⁷²⁹ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 76; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 305; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 321; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 285.

⁷³⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 77.

⁷³¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 321-322.

⁷³² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 80.

⁷³³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 326.

⁷³⁴ "...sanığın olay tarihinde tanıştığı mağdureyi aracına alarak bir süre gezdikten sonra bir parka götürdüğü, burada aracın arka koltuğuna geçerek **15 yaşından küçük olması nedeniyle hukuken geçerli rızası bulunmayan** mağdurenin rızasıyla vajinal yoldan cinsel ilişkiye girdikleri, sonrasında araçta bulundukları sırada kolluk görevlilerinin geldiği olayda, sanığın üzerine atılı çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediği gözetilmeden, atılı suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi," Yargıtay 14. CD.'nin 24.04.2014 tarihli E. 2012 / 6099 K. 2014 / 5537 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (29.06.2016)

davranışın daha ileri boyutları bakımından rızası bulunmamasına rağmen fail eylemini devam ettirirse, artık fiili hukuka uygun hâle getiren bir rızanın varlığından bahsedilemeyecektir.⁷³⁵ Bununla birlikte mağdurun onuruna aykırı, fiziksel zarar oluşturma riski olan cinsel davranışlar bakımından da geçerli bir rızanın varlığından, dolayısıyla bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedilemez.⁷³⁶

IV. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HÂLLER

A. Genel Olarak

Suçun maddi ve manevi unsuru ile hukuka aykırılık unsurunun varlığı tespit edildikten sonraki aşamada kusurluluk ortaya çıkmaktadır. Failin gerçekleştirdiği fiilden dolayı cezai sorumluluğunun doğması, kusurlu olmasına bağlıdır. Yani sorumluluğun varlığı tespit edilirken, suçun sadece maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurun tamamlanması yeterli olmamakta, ayrıca failin tipe uygun fiili gerçekleştirirken kusurlu olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme de yapılması gerekmektedir.⁷³⁷ Nitekim bu değerlendirmenin önemi “kusursuz ceza olmaz” ilkesi ile de vurgulanmaktadır.⁷³⁸

Kusurluluğun niteliği ve suç teorisi içindeki yeri konusunda doktrinde psikolojik ve normatif teori adında iki farklı görüş bulunmaktadır.⁷³⁹ Kusurluluğu suçun kurucu unsuru olarak nitelendiren psikolojik teoriye göre, fail ile fiili arasındaki manevi bağ kusurluluk olarak ifade edilir.⁷⁴⁰ Normatif teoriye göre ise

⁷³⁵ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 58; “Yerel mahkeme direnme kararında da belirtildiği üzere, mağdurenin otoparka kadar kendi rızası ile gelmiş olması ve öncesinde birlikte bira içmeleri nedeniyle, otoparkta araba içerisinde ve daha sonrasında gerçekleşencinsel birleşme dışındaki eylemlere rızasının olduğu ileri sürülebilir ise de; sanığın savunmasından ve sanık ile mağdure arasında geçen internet konuşmalarından anlaşılacağı üzere, olay günü mağdurenin, sanığın ısrarlı davetleri sonucu bir saatliğine dolaşmak üzere sanık ile buluşması, yaşı ve içerisinde bulunduğu ergenlik döneminin özellikleri gereği sanık ile duygusal ilişki yaşamak istemesi ve dahası bu amaçla otoparka gelmiş olması, sanık tarafından gerçekleştirilmiş olan nitelikli cinsel istismar ve hürriyetten yoksun kulma eylemlerine de rızası olduğunu göstermez.” YCGK’nun 07.06.2011 tarihli E. 2010 / 5-214 Karar: 2011 / 112 K. 07.06.2011 <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (29.06.2016)

⁷³⁶ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 341.

⁷³⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 295.

⁷³⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 347.

⁷³⁹ Psikolojik ve normatif teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 217-221.

⁷⁴⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, s. 222; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 267; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 349.

kusurluluk, suçun unsurlarına dâhil olmayan, işlediği fiille bağlantılı olarak fail hakkında yapılan değerlendirme yargısıdır.⁷⁴¹

Suçun maddi ve manevi unsuru ile hukuka aykırılık unsuruna ilişkin yapılan değerlendirme, failin şahsından bağımsız salt fiil hakkında yapılan objektif bir unsur değerlendirmesiydi. Buna karşılık kusur ise, failin suçu işleme konusundaki iradesinin hangi şartlarda oluştuğunun tespiti ve bu tespite istinaden fail hakkında yapılan *muaheze yargısıdır*.⁷⁴² Failin işlediği haksızlık nedeniyle muaheze edilebilmesi, yani faile kusur isnat edilebilmesi kusur yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. Kusur yeteneği, kişinin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi (algılama yeteneği) ve davranışlarını buna uygun olarak yönlendirebilme iktidarına, kabiliyetine (irade yeteneği) sahip olması demektir.⁷⁴³ Gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincine sahip olmayan⁷⁴⁴ veya bu bilince sahip olmakla birlikte davranışlarını ona uygun yönlendirme yeteneğine sahip olmayan, kısaca kusur yeteneği tam olmayan kişilerin cezai sorumlulukları kısmen veya tamamen ortadan kalkmaktadır.⁷⁴⁵

Kusur yeteneği, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik gibi bizzat failin kendisinden kaynaklanan bir sebepten veya geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma, cebir, tehdit veya zorunluluk hâli dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, haksız tahrik ve çeşitli hata hâlleri gibi somut olaya ilişkin olarak fiilin durumundan ötürü etkilenmiş olabilir.⁷⁴⁶ Çocukların cinsel istismarı suçu açısından kusur yeteneğine etki eden hâllerden haksız tahrik ve hata hâlleri özellik gösterdiği için çalışma kapsamında yalnızca bu konulara değinilecektir.

⁷⁴¹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 340; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 296. Benimsenen suç genel teorisi kapsamında kusurluluğa ilişkin açıklamalarda normatif teori dikkate alınmıştır.

⁷⁴² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 338; HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 232.

⁷⁴³ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 297; TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Hâller”, *TBBD*, Ankara 2012, S. 101, s. 268.

⁷⁴⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 335.

⁷⁴⁵ TURABİ, “Kusurluluk ve Kusurluluğu”, s. 276.

⁷⁴⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 301.

B. Haksız Tahrik

TCK'nın 29. maddesinde ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden biri olarak düzenlenen haksız tahrik, “*failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız hareketleri sonucunda kapıldığı hiddet veya elemin tesiriyle bir tepki suçu işlemesi, işlediği tepki suçun cezasının bu nedenle bir miktar indirilmesidir.*”⁷⁴⁷ Kanun koyucu, haksız fiile maruz kalmanın husule getirdiği hiddet ve şiddet altında işlenen fiillerde, failin iradesinin durumdan etkilendiğini kabul ederek cezada indirim e gitmiştir.⁷⁴⁸ Haksız tahrik failin kusur yeteneğini tamamen kaldırmayan, fakat kusur yeteneğini zayıflatan ve cezayı hafifleten bir nedendir.⁷⁴⁹

Somut olayda haksız tahrike ilişkin hükmün uygulanması için belli şartların oluşması gerekmektedir. Bu şartlar, haksızlık teşkil eden bir fiilin varlığı, bu fiilin failde şiddetli ve hiddetli bir elem meydana getirmesi ve tepki suçunun, haksız fiilin meydana getirdiği şiddetli ve hiddetli elem altında işlenmesi olarak sıralanabilir.⁷⁵⁰ Bu şartlarla birlikte tahrik duyulan fiille, failin işlediği tepki suçu arasında bir oranın gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde tahriki oluşturan haksız fiil ile failin işlediği suç arasında bir oranın bulunması gerektiğini benimseyen görüşün⁷⁵¹ yanında tahrik fiili ile işlenen suç arasında bir nedensellik bağının bulunmasının yeterli olduğunu bunun yanı sıra hükmün düzenlenme amacına uygun olmayan bir oranın aranmasına gerek olmadığını ifade eden görüşler⁷⁵² de vardır. Doktrinde diğer bir görüş ise, haksız fiil ile tepki suçu arasında bir oranın aranmasına gerek olmadığını ancak haksız fiil ile işlenen suçun nitelikleri bakımından uyumlu olması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵³ Bu görüşe göre, örneğin bahçede erik çalan bir çocuğa cinsel istismarda bulunulması hâlinde failin haksız tahrik hükümlerinden yaralanması söz konusu olmaz.⁷⁵⁴

⁷⁴⁷ AYDIN, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, *AÜHFD*, 2005, C. 54, S.1, s. 226.

⁷⁴⁸ KAZANCI EKER, Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel S., 2013, s. 1311.

⁷⁴⁹ AYDIN, “...Haksız Tahrik”, s. 229.

⁷⁵⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 317; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 329.

⁷⁵¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 434.

⁷⁵² AYDIN, “...Haksız Tahrik”, s. 239; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 349.

⁷⁵³ KAZANCI EKER, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan”, s. 1337.

⁷⁵⁴ KAZANCI EKER, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan”, s. 1337.

Haksız tahrike ilişkin hükümler yukarda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde kural olarak her suç tipi bakımından uygulanır.⁷⁵⁵ Ancak bazı suçlar niteliği gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir.⁷⁵⁶ Çocukların cinsel istismarı suçu, gerek doktrinde hâkim olan görüş⁷⁵⁷ gerekse Yargıtay uygulaması⁷⁵⁸ incelendiğinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli bulunmamaktadır. Haksız bir fiilin, çocukların cinsel istismarına sebebiyet verecek bir elem veya öfke yaratması mümkün değildir. Böyle bir elem ve öfke yaratması mümkün görülse dahi çocuğun cinsel istismarı ile haksız fiile maruz kalmanın getirdiği elem ve öfke ne oransal açıdan ne de istismar suçu ile haksız eylemin niteliği dikkate alındığında eş değer değildir.⁷⁵⁹ TCK m. 29 gerek lafzı itibariyle gerekse düzenlenme amacı itibariyle ele alındığında, haksız fiil ile tepki suçu arasında TCK m. 25'te belirtildiği gibi bir orantılılığın aranmadığı görülmektedir. Kanuni düzenleme bu şekilde olmasına karşın, kanaatimizce çocuğun, faile veya onun bir yakınana yönelik sarf ettiği sözler, gerçekleştirdiği davranışlar ne olursa olsun⁷⁶⁰ bunun neticesi, istismarına sebebiyet verecek nitelikte failde öfke ve elem oluşturduğu söylenemez. Bu nedenle çocukların cinsel istismarı suçu bakımından haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır.

C. Hata Hâlleri

Ceza sorumluluğunu etkileyen hâllerden bir diğeri TCK m. 30'da düzenlenen hata hâlidir. Hata hâlleri genel olarak kastı kaldıran ve kusurluluğu etkileyen hata hâlleri olmak üzere iki grupta toplanmaktadır.⁷⁶¹ Çocukların cinsel istismarında hata hâlinin öngörülebileceği durumlar mağdurun yaşı ve rızasının varlığına ilişkin olabileceği için çalışma kapsamında sadece kastı kaldıran hata hâllerine ilişkin açıklama yapılacaktır.

⁷⁵⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 428.

⁷⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, s. 370.

⁷⁵⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 217; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 218; NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 257.

⁷⁵⁸ “Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı hâlde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini,” Yargıtay 5. CD.’nin 29.03.2006 tarihli E. 2006 / 402 K. 2006 / 2577 sayılı kararı <http://www.sinerji.mevzuat.com.tr/index.jsf#> (01.06.2016)

⁷⁵⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 218; NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 257.

⁷⁶⁰ NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun ...”, s. 257.

⁷⁶¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 253, 301; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 393.

Kastı kaldıran hata hâllerinden ilki suçun maddi unsurlarında hatadır. TCK'nın 30/1. Maddesine göre, *“fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.”* Suçun maddi unsurlarında hata, somut olayda suçun maddi unsurlarına ilişkin hususlarda failin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgisidir.⁷⁶² Bu hata hâli, suça ilişkin kastın varlığını ortadan kaldırır. Suça ilişkin kastın varlığı ancak hatanın esaslı olduğu durumlarda ortadan kalkar.⁷⁶³ Failin bilgisi gerçeğe uygun olsaydı haksızlık teşkil eden bir fiilden söz edilemeyecek idi ise hata esastır.⁷⁶⁴

Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata hâli, çocukların cinsel istismarı suçunda failin, mağdurun yaşı konusunda yanılgıya düşmesi durumunda görülmektedir. Mağdurun yaşı suçun maddi unsurlarına dâhil olduğu için failin kastının mağdurun yaşını da kapsamı gerekir.⁷⁶⁵ Bu nedenle failin, yaşa ilişkin hatası maddi unsurlarda hata kapsamında incelenmektedir. Failin, rızası dâhilinde cinsel davranışta bulunduğu çocuğun on beş yaşını tamamladığı konusundaki hatası, kastı kaldırır⁷⁶⁶ ve işlediği fiil cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Bununla birlikte failin, on beş yaşından büyük olduğunu düşündüğü aslında on dört yaşında olan bir çocukla görünüşte rıza ile cinsel ilişkiye girmesi hâlinde cinsel istismar suçundan değil, kasten tamamlamış olduğu reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.⁷⁶⁷ Yargıtay kararlarında, sanıkla mağdurun aynı yerde ikamet etmesi, birbirinin evlerine gidip gelmeleri, mağdurla uzun süre tanışık olma veya duygusal ilişki yaşama gibi durumların söz konusu olması halinde, mağdurun yaşı konusundaki hatanın, hayatın olağan akışına göre kaçınılabilir olduğuna ve bu nedenle TCK'nın 30. maddesine ilişkin hükmün uygulamasına yer olmadığını ifade etmektedir.⁷⁶⁸

⁷⁶² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 395.

⁷⁶³ ERMAN, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 26.

⁷⁶⁴ Madde gerekçesi

⁷⁶⁵ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 297.

⁷⁶⁶ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 69.

⁷⁶⁷ ERMAN, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 104.

⁷⁶⁸ “Mağdurenin fiziki görünümü sebebiyle yaşına dair bir takım tereddütler olsa da, Adli Tıp Kurumu Raporunun sonuç kısmında doğum tarihiyle uyumlu bir yaşta olduğunun belirtildiği, kaldı ki sanıkla aynı yerde ikamet ettikleri, evlerinin karşı karşıya olduğu, altı yıldır tanıştıkları, arkadaşlıklarının son bir yılının duygusal nitelik taşıdığı, sanığın kaza sebebiyle evde yatmakta olan mağdurenin ağabeyinin arkadaşı olduğu, evlerine gidip geldiği, kız kardeşinin beyanına göre çoğunlukla mağdurenin evinde kaldığı, hatta mağdurenin evine sık gitmemesi konusunda annesi ve kız kardeşi tarafından uyarıldığı, bu süreçte mağdureyle cinsel ilişkiye girdikleri, mağdurenin hamile kaldığı, bu durumun anlaşılması üzerine birlikte kaçtıkları, mağdurenin yaşının küçük olması sebebiyle resmi

Kastı kaldıran hata hâllerinden bir diğeri ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatadır.⁷⁶⁹ Esas itibarıyla bu hata hâlinde fail, haksız bir fiil işlediğinin farkındadır, ancak somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin maddi şartlarının oluştuğu yönünde hataya düşmüştür.⁷⁷⁰ Bu hata hâlinde de failin yanılışı maddi vakialara yönelik olduğu için tıpkı maddi unsurlarda hata hâlinde olduğu gibi kastı kaldırır.⁷⁷¹

Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata hâli cinsel istismar suçunda mağdurun rızasının varlığına ilişkin yanılışı hâlinde söz konusu olmaktadır. Buna göre, failin on beş on sekiz yaş arasında olan bir çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterdiğine dair yanılışı esaslı olmak şartıyla kastı ortadan kaldırır ve cinsel istismar suçunun oluşmasını engeller. Bu durumda failin işlediği fiil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut verir.⁷⁷²

nikah yapamadıkları, müracaat ettikleri din görevlilerinin aynı gerekçeyle dini nikah yaptıktan kaçındıkları, mağdurenin eniştesi olan emekli bir imamın ısrarlar üzerine dini nikah kıydığı, öte yandan mağdurenin ortaokul son sınıf öğrencisi olduğu sabit bulunan olayda, suç tarihi itibarıyla yirmiki yaşında bulunan sanığın, yakın komşusu ve arkadaşının kız kardeşi olmasının yanında, evlerine gidip gelmesi ve gece yatıya kalması sebebiyle yakından tanıdığı ortaokul 3. sınıf öğrencisi mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı hususları birlikte göz önüne alındığında, sanık hakkında T.C.K.nun 30. maddesinde düzenlenen hata hâlinin uygulanma şartları bulunmamaktadır.” YCGK’nın 26.11.2013 tarihli E. 2013 / 14-552 K. 2013 / 518 sayılı kararı; “Suç tarihi itibarıyla onaltı yaşındaki sanık ile onbeş yaşının içerisinde olan mağdurenin aynı yerde ikamet ettikleri, suç tarihinden önce de tanıştıkları, hatta bir süre duygusal nitelikte arkadaşlık yaşadıkları, ardından evlenmek amacıyla kaçıp cinsel ilişkiye girdikleri sabit bulunan olayda, mağdureden yalnızca bir yaş büyük olan sanığın, aynı yerde ikamet ettikleri ve arkadaşlık yaptığı mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı hususu göz önüne alındığında, TCK’nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut olmayıp, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” YCGK’nun 25.03.2014 tarihli E. 2013 / 14-829 K. 2014 / 14 sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#\(01.06.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#(01.06.2016))

⁷⁶⁹Öğretide hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata hâlini, kastı kaldıran veya kusurluluğu etkileyen hata hâlleri kapsamında ele alan farklı teoriler bulunmaktadır. Bu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERMAN, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 299 vd.

⁷⁷⁰ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 396.

⁷⁷¹ ERMAN, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 277. Kanun koyucu Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan hâllere ilişkin hata hâli TCK madde 30/3’de düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebi her ne kadar “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlense de hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarına ilişkin hata hâli maddi vakialara yönelik olduğu için kusurluluktan ziyade kast üzerinde etkili olan bir durumdur. Bu nedenle madde 30/3 kapsamında değil 30/1 kapsamında değerlendirilmiştir.

⁷⁷² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 298; NİŞANCI, “6545 Sayılı Kanun”, s. 234.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIMI, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Ceza kanunlarının özel kısmında düzenlenen suçların oluşması için belli evrelerden geçmesi gerekmektedir. Suç yolu olarak adlandırılan bu süreç failin düşünce aşamasından başlamakta, hazırlık hareketleri ve icra hareketleri ile devam etmektedir. Kanunda ayrıca netice unsuruna yer verilmişse suçun tamamlanması için, icra hareketlerinin ardından neticenin de gerçekleşmesi gerekir.⁷⁷³ Failin suç işleme konusunda verdiği karar, sadece düşünce aşamasında kaldığında yani dış dünyada tezahür etmediği sürece ceza hukukunun müdahâle alanına girmemektedir.⁷⁷⁴

Bununla birlikte suça maruz kalan hukuki yarar, sadece failin icra hareketlerini tamamladığı ve neticenin meydana geldiği durumlarda değil, aynı zamanda tipe uygun hareketlerin tamamlanamadığı veya neticeli suçlarda neticenin meydana gelmediği durumlarda da ceza hukukunun korumasına ihtiyaç duymaktadır. İşte bu ihtiyacı karşılamak adına kanun koyucu teşebbüs aşamasında kalan hareketleri de cezalandırma yoluna gitmiştir.⁷⁷⁵ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince failin ancak suçun kanuni tarifinde belirtilen unsurların tamamı gerçekleştiği zaman sorumluluğu doğmaktadır. Ancak suç tipinin oluşması için gerekli olan maddi unsurlardaki eksikliğe rağmen, ceza kanunlarında suça

⁷⁷³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 416; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 384; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 403; SÖZÜER, Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1. Baskı, 1994, s. 157.

⁷⁷⁴ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 384

⁷⁷⁵ SÖZÜER, *Suçta Teşebbüs*, s. 45.

teşebbüsün cezalandırılacağı hüküm altına alınarak belirtilen ilkeye istisna getirilmiştir.⁷⁷⁶

TCK m. 35'te düzenlenen teşebbüs, *“bir suçu işleme kastıyla elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamayan veya hareketleri tamamlamasına rağmen hedeflediği sonucu gerçekleştiremeyen kişileri cezalandırmak için düzenlenmiş olan bir ceza hukuku kurumudur.”*⁷⁷⁷ İcrasına başlanılan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçların cezalandırılmasının nedeni çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bunlardan subjektif teoriye göre, fail suç işleme konusundaki iradesini ortaya koymakla toplumun huzuru ve güvenliliği için tehlikeliliğini yansıtmakta ve bu nedenle cezalandırılmaktadır. Diğer bir görüş olan objektif teori ise, failin iradesinden ziyade, hareketin suçla korunan hukuki yarar üzerinde gerçekleştirdiği tehlikeyi dikkate alarak teşebbüsün cezalandırılma gerekçesini oluşturmuştur. Doktrinde subjektif ve objektif teorileri birleştirerek karma teori adı altında farklı bir teoriyi benimseyen yazarlar da bulunmaktadır.⁷⁷⁸ Teşebbüs hükümleri, tamamlanmış suçlara uygulanan hükmü genişletmekte ve tamamlayıcı norm rolünü üstlenmektedir. Suça teşebbüsün tamamlanmış suçlardan bağımsız bir varlığı bulunmadığı için⁷⁷⁹ tamamlanmış olan bir suçun cezalandırılma gerekçesi aslında teşebbüs bakımından da söz konusu olacaktır.⁷⁸⁰ Bu noktadan hareketle tamamlanmış suçlarda gerçekleştirilen fiillerin suç konusu üzerinde meydana getirdiği tehlike ve zarar, cezalandırılmanın nedeni olduğuna göre, bu nedenin teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.⁷⁸¹

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için bir takım unsurların varlığı gerekmektedir. Bu unsurlar; kasten işlenebilen bir suç ve bu suçu işlemeye yönelik kastın varlığı, suçun icrasına yönelik fiillerin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya

⁷⁷⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 405; SÖZÜER, *Suç Teşebbüs*, s. 46.

⁷⁷⁷ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, BOZDAĞ Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Ankara Ocak- Haziran 2010, S. 158, s. 16.

⁷⁷⁸ Teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 439-441; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 385-387; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 385-387

⁷⁷⁹ SÖZÜER, *Suç Teşebbüs*, s. 46.

⁷⁸⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 407; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 422.

⁷⁸¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 441; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 387.

gerçekleştirilmeye başlanması ve icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesidir.⁷⁸² Bu unsurlardan icra hareketlerinin başlangıcının, dolayısıyla teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı anın tespit edilmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakın bağlantı içerisinde olduğu için önemlidir. Bu konuda öğretide farklı görüşler olmakla birlikte⁷⁸³ TCK m. 35’te teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece gerekçede de belirtildiği üzere suçun icrası, “*işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda*” başlamış olacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun gerek basit hâline gerekse nitelikli hâline teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Cinsel istismar sırf hareket suçudur. Bu nedenle cinsel istismarın basit hâli, cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik olarak çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen davranışlarla tamamlanır. Doktrinde bir takım yazarlar bedensel temasın gerçekleştirilmesi ile suçun tamamlanacağı ve eylemin kısımlara bölünmesinin de mümkün olmayacağı görüşünden hareketle suçun basit hâline teşebbüsün mümkün olmayacağını savunmaktadır.⁷⁸⁴ Buna karşın çoğunluğun görüşü, suçun basit hâlinin icra hareketleri kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüse elverişli olduğu yönündedir.⁷⁸⁵ Cinsel istismar suçunu işlemeye yönelik kastla hareket eden fail, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğindeki eylemlerle yakın bağlantı içindeki fiilleri gerçekleştirmeye başlamasına rağmen, bu suçu tamamlayamazsa yani bedensel temas gerçekleşmezse teşebbüs aşamasında kalmış

⁷⁸² Suça teşebbüsün unsurları konusunda ayrıntılı bilgili için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, I, s. 407 vd.; SÖZÜER, *Suç Teşebbüs*, s. 158 vd.; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 441 vd.; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 387 vd.; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 387 vd.; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 423 vd. ; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 417 vd.; BAYRAKLI, BOZDAĞ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse...”, s. 17.

⁷⁸³ Bkz. ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 392 vd.; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 445 vd.;

⁷⁸⁴ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 350; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 327.

⁷⁸⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 323; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 22; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 295; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 109; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 62; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 369; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 219; GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 81; TANERİ, *Cinsel Suçlar*, s. 113; BAYTEMİR, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...*, s. 231.

basit cinsel istismar suçu oluşur.⁷⁸⁶ Yargıtay da basit cinsel istismara teşebbüsün mümkün olduğuna yönelik kararlar vermiştir.⁷⁸⁷

TCK m.103/1, c. 2’de düzenlenen cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde işlenmesi hâlinde teşebbüsün mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Sarkıntılık ani ve sürekli olmayan davranışlarla tamamlanmaktadır. Suçun tamamlanması için gerekli olan fiziksel temas gerçekleşmemiş olmasına rağmen failin o aşamaya kadar sergilediği cinsel davranışlar veya söylediği sözlerden bu kasıtlı hareket ettiği tespit edilebiliyorsa, sarkıntılık boyutunda işlenen cinsel istismara da teşebbüs mümkündür denilecektir.⁷⁸⁸ Sarkıntılığın daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl olduğunu ve suçun bu aşamada kalıp kalmadığı ancak 103/1, c. 1’de belirtilen ırza tasaddi boyutuna göre belirlenebileceği görüşünden hareketle sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde aksi görüşü savunan yazarlar da vardır.⁷⁸⁹

Teşebbüsün, cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle tamamlandığı nitelikli hâli bakımından söz konusu olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, suçun m.103/2’de düzenlenen hâli, birinci fıkrada düzenlenen basit hâlden bağımsız bir suç tipi olmayıp, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hâldir. Dolayısıyla vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla hareket eden failin, elinde olmayan sebeplerle fiili gerçekleştirememesi durumunda teşebbüsten bahsedilmez. Bu durumda unsurlar gerçekleşmiş ise, suçun basit hâli söz konusu olur ve basit cinsel istismar için öngörülen ceza miktarının alt

⁷⁸⁶ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 62

⁷⁸⁷ “Mağdurun anlatımları ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın, nüfus kayıtlarına göre suç tarihinde 14 yaşında bulunan mağdur E...’e “ne tür ilişkiden hoşlanırsın, senin rahatlamaya ihtiyacın var” gibi sözler söyleyerek bekar evine gitmeleri konusunda ısrarcı olup mağduru kolundan da tutması üzerine mağdurun sanığın kolunu itip kaçıp kurtulması şeklinde sabit olan eyleminin TCK. nın 103/1. maddesinde öngörülen basit cinsel istismara teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden tamamlanmış suça ilişkin hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.’nin 20.09.2012 tarihli E. 2011 / 10875 K. 2012 / 8741 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>

“İddianame içeriğiyle müştekinin anlatımlarına göre sanığın olay günü takip ettiği müştekinin yanına gelip cinsel amaçla saçını tutmak istemesi ve müştekinin karşı koyarak ittirmesi sebebiyle eylemini tamamlayamaması karşısında fiilin, T.C.K.nın 103/1 ve 35. maddelerinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarına teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının tayin ve takdirıyla davaya bakma, kanıtları değerlendirme ve suç niteliğinin tayini görevinin üst dereceli asliye ceza mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.’nin 05.06.2013 tarihli E. 2012/1742 K. 2013/ 7177 sayılı kararı www.hukukturk.com (01.06.2016)

⁷⁸⁸ ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 348.

⁷⁸⁹ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, s. 25. (Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kitabının Ücretsiz Eki)

sınırından uzaklaşarak ceza tayin edilir.⁷⁹⁰ Diğer bir görüşe göre ise, vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kast, failin söylediği sözler, olay öncesindeki davranışları ve olayın geçtiği yer itibarıyla tespit ediliyorsa⁷⁹¹ nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs mümkündür.⁷⁹² Yargıtay'ın nitelikli cinsel istismara teşebbüsün mümkün olduğu yönünde verdiği kararlar⁷⁹³ yanında, aksi yönde belirttiği kararları⁷⁹⁴ da bulunmaktadır.

⁷⁹⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 296.

⁷⁹¹ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı ...*, s. 330; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 660.

⁷⁹² TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 369; MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 177; BAYTEMİR, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa...*, s. 231; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 62; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 327; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 109. KOCA, ÜZÜLMEZ, nitelikli cinsel istismara teşebbüsün mümkün olduğunu savunmakla birlikte cezanın tayininde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi bağımsız bir suç değil, suçun nitelikli hâlidir. Bu nedenle nitelikli hâl gerçekleşmediği sürece fail hakkında suçun basit hâlden dolayı ceza verilir. Bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 302.

⁷⁹³ “Oluş ve kabule göre, sanığın “Bu gece benimle birlikte yatacaksın, sürekli benim yanımda kalacaksın” şeklindeki sözleriyle mağdureye sarılıp nitelikli **cinsel istismara** yönelik eylem ve davranışlarda bulunduğu bu suretle suç kastını gösterdiği, mağdurenin ise, sanığın nitelikli **cinsel** istismarına maruz kalmaktansa ölmeyi veya yaralanmayı göze alarak mutfağın penceresinden atlayarak yaralanması karşısında, eylemin **teşebbüs** aşamasında kaldığının kabul edilerek 5237 sayılı TCK. nın 103/2, 35,103/6 ncı maddelerine göre cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde ceza tayini,” Yargıtay 14. CD.’nin 19.01.2015 tarihli E. 2014/887 K. 2015/329 sayılı kararı (12.06.2016)

“... Çocuğun nitelikli cinsel istismar suçu ve bu suça teşebbüsten sanık...Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın Nisan ayı içerisinde, evlerinde bulundukları sırada kardeşi mağduru yatak odasına götürüp soyunmasını istediği, nedenini soran mağdura “sen başla, yoksa döverim” dediği, mağğdurun korkarak üzerindeki tişörtü çıkardığı, pantolonunu yarıya kadar indirdiği, sanığın kendi kıyafetlerini çıkardıktan sonra mağdura cinsel organını zorla yalattığı, “ seni sinkaf edeceğim” diyerek mağdurun arkasını çevirmeye çalıştığı, yumruk atıp direnmesi karşısında tokat attığı, tekrar cinsel organını yalattırmaya çalıştığı sırada kardeşleri H. in kapı aralığından kendilerini gördüğü ve içeriye girdiği, H ile sanığın kavga ettikleri, bu şekilde organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar kastını ortaya koyan sanığın eylemini engel nedenden dolayı tamamlayamadığı, Ağustos ayı içerisinde yine kardeşi mağduru yatak odasına götürüp cinsel organını yalamasını istediği, aksi hâlde kendisini sinkaf edeceğini söylediği, mağdurun direndiği sırada eve gelen annelerinin kapıyı tekmeyle açması üzerine sanığın kaçtığı gözetilerek müteselsil çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...BOZULMASINA, 20.012011 tarihinde oy birliği ile karar verildi.” Yargıtay 5. CD.’nin 20.01.2011 tarihli E. 2010/8557 K. 2011/237 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s.258)

“Mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık Orhan'ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadan olay mahallinden uzaklaştığı; şeklinde gerçekleşen ve oluşa uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması,” Yargıtay 5. CD.’nin 15.04.2008 tarihli E.2008/335 K.2008/3507 sayılı kararı

⁷⁹⁴ “ Dosya içeriğine göre, sanığın olay günü mağdureyi yere yatırarak pantolonunu çıkarttığı, kendi pantolonunu da dizine kadar indirerek mağdurenin üzerine çıkıp öptüğü ve devamla cinsel organını mağdurenin vajinasına sokmaya çalıştığı sırada mağdurenin bağırma sesini duyan tanık Abdurrezzak’ınolay yerine gelmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşılmakla, nitelikli cinsel saldırı suçunun geçitli cinsel suçlardan olması ve teşebbüs aşamasında kalan bu olayın basit cinsel

Kanaatimizce vücuda organ veya sair cisim sokma kastıyla hareket eden failin, elverişli hareketlerle başladığı fiili elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı durumlarda, nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs mümkündür. Ancak suçun nitelikli hâline teşebbüs nedeniyle yapılacak olan indirimin, mağdura verilmek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak, suçun basit hâli için öngörülen ceza miktarından az olmayacak şekilde belirlenmesi gerekir.⁷⁹⁵

Failin iktidarsız olması nedeniyle vücuda organ sokma eylemini gerçekleştirememesi durumunda işlenemez suçtan değil, teşebbüs aşamasında kalmış cinsel istismar suçundan bahsedilir.⁷⁹⁶ Yargıtay'ın önceki tarihli uygulaması da bu yöndeydi. Failin, cinsel organını kullanarak anal veya vajinal yoldan cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi sırasında cinsel organının erekte olmaması nedeniyle araçta elverişsizliğin oluştuğu, bu nedenle failin suça teşebbüsten değil o ana kadar gerçekleştirdiği basit cinsel istismardan sorumlu olması gerektiğini savunan aksi yönde görüşler de bulunmaktadır.⁷⁹⁷ Yargıtay sonraki tarihli kararlarında bu yönde içtihat oluşurmuştur.⁷⁹⁸ Kanaatimizce failin işlendiği şartlar da göz önüne alındığında elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlayan failin, ereksiyon olmaması hâlinde

saldırı suçunu da kapsamı nedeniyle meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı da gözetilerek TCK'nın 102/1, TCK 102/3-a maddeleri uyarınca verilecek cezadan, aynı Kanunun 102/1, 102/3-a maddelerinde öngörülen cezanın altında olamayacağı düşünülmenden eksik cezaya hükmolunması" Yargıtay 14. CD.'nin 01.10.2012 tarihli, E.2012/4359 K. 2012/9268 (Akt. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 297.)

"Dosya kapsamı ve kabule göre, olay tarihinde işyerini açmakta olan katılanın arkasından gelen sanığın, bir elini katılanın beline atıp bir elini de kalçasından tutarak işyerinin içine doğru iteklediği fakat kapının henüz açılmamış olması nedeniyle içeri sokamadığı, birlikte yere düştükleri sırada katılanın bağırması nedeniyle sanığın kalkarak katılanı tekmelemesi ve olay yerinden kaçması şeklinde sübut bulan olayda, sanığın eyleminin basit nitelikteki cinsel saldırı kapsamında kaldığının kabulü gerekirken, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi," Yargıtay 14. CD.'nin 23.09.2013 tarihli E. 2011/13294 K.2013/9517 sayılı kararı

⁷⁹⁵ *"Sanık hakkında nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca verilecek temel cezadan, aynı Kanunun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimin, mağdura verilmek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek uygun bir oranda yapılması suretiyle belirlenen cinsel istismar suçunun temel hâline ilişkin 103/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olamayacağı ve bu ceza üzerinden TCK'nın 43. maddenin uygulanması gerektiği düşünülmenden, eksik cezaya hükmolunması,"* Yargıtay 14. CD.'nin 30.06.2014 tarihli E.2012/11920 K.2014/8949 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (12.06.2016)

⁷⁹⁶ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 372; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 224.

⁷⁹⁷ ERSÖZOĞLU, *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, s. 112.

⁷⁹⁸ *"Sanığın cinsel organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamadığının iddia edilmesi karşısında; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsizlik hâllerinden mi kaynaklandığı alınacak raporla belirlenip, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği karar yerinde tartışıldıktan sonra karar verilmesi yerine eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır."* Yargıtay 5. CD.'nin 20.09.2010 tarihli E.2010/4449, K.2010/6553 sayılı kararı (AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 115.)

sokma eylemini tamamlayamaması durumunda teşebbüsün varlığından bahsedilmelidir.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlamış hâline teşebbüs mümkün değildir. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşan hâlden sorumluluğun doğması, kanunda belirtilen ağır bir neticenin ortaya çıkması hâlinde mümkündür. Dolayısıyla tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalan temel suç tipinin neden olduğu ağır neticenin bulunmadığı durumlarda, neticesi sebebiyle ağırlamış hâlden sorumluluk doğmayacaktır.⁷⁹⁹ Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.⁸⁰⁰

Çocukların cinsel istismarı suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin ortaya çıkmasını engelleyen fail, teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaz. Bu durumda fail, TCK m.36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca tamamlanan kısmın bir suça vücut vermesi hâlinde, sadece o suç bakımından sorumlu olacaktır. Suçun basit şeklini gerçekleştirme kastıyla hareket eden fail, dokunma eylemini gerçekleştirdikten sonra, gönüllü olarak icra hareketlerini sürdürmeyi bırakırsa, bu durumda suçun basit hâli tamamlandığı için gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz.⁸⁰¹ Ancak fail, çocuğun kalçasını ellemek kastıyla cinsel içerikli sözlerle arkadan yaklaşır ve daha sonra dokunma fiilini gerçekleştirmezse basit cinsel istismardan değil, o ana kadar gerçekleştirilen davranışlar cinsel taciz oluşturduğu takdirde, bu suçtan dolayı sorumluluk doğar.⁸⁰²

Vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla hareket eden fail, kastına yönelik fiilleri tamamlamadan ihtiyari olarak davranışlarına son verirse, o ana kadar gerçekleştirdiği suç, basit cinsel istismar oluşturacağı için, suçun basit hâlinden sorumlu olacaktır.⁸⁰³ Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir.⁸⁰⁴ Doktrinde suçun nitelikli

⁷⁹⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 303.

⁸⁰⁰ “Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlamış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip, 5237 sayılı TCK’nun 35. Maddesinin aynı yasanın 61/1. 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 eksik cezaya hükmolunması, yasaya aykırı” Yargıtay 5. CD.’nin 23.03.2009 tarihli E. 2008/14544 K. 2009/3539 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 355)

⁸⁰¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 224; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 224.

⁸⁰² ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 349.

⁸⁰³ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 177; ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 357; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 661; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 63.

hâlinde gönüllü vazgeçen failin, basit cinsel istismar suçundan cezalandırılmasını yerinde bulmayan görüşler de bulunmaktadır.⁸⁰⁵ Bu görüşlerin dayanak noktası, TCK m. 36'da belirtilen “*tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde*” ifadesi ile işlenen suçtan bağımsız bir suçun oluşmasının anlatılmak istenmesidir.⁸⁰⁶ Suçun basit ve nitelikli hâli ayrı suçlar olmadığı için nitelikli cinsel istismar suçundan gönüllü vazgeçen failin basit cinsel istismardan sorumluluğu mümkün değildir. Kanaatimizce, gönüllü vazgeçme aşamasına kadar gerçekleştirilen fiilin bir suç oluşturması yeterlidir, aynı zamanda cinsel istismardan farklı bir suça vücut vermesi aranmamalıdır. Aksi taktirde gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen cinsel davranışların cezasız kalması söz konusu olacaktır.⁸⁰⁷

İştirak hâlinde işlenen cinsel istismar suçunda, suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçen suç ortağı TCK m.41 uyarınca gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Ancak bu durumda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması suçun, “gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş” veya

⁸⁰⁴ “Dosya kapsamı, kabul ve nüfus kaydına göre, olay tarihinde 12 yaş içerisinde olan mağdurun aşamalarda alınan beyanlarında, servis şoförü olan sanığın, servisin arka bölümünde cinsel organını ve göğüslerini ellemek, dudaklarından öpmek ve benzeri şekillerde çeşitli defalar basit cinsel istismarda bulunduğunu, bir defasında da sanığa ait evde her ikisi soyunduktan sonra cinsel organını kendi cinsel organına sürttüğünü, akabinde sokmak için uğraştığını ancak canı acıyıp ağlaması üzerine eyleminden vazgeçtiğini belirtmesi karşısında, sanığın eylemini tamamlamasına ciddi bir engel neden olmadığı, hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkanı bulunduğu hâlde mağdurun ağlaması üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiği anlaşıldığından hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, eylemlerinin zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 12.01.2015 tarihli E. 2014/8285 K. 2015/7 Karar sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# \(12.06.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# (12.06.2016))

“...Ruh sağlığını bozacak biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık...TCK’nın 35. Maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına, mağdurun yaşına ve olay yerinin özelliklerine göre vücuda organ veya sair cisim ithâl edilmesine mani olacak mağdurun aşılabılır mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından, sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemin TCK.nun 36. Maddesi karşısında 103/1 maddesine uyan basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı gözetilmeden nitelikli cinsel istismara teşebbüsten hüküm kurulması isabetsiz ise de; suçun sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulmasından dolayı sonuç cezanın 103/6 maddeyle belirlenmesi nedeniyle sonuca etkili bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...ONANMASINA, 24.01.2011 tarihinde oy birliği ile karar verildi.” Yargıtay 5. CD.’nin 24.01.2011 tarihli E. 2010/8570 K. 2011/282 sayılı kararı (Akt. ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s.258)

⁸⁰⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 409; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 224.

⁸⁰⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 463; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 409; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 435; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 343.

⁸⁰⁷ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 226.

“gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş” olması hâlinde mümkündür.⁸⁰⁸

B. İştirak

Ceza kanunlarında düzenlenen suç tipleri, bir fiilin suç vasfını kazanabilmesi için birden fazla kişi tarafından işlenmesinin zorunlu gördüğü hâller dışında⁸⁰⁹, tek kişinin müstakilen ihlali göz önünde bulundurularak tanımlanmıştır.⁸¹⁰ Ancak suç tipleri, çoğunlukla bir kişinin gerçekleştirdiği davranışlarla değil, birden çok kişinin beraber hareket etmeleri veya bu davranışlara diğer kişilerin yaptıkları etki ve katkılarla oluşmaktadır.⁸¹¹ İşte kanunen tek kişi tarafından işlenebilen bir suça, daha önceden aralarında anlaşılan birden çok kişinin suçun oluşumu için nedensel değer içeren fiilleri gerçekleştirmek suretiyle katılmaları hâlinde iştirakin varlığından bahsetmek gerekir.⁸¹²

Suç tipini düzenleyen hükmü failden, diğer kişilere genişleten tali ve asıl ceza normlarını tamamlayıcı nitelikte olan iştirak hükümleri⁸¹³, birden çok kişinin suç niteliğini kazanmış bir fiilin icrasına katılmaları hâlinde sorumluluk statülerinin ne olacağını tayin eder.⁸¹⁴ Sorumluluk statülerinin belirlenmesi için suçun tarifinde belirtilen icra hareketlerini kimin yaptığı, bu hareketleri gerçekleştiren kişinin kim tarafından karara vardiirıldığı ve kimin yardımı ile bu hareketleri gerçekleştirdiği sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.⁸¹⁵

İştirak, TCK m. 37 ile 40 arasında faillik ve şeriklik genel ayrımına uygun olarak düzenlenmiştir.⁸¹⁶ Fail, suçun kanuni tarifinde belirtilen haksızlığı gerçekleştiren kişidir. Genel olarak faillik, doğrudan, dolaylı ve müşterek fail olarak

⁸⁰⁸ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 227.

⁸⁰⁹ Doktrinde bu tür suçlara çok faili suçlar veya zorunlu iştirak adı verilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, *İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yay., 1996, s. 19.

⁸¹⁰ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 413; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 410; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 436.

⁸¹¹ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 414.

⁸¹² DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım, II*, s. 473; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 456; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 436.

⁸¹³ AYDIN, Devrim, *Türk Ceza Hukuku'nda Suça İştirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2009, s. 77; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 456; DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım, II*, s. 474.

⁸¹⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 437.

⁸¹⁵ ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 414.

⁸¹⁶ ÖZGENÇ, *Suçta İştirakin Hukuki Esası...*, s. 139 vd.

ayrılmaktadır. Azmettirme⁸¹⁷ ve yardım etme⁸¹⁸ olarak iki farklı şekli olan şeriklik ise, suçun işlenişine sağladığı katkı kanuni tarifte belirtilen haksızlığı oluşturmeyan diğer suç ortaklarının bulunduğu hâldir.⁸¹⁹ Suçun icra hareketlerine katılan, ancak suçun oluşmasına sağladığı katkı kanundaki tanıma uygun olmayan şeriklerin sorumlulukları, bağlılık kuralı⁸²⁰ sayesinde mümkün olmaktadır. Şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için, asli failin, bütün suç ortakları açısından aynı olan, tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmesi gerekir. Bu, iştirakte bağlılık kuralı olarak adlandırılır.⁸²¹

Suçta katılanlara iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi, bir takım şartların varlığını gerektirir.⁸²² İştirakin ilk şartını, birden fazla kişi tarafından birden fazla hareketin gerçekleştirilmesi oluşturur. Suçun icrasına katkı sağlamayan bir hareketi yapan kişinin iştirak statüsünün bulunması mümkün değildir. Bu nedenle iştirakin ikinci şartı, hareket ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağının bulunmasıdır. Üçüncü şart ise, iştirak iradesidir. İştirak iradesi, birden fazla suç ortağının, suçun işlenişine yaptıkları birbirinden farklı etkileri bir bütün içinde

⁸¹⁷ 5237 sayılı TCK m. 38 “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

⁸¹⁸ TCK m.39 “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”

⁸¹⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 437.

⁸²⁰ TCK m. 40 “(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

⁸²¹ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 474;

⁸²² İştirakin maddi ve manevi unsurlarına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Türk Ceza Hukuku’nda Suça İştirak, s. 79 vd.

birleştiren şarttır. Son olarak en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığı gereklidir.⁸²³

Çocukların cinsel istismarı suçu, iştirak açısından bir özellik göstermemektedir. Bu suça iştirakin her şekli mümkündür.⁸²⁴ Birden fazla kişinin suçun kanuni tarifinde belirtilen unsurları gerçekleştirmesi hâlinde, iştirakin varlığı söz konusu olacaktır. TCK m. 37’de düzenlenen müsterek failliğin, cinsel istismar suçu bakımından yansımalarına m.103/3-d bendinde düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hâlinde yer verilmişti. Bu nedenle suçun müsterek fail olarak işlenmesi ve bu konuya ilişkin Yargıtay kararlarına tekrara neden olmamak adına iştirak başlığı altında değinilmeyecektir. Suçun dolaylı fail tarafından işlenmesi de mümkündür. Yine söz konusu iştirak durumu fail başlığı altında incelendiği için bu konuda yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

Çocukların cinsel istismarı suçuna azmettiren veya yardım eden sıfatıyla⁸²⁵ da katılmak mümkündür.⁸²⁶ Azmettirme, “belli bir suçu işleme hususunda henüz fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.”⁸²⁷ Azmettirmeden dolayı sorumluluk, suç işleme kararı verdirilen haksız ve hukuka aykırı fiilin tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kaldığı hâllerde mümkündür. Bunun yanında azmettiren kişinin, iki yönlü kastla

⁸²³ DÖNMEZER, ERMAN, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, II, s. 493 vd.; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 479 vd.; ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s. 303.

⁸²⁴ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 227; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 227; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 315.

⁸²⁵ “Tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin sanık M... M... ile 2012 yılı Ocak ayında iki kez sanık M... B...’nin evinde cinsel ilişkiye girdiklerini eylemlerden sanığın haberi olduğunu, hatta M...’in çıplak olarak sanığın yanına girip çıktığını beyan etmesi sanık M...’in de ilişkiye gireceklerini M... B...’nin bildiğini söylemesi karşısında M... B...’nin diğer sanık M...’in mağdureye karşı işlediği zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin sabit olmasına rağmen mahkumiyet yerine beraatine karar verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 13.03.2015 tarihli E.2014/11133 K.2015/3205 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (10.06.2016)

“Sanık Şevki’nin savunmalarında, oğlu olan Muhammet ile kaçırdığı mağdureyi evine kabul ettikten sonra her ikisinin ayrı yerlerde ve odalarda kalmasını sağladığını ileri sürdüğü, bu savunmayı Muhammet ve mağdurenin doğrulayarak, cinsel istismar suçunu yalnız kaldıkları sırada, gizlice bir araya gelerek işlediklerini bildirdikleri anlaşılmakla, Sanık Şevki’nin bu suça iştirak iradesini gösteren ve yardım olarak nitelenen eylemlerinin nelerden ibaret olduğu karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi ve hürriyetinden yoksun kılınan mağdureyi evine almaktan ibaret sanık Şevki’nin eyleminin 5237 sayılı Yasanın 39. Maddesine uyan yardım etme niteliğinde olduğu gözetilmeden asıl fail gibi sorumlu tutulması suretiyle fazla ceza tayini yasaya aykırıdır.” Yargıtay 5. CD.’nin 28.05.2007 tarihli E. 2007/3453, K. 2007/4063 sayılı kararı

⁸²⁶ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 372; ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s. 311; PARLAR, BANKO, *6545 Sayılı Kanun İle...*, s. 109.

⁸²⁷ Bkz. TCK m.38 gerekçesi

hareket etmesi sorumluluğun varlığı açısından diğer gerekli olan şarttır. Kastın ilk yönü azmettirenin kendi fiili ile ilgili olup, bir kişiyi suç işlemeye karar verdimmeye ilişkindir. İkinci yönü ise, azmettirdiği suçun tamamlanmasına yani failin fiiline ilişkindir.⁸²⁸ Şartlar sağlandığı takdirde azmettiren, suçun kanunda belirtilen cezası ile cezalandırılacaktır. Yardım etme ise, kasten işlenmekte olan bir suçun icrasına kasten maddi veya manevi nitelikteki fiillerle destek olunmasıdır.⁸²⁹ Yardım etme şekilleri TCK m. 39/2’de belirtilmiştir. Bir suçun failinin kendisine yardım edildiğinin bilincinde olması şeriklik sıfatının kazanılması bakımından önemli değildir. Örneğin, failin bilgisi dışında, tek taraflı iradeyle, cinsel istismar suçunun icra hareketlerine başlamadan evvel, mağdurun içeceğine ilaç katarak suçun işlenmesine katkı sağlayan kişi, yardım eden olarak sorumlu tutulur.⁸³⁰

Cinsel istismar suçu açısından genel iştirak hükümleri geçerli olmakla birlikte, çok küçük yaştaki çocuklarını gayri resmi olarak evlendiren ebeveynlerin suça iştirak konusu ayrıca tartışılmalıdır. Yargıtay’ın konuyla ilgili önceki kararları, henüz reşit olmamış kız çocuklarını gayri resmi olarak evlendiren anne ve babalar ile oğlunu reşit olmayan bir kız ile evlendiren ve bunun sonucunda cinsel ilişkiye girmelerini sağlayan anne babaların suça, asli fail olarak iştirak ettiği yönündeydi.⁸³¹ Bu yönde verilen kararlar hakkaniyete uygun olmayan neticeleri de beraberinde getirdiği için, Yargıtay sonraki kararlarında bu görüşten vazgeçmiştir. Böylece, fail veya mağdurun annesi açısından, yaşam koşullarına, aile ve toplum yapısı içerisindeki konumlarına, söz yetkilerine göre fiil üzerindeki etkilerinin incelenmesi gerektiği ve buna göre fiilin oluşumunda sınırlı bir söz hakkının varlığına kanaat getirildiğinde, annenin suça iştirak etmediğinin kabul edileceği benimsenmiştir.⁸³²

Ebeveynlerin iştirak durumu, her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Anne babalarının izni olmadan kaçarak cinsel ilişkiye giren mağdur ve failin, yaşanan bölgenin kültür yapısı, toplumsal bakış açısı, örf adetlerin gerektirdiği zorunluluklar nedeniyle gayri resmi evlenmelerine rıza gösteren anne

⁸²⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 438-441.

⁸²⁹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 477.

⁸³⁰ ÇALIŞKAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda...”, s. 311

⁸³¹ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 82; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 66; Yargıtay 5. CD.’nin 23.10.1986 tarihli 5095/4175, 30.10.1985 tarihli 3497/4107 sayılı kararları bkz. BAKICI, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 28.

⁸³² GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 82; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s.

babaların suç işleme kastıyla hareket ettiğini kabul etmemek gerekir.⁸³³ Ancak, anne babanın, örneğin başlık parası veya berdel karşılığında gayri resmi olarak mağdureyi evlenmeye zorlama ve bunun doğal sonucu olan cinsel birleşmeye rıza gösterme şeklindeki fiilleri, cinsel istismar suçuna müşterek fail olarak katıldıklarını gösterir.⁸³⁴

⁸³³ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 83. “ Sanık Ferhat ile duygusal ilişki yaşayan mağdurenin olay tarihinden önce babası olan sanık Mehmet’e sanık Ferhat ile evlenmek istediğini söylediği ancak sanık Mehmet’in kabul etmemesi üzerine, evi terk ederek sanık Ferhat’ın evine gittiği ve bir hafta kadar burada kaldığı, daha sonra sanık Mehmet’in mecbur kalarak evlenmelerine rıza gösterdiği olayda, mağdurenin babası olan sanık Mehmet’in örf adet, toplumsal konumu ve eğitim durumu nedeniyle mağdure ile sanık Ferhat’ın gayri resmi olarak evlenmesine rıza göstermek zorunda kaldığı nazara alındığında, sanığın suç kastıyla hareket ettiklerine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD.’nin 24.04.2014 tarihli E. 2012/5407 K. 2014/5587 sayılı kararı

“Mağdurenin kovuşturma evresindeki anlatımı, savunma ile diğer sanık İsmail’in ifadeleri nazara alındığında suç tarihinden önce mağdurenin, ailesinin haberi olmaksızın görüştüğü sanık İsmail’le rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin ardından babası akıl hastası olduğu için mağdurenin velisi olan annesi sanık Hazime ile İsmail’in babası sanık Mehmet’in bir araya gelip sosyal yaşam koşullarını, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdureyi bulundugu olumsuz durumdan kurtarabilmel maksadıyla görüşüp yaşı küçük olduğu için resmi nikah kıyılmayan mağdure ile sanık İsmail arasında düğün yapılmasına karar verdikleri ve bu şekilde gerçekleştirilen mahallî düğün sonrası mağdure ile İsmail’in birlikte yaşadığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut hâliyle sanık İsmail’in mağdureye karşı işlediği suçtan önceden haberdar olmayan ve sonradan mağdurenin İsmail’le cinsel ilişkiye girmesi sebebiyle düğün yapmak zorunda kalan sanıklar Mehmet ve Hazime’nin suç işleme kastıyla hareket etmedikleri hususu da göz önüne alınarak atılı suçtan beraatlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi” Yargıtay 14. CD.’nin 16.04.2014 tarihli E. 2012/7031 K. 2014/5192 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (10.06.2016)

⁸³⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 315; “Mağdurenin soruşturma aşamasında dosyada bulunan diğer deliller ile de uyum içinde olan ve sanık Hüseyin’in kendisine yönelik cinsel davranışlarını annesine anlattığı hâlde annesinin kendisine sabretmesini söylediği ve bun-ların sona ermesini sağlayacak herhangi bir girişimde bulunmadığı yolunda ortaya çıkan samimi ve inandırıcı anlatımları, sanık Livaze’nin kollukta müdafii huzurunda alınan “...bu şahsın kızım ile birlikte kalıp sadece sevip okşamasına ve kendini tatmin etmesine bir nevi göz yumdum. Bunun sebebi de bizim paraya ihtiyacımız olması ve Hüseyin’in de bize maddi yönden destekte bulunmasıdır...” şeklinde tevilli ikrarı içeren beyanları, yine sanık Hüseyin’in müdafii huzurunda alınan kolluk beyanında geçen “...Küçük kızın annesi Livaze mağdureyi sürekli bana itmiştir... Telefon görüşmelerinde küçük Büşra’nın sürekli beni arzuladığını, kendi kendini tatmin etmeye çalıştığını bana söylemekteydi...” şeklindeki açıklaması ve tüm dosya kapsamına göre; sanık Livaze’nin diğer sanık Hüseyin’in mağdureye yönelik cinsel içerikli davranışlar sergilediğini ve bunu da bir süredir devam ettirdiğini bildiği hâlde, mağdureyle birlikte sanığın evine gittikten sonra mağdureyi diğer sanıkla önceden vardıkları fikir ve eylem birlikteliği çerçevesinde, bankamatikten para çekme bahanesiyle dışarı çıkıp sanık Hüseyin ile mağdureyi yalnız bıraktığı ve en son olayda da bu ikisini çay bahçesinde beklediği, diğer sanık Hüseyin ile birlikte suçu baştan itibaren bilerek ve isteyerek tertipleyip, planladıkları, bu suretle sanık Livaze’nin suçun icrasındaki rolü ve suçun işlenişindeki katkısının arz ettiği önemi gözönünde bulundurulduğunda, sanık Livaze’nin de diğer sanık gibi mağdurenin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunun müşterek faili olduğu gözetilip TCK’nın 37/1. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine isabetsiz gerekçelerle beraatine karar verilmesi, Sanıklar hakkında cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç-larından kurulan beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Suç tarihinde 15 yaşını bitirmemiş olan küçük mağdure Büşra’nın yaşı itibarıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden rıza veya rıza-sızlığının suçun unsurlarının oluşumu yönünden hukuki bir değer taşımadığı, mağdure hakkında velayet hak ve yetkisine sahip olan anne babanın, bu hak ve yetkilerinin hukukun çizdiği sınırlar içinde hukuka

C. İçtima

Türk Ceza Hukukunda “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” ilkesi benimsenmektedir. Bu ilkeye göre, işlenen her suç için ayrı cezaya hükmedilmesini gerektiren cezaların içtimaı (gerçek içtima) kural olup⁸³⁵, ortada birden fazla suçun varlığı ve dolayısıyla birden fazla cezaya hükmedilmesi gerekirken, tek bir cezanın verilmesini öngören suçların içtimaı ise, bu kuralın istisnası niteliğindedir.⁸³⁶ İçtima öğretisinin temelinde, tek bir fiille birden fazla hukuki yararı ihlal eden ya da aynı hukuki yararı farklı fiillerle ihlal eden failin, kusurunu aşacak şekilde cezalandırılmasının önlenmesi, bunun yanında haksız bir yarar sağlamasına engel olacak adil bir ceza yaptırımının uygulanması yatmaktadır.⁸³⁷

5237 sayılı TCK’nın 42, 43 ve 44. maddeleri ile kişinin işlediği suç sayısı kadar ceza almasını öngören gerçek içtima hükümlerinin uygulanmayacağı içtima türleri öngörülmüştür. Bunlar, bir suçun diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturan bileşik suç, tek bir fiille kanunda yer alan birden fazla suç tipinin ihlal edildiği fikri içtima ve aynı suç işleme kararı kapsamında kanunda belirtilen bir suç tipinin birden fazla ihlalini öngören zincirleme suç hükümleridir.⁸³⁸

uygun şekilde kullan-malarının zorunlu olduğu, bu bakımdan sanığın anne veya babasının irade-lerinin bu suç yönünden ne şekilde ortaya çıktığının irdelenmesinde zorunluluk bulunduğu, bu kapsamda kamu davasına konu somut olayda; diğer sanığın cinsel istismarından haberi olduğu hâlde sanık Hüseyin’in mağdure üzerindeki istismarını gerçekleştirmesi amacına matuf olarak mağdurenin sanığın yanında kalmasına rıza gösteren mağdurenin annesi sanık Livaze’nin bu yöndeki ira-desinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre velayetin nez’ini gerektirecek şekilde velayet hakkının suç işlemek için kötüye kullanılması ve bu suretle hukuka aykırı biçimde ortaya çıkan bir rıza niteliğinde olduğu, sanık Hüseyin’in de hukuka aykırı bu rızaya dayalı olarak mağdureyi yanında tuttuğu, kaldı ki; somut olayda mağdurenin rızasının da bulunmadığı, suça konu eylemlerin başlangıcını oluşturan İstanbul’daki ilk eylemde mağdurenin annesi ile birlikte gitmek istemesine karşın annesi ile sanık Hüseyin’in mağdurenin dışarı çıkmasını onu ikna ederek engelledikleri, sonrasında ise mağdurenin o gün uğradığı istismarı annesine nakletmesine rağmen sanık Livaze’nin mağdureye sabretmesi, sanığın cinsel eylemlerine dayanması, dayanmak için biraz gayret göstermesi gerektiği yönündeki telkinleri sonucu mağdurenin hukuka aykırı şekilde sanık Hüseyin’in yanında kalması şeklinde ortaya çıkan bu eylemde her iki sanığın zincirleme şekilde cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği hâlde yazılı şekilde beraat hükmü tesisi,” Yargıtay 14. CD.’nin 14.06.2012 tarihli E. 2011/14142 K. 2012/6775 sayılı kararı [http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# \(10.06.2016\)](http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf# (10.06.2016))

⁸³⁵ GÖKTÜRK, Neslihan, Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı, *CHKD*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 486.

⁸³⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 449;

⁸³⁷ GÖKTÜRK, Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı, s. 32.

⁸³⁸ SANCAR, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 1995, s. 15-16.

1. Bileşik Suç

Birbirinden bağımsız suç tiplerini oluşturan fiillerin, unsur olarak bir araya gelip yeni ve bağımsız bir suç tipini oluşturması ya da bağımsız bir suç tipini oluşturan bir fiilin, diğer bir suç tipinin cezasını artıracak nitelikli hâlini oluşturması durumunda, bileşik suçun varlığından bahsedilir. Bileşik suçta, bir hukuki değer birden fazla ceza normuyla korunmasına rağmen bu hukuki değeri ihlal eden fiillere tek ceza verilmek suretiyle diğer normlar tüketildiği için tükenen norm- tüketilen norm ilişkisi söz konusudur.⁸³⁹ Bileşik suç, madde metninde de belirtildiği üzere, “tek fiil sayılan suç” olduğu için, bileşik suçta içtima hükümleri uygulanmamaktadır.⁸⁴⁰

Bileşik suç, çocukların cinsel istismarı suçu açısından özellik göstermektedir. On beş yaşından büyük olan çocuklara karşı basit cinsel istismar suçunun cebir veya tehdit ile işlenmesi suçun unsuru olarak düzenlendiği için bileşik suç söz konusudur. Yine on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocuklara karşı cebir veya tehditle suçun işlenmesi cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenerek bileşik suç oluşturulmuştur.⁸⁴¹ Bu durumda cebir veya tehdit suçun unsuru ve cezayı artıran nitelikli hâl olarak düzenlendiği için bileşik suç hükümleri gereğince, faile ayrıca TCK m. 106’da düzenlenen tehdit, TCK m. 108’de düzenlenen cebir suçlarından dolayı ayrıca ceza verilmeyecektir.⁸⁴² Ancak cebir veya tehdide, icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi sırasında ve bu amaçla başvurulması gerekir. Aksi takdirde cebir veya tehdit suçun unsuru ya da nitelikli hâli olarak nitelendirilmeyecek ve duruma

⁸³⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 481.

⁸⁴⁰ TCK m. 42 “Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁸⁴¹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 229; “Dosya içeriğine göre, suç tarihinde 15-18 yaş içinde olan ve TCK’nın 103/1-b maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken mağdura karşı cebir kullanılmasının, cinsel istismar suçunun unsuru olması nedeniyle sanıklar hakkında uygulama olanağı bulunmayan TCK’nın 103/4. maddesi ile arttırım yapılması,” Yargıtay 14. CD.’nin 13.05.2014 tarihli E.2012 / 7701 K.2014 / 6510 sayılı kararı; “ Sanığın cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik mağdureye karşı sarf ettiği “ seni öldürürüm, sesini çıkarmayacaksın, bana teslim olacaksın” şeklindeki sözlerin manevi cebir kapsamında cinsel saldırı suçunun unsuru olup ayrıca tehdit suçunu oluşturmadığı...” Yargıtay 5. CD.’nin 03.05.2007 tarihli, E. 2007/156 K. 2007/3197 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 85, Dipnot. 178)

⁸⁴² AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 66; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 324;

göre ayrıca TCK m. 106 veya m.108'den dolayı da sorumluluk söz konusu olacaktır.⁸⁴³

TCK'nın benimsediği sisteme göre, cebrin, bir suçun unsuru veya nitelikli hâli olduğu durumlarda, suçun işlenmesi sırada kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri ortaya çıkarsa, fail hem ilgili suçtan hem de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlimden dolayı cezalandırılır.⁸⁴⁴ Cinsel istismar suçu bakımından da kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olacak şekilde cebir kullanılması durumunda failin, ayrıca kasten yaralamadan da sorumluluğu doğacaktır. Kanun koyucu TCK m.103/5'te gerçek içtima kuralını ayrıca belirtmiştir.

2. Zincirleme Suç

Çocukların cinsel istismarı suçunun müteselsilen işlenmesi de mümkündür. Zincirleme suç, TCK m. 43'te *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi”* olarak tanımlanmıştır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı suçun oluşmasına sebebiyet verecek birden fazla fiilin bulunması gerekir. İşlenen bu fiiller, manevi bağ olarak adlandırılan bir suç işleme kararının icrası kapsamında ve farklı zamanlarda⁸⁴⁵

⁸⁴³ “Sanığın cinsel istismar eylemini gerçekleştirdikten sonra mağdureye yönelik olarak söylemiş olduğu “Bu olayı kimseye anlatma yoksa seni öldürürüm” şeklindeki sözlerinin 5237 sayılı TCK’nın 106. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında tehdit suçunu oluşturduğu anlaşılmına rağmen, sanığın bu suçtan mahkûmiyet yerine unsurları oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 16.09.2014 tarihli E.2014 / 4624 K. 2014 / 9953 sayılı kararı; “Sanık hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından... Sanığın olayların açığa çıkması üzerine telefonda görüştüğü mağdureyi □Benim arkamda aşiret var, polise gidersen, karakola girersen senin hayatını mahvederim, aileni sülalenin öldürtürüm□ şeklinde tehdit etmesi eyleminin TCK’nın 106/1-c.1. maddesi kapsamında kaldığı gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde TCK’nın 106/2d. maddesi uyarınca mahkûmiyet kararı verilmesi,” Yargıtay 14. CD.’nin 09.07.2014 tarihli E. 2012 / 11643, K. 2014 / 9371 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (15.06.2016)

⁸⁴⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 486.

⁸⁴⁵ “Arkadaşı olan mağdureyle 16.03.2008 tarihinde bir kafeye giden sanığın burada aynı zaman dilimi içinde mağdureyi boynundan ve göğsünden öperek basit cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirdiğinin anlaşılması ve kabulünde bu şekilde olması karşısında 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesi anlamında bir suçun değişik zamanlarda işlenme şartının oluşmadığı gözetilmeden sanığın cezasından zincirleme suç hükümlerine göre artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini,” Yargıtay 14. CD.’nin 26.05.2014 tarihli E.2012 / 8800 K.2014 / 6863 sayılı kararı

gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bunun yanında zincirleme suç 765 sayılı TCK'nın aksine, suçların mağdurunun aynı kişi olması hâlinde söz konusu olmaktadır.⁸⁴⁶

29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanun değişikliği öncesinde zincirleme suç hükümlerinin, cinsel istismar suçu bakımından uygulanması söz konusu değildi. 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince “çocukların cinsel istismarı” ibaresi m. 43/3'ten çıkarılmıştır.⁸⁴⁷ Böylece belirtilen şartların oluşması hâlinde cinsel istismar suçu açısından da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.⁸⁴⁸ Bu durumda aynı çocuğa, bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda cinsel istismar suçunu işleyen faile cezası dörtte bir oranında artırılarak tek ceza verilecektir.⁸⁴⁹ Failin, suç işleme kararındaki birlik kapsamında aynı mağdura karşı farklı zamanlarda ani ve kesintisiz bir şekilde gerçekleştirdiği sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁸⁵⁰

Nitelikli cinsel istismar suçuna, aynı zamanda farklı yollarla örneğin, önce anal sonra vajinal ya da önce oral sonra vajinal gibi maruz kalınması durumunda ortada tek bir suçun varlığından mı yoksa birden fazla suçun zincirleme bir şekilde mi işlendiğinden bahsedileceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, cinsel ilişkinin bitmesinden birkaç dakika gibi çok kısa bir zaman geçmiş dahi olsa tekrarlanan fiiller ayrı suç oluşturacaktır. Bu kapsamda fiilin gerçekleştirildiği süreçte vajinadan sonra anüse daha sonra da oral yoldan penis sokulması ayrı eylemler olarak değerlendirildiği için zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.⁸⁵¹

⁸⁴⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 495. Kanunun zincirleme suç bakımından aradığı şartlara ilişkin bkz. SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 62 vd.

⁸⁴⁷ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 358.

⁸⁴⁸“Karar: Sanığın belediye otobüsünde seyahat ederken, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla alınan nüfus kayıt örneğine göre, suç tarihinde 16 yaşı içerisinde olan mağdurenin bacaklarını ellemek şeklindeki bedensel temas içeren eylemlerini farklı zamanda birden fazla kez gerçekleştirdiği anlaşıldığı hâlde, zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde cinsel taciz suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi,” YARGITAY 14. Ceza Dairesi Esas: 2013 / 5385 Karar: 2014 / 8458 Karar Tarihi: 23.06.2014; “Sanığın öz kızı olan mağdureye 5-6 yaşlarından 15 yaşlarına kadar uzun bir süre içerisinde değişik zamanlarda birden fazla gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinden zincirleme suç hükümleri gereği ceza belirlenirken dosya kapsamına ve TCK'nın 3 üncü maddesinde öngörülen orantılılık ilkesine uygun düşmeyecek şekilde alt sınırdan 1/4 oranında arttırım yapılması suretiyle eksik ceza tayini,” Yargıtay 14. CD.'nin 05.07.2012 tarihli E.2012 / 2771 K.2012 / 7746 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (15.06.2016)

⁸⁴⁹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı*..., s. 67; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 232; KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 325 ; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 316.

⁸⁵⁰ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 370; ŞİMŞEK, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...”, s. 350.

⁸⁵¹ MALKOÇ, *Cinsel Suçlar*, s. 177.

Yargıtay da önceki kararlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemişti.⁸⁵² Ancak doktrinde, aynı kastın sonucu olan ve araya kastın yenilendiğine dair makul bir sürenin girmediği birden fazla davranışın, tek bir suç oluşturduğu ve bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını savunan aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bu durumda fiilin işleniş şekli göz önünde bulundurularak cezanın üst sınırına yaklaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁵³ Yargıtay’ın daha sonraki kararları da bu yöndedir.⁸⁵⁴ Kanaatimizce, “*doğal anlamda birden fazla hareketin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturduğu hâllerde, tek hareketin varlığını kabul etmek gerektiği*”⁸⁵⁵ için vücuda aynı zaman diliminde farklı yollarla organ sokulması hâlinde tek bir ihlalin varlığından bahsedilir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için gerekli olan şartlardan birisinin de fiillerin “değişik zamanlarda” gerçekleşmesi olduğu dikkate alındığında, bu durumda TCK m. 43 uygulanması mümkün değildir.

Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az ceza gerektiren nitelikli hâlleri aynı suç kapsamında değerlendirildiği için, aynı suç işleme kararı kapsamında failin, bir çocuğa karşı önce cinsel istismarın basit hâlini, daha sonra ise nitelikli hâlini işlemesi durumunda zincirleme suçun varlığından bahsedilecektir.⁸⁵⁶ Bu durumda TCK m.43’te öngörülen ceza artırımının suçun nitelikli hâli üzerinden yapılacağı doktrinde⁸⁵⁷ ve Yargıtay uygulamasında⁸⁵⁸ hâkim olan görüştür. Ancak

⁸⁵² “Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirildiği hâlde hakkında 5237 sayılı yasanın 103/4 ve 43. Maddelerinin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” Yargıtay 4. CD.’nin 04.04.2007 tarihli E. 2006/10952 K. 2007/3078 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 337. Dipnot. 507)

⁸⁵³ TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 347.

⁸⁵⁴ “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdurun vücuduna vajinal ve anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminde, TCK’nın 43. Maddesinde düzenlenen zincirleme suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu bulunmadığı gözetilmeksizin teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi” Yargıtay 5. CD.’nin 18.02.2010 tarihli E. 2009/13331 K. 2010/1240 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 337. Dipnot. 508)

⁸⁵⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 453.

⁸⁵⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 306; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 229; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı...*, s. 67; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 232; ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 662. Cinsel istismarın basit hâli ile nitelikli hâlinin birbirinden bağımsız nitelikte suç oluşturduğu için aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel istismar gerçekleştirildiğinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 346.

⁸⁵⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 229; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 503; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 131; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 232

suçun temel ve nitelikli hâli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri arasında zincirleme suç ilişkisi mümkün değildir. Cinsel istismar suçunun temel ve nitelikli hâli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri arasında genel norm- özel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima söz konusudur. Cinsel istismarın temel ve nitelikli hâli genel norm, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri ise özel norm niteliğindedir. Görünüşte içtimanın bu görünüm şeklinde fail, özel normun genel norma önceliği gereği sadece özel norm niteliğinde olan düzenlemeden yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismardan sorumlu olacaktır.⁸⁵⁹

28.06.2014 tarihinden önce işlenen suçlar açısından lehe kanun değerlendirmesi gerekeceği için, 6545 sayılı kanun değişikliği öncesinde zincirleme olarak işlenen cinsel istismar suçunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulmuş olması hâlinde, cezanın nasıl tayin edileceğine de değinilmesi gerekmektedir.⁸⁶⁰ YCGK, mağdurun ruh sağlığının, cinsel istismar suçu sonucunda bir kez bozulacağı ve teselsül eden her suçta tekrar tekrar bozulmanın mümkün olmayacağı gerekçesinden hareketle, söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını olanaklı bulmamaktadır. Bu durumda zincirleme suç hükümleri gereğince yapılacak olan artırım, suçun temel veya nitelikli hâli üzerinden uygulanarak bulunan ceza miktarının, TCK m. 103/6 gereğince hükmedilecek cezaya eklenmek suretiyle tayin edilecektir.⁸⁶¹ Yargıtay'ın sonraki içtihatları da bu uygulama biçimine uygun olarak oluşturulmuştur.⁸⁶²

⁸⁵⁸ “Sanığın ilk olarak 2010 yılı başlarında 15 yaşından küçük mağdureyi kendisine ait evinin içerisine davet ederek göğüslerini ve kalçasını ellediği, daha sonra aynı yılın Mayıs ayı içerisinde ise dışarının soğuk olduğunu belirtip evine aldığı mağdureye yönelik cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel organını sokarak hamile kalmasına neden olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirdiği tarihlerde hukuki kesinti olduğuna dair bir bilgi ve delil bulunmaması da nazara alınarak her iki eylemini aynı kast altında zincirleme olarak işlediğinin kabulü ile Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.12.2012 tarihli mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin raporu da gözetilerek sanığın zincirleme şekilde gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinden 5237 sayılı TCK’nın 103/2, 6, 43/1 ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerine ilişkin ise aynı Kanunun 109/1, 3.f-5, 43/1. maddelerine göre hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde eylemlerin ayrı suç oluşturduğu kabul edilerek hükümler kurulması,” Yargıtay 14. CD’nin 24.03.2014 tarihli E.2013/11772 K. 2014/3819 www. kazancı.com (16.06.2016)

⁸⁵⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 306;

⁸⁶⁰ GÜNDÜZ, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen...*, s. 61; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 337.

⁸⁶¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 230; “Zincirleme suç hâlinin varlığı hâlinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından uygulamanın ne şekilde yapılacağı sorununa gelince;

Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır. Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde

3. Fikri İçtima

Cinsel istismar suçunun fikri içtima kurumu açısından da incelenmesi gerekir. Fikri içtima, tek fiille birden fazla farklı suçun veya aynı suçun birden fazla işlenmesi, yani tek fiille birden fazla suçun birleşmesi hâlidir.⁸⁶³ İşlenen suçların aynı olması durumunda aynı neviden fikri içtima, farklı olması hâlinde ise farklı neviden fikri içtima söz konusu olur. Fikri içtimanın iki şekli bakımından da ortak olan şartlar bulunmaktadır. Bunlar, fiilin tek olması ve birden fazla suçun işlenmesidir. İki fikri içtimanın ayrıldığı nokta ise, farklı neviden fikri içtimada tek fiille birden fazla farklı suç ihlal edilirken, aynı neviden fikri içtimada aynı suç birden fazla ihlal edilmektedir.⁸⁶⁴

TCK m.43/2'nin cinsel istismar suçu bakımından mümkün olup olmadığı konusunda öğretide hâkim olan görüş, tek bir fiille birden fazla mağdura yönelik

bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hâllerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması hâlinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hâline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi hâlde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur.

O hâlde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hâllerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırım ile bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir.

Ceza Genel Kurulu'na ulaşılan sonuç;

Somut olayda sanığın, aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, mağdurun birden fazla kez vücuduna organ sokmak suretiyle ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacak şekilde istismar eylemi nedeniyle uygulanacak yaptırım lehe uygulama önerileri esas alınarak şu şekilde saptanacaktır:

Vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY'nin 103/4. maddesi uyarınca cezası 1/2 oranında artırılarak 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca 15 yıldan aşağıya ceza tayin edilemeyeceğinden 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

İstismar eyleminin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY'nin 43. maddesi uyarınca cezası 1/4 oranında artırılarak ve bu artırım 103/4. maddesiyle belirlenen ceza miktarı olan 12 yıl hapis üzerinden yapılmak suretiyle bulunan 3 yıl sonucunun, 103/6. madde ile belirlenen ceza miktarı üzerine eklenmesi sonucunda 18 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Takdiren indirim nedeni uygulanmak suretiyle TCY'nin 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak, sonuçta sanığın 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmelidir.

Yerel mahkemece suçun zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle cezanın artırılmasında TCY'nin 43. maddesindeki artırım oranının, 103/6. maddenin uygulanması suretiyle bulunan ceza miktarı üzerinden uygulanması ve sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi yasaya aykırı olup, Özel Daire'ce hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.11.2007 tarihli E. 2007 / 5-142 K.2007 / 240 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (15.06.2016)

⁸⁶² Yargıtay 5. CD.'nin 23.02.2010 tarihli E. 2009/14299 K. 2010/1473 sayılı kararı; Yargıtay 5. CD.'nin 23.02.2010 tarihli E. 2009/14176 K. 2010/1495 sayılı kararı; Yargıtay 5. CD.'nin 02.02.2010 tarihli E. 2009/12979 K. 2010/567 sayılı kararı için bkz. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 338.

⁸⁶³ GÖKTÜRK, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, s. 44.

⁸⁶⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 466, 468.

vücut dokunulmazlığını ihlal yahut organ veya sair cisim sokmanın mümkün olmadığı yönündedir. Bu nedenle fikri içtimanın bu görünüş biçiminin cinsel istismarın hem temel hem de nitelikli hâli bakımından uygulanması mümkün değildir.⁸⁶⁵ Ancak cinsel istismar suçunun oluşması için vücut teması şartını aramayan yazarlar tek bir fiille birden fazla kişiye cinsel istismar suçunun işlenebileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, örneğin, bir çocuğu okşarken diğer bir çocuğa aynı zamanda bunu izletilmesi durumunda TCK m. 43/2 uygulanır.⁸⁶⁶

TCK m. 44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtima kurumu açısından da çocukların cinsel istismarı suçu ele alınmalıdır. Cinsel istismar suçu, kanunda belirtilen çeşitli suç tipleri ile fikri içtima ilişkisi içinde işlenebilmektedir. Bu nedenle cinsel istismarla fikri içtima ilişkisi bakımından özellik gösteren bazı suç tiplerinin incelenmesi gerekir.

Cinsel istismar suçunun alenen işlenmesi durumunda, TCK m. 225'te düzenlenen hayasızca hareketler suçu ile cinsel istismar suçu arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisi söz konusu olur.⁸⁶⁷ Aynı şekilde TCK'nın 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçu cinsel istismar suçunu oluşturacak şekilde işlenirse TCK m. 44 hükmünün uygulanması gerekir.⁸⁶⁸

Aile bireyleri arasında cinsel istismar suçunun işlenmesi durumunda fikri içtima gereğince TCK m. 232'de düzenlenen kötü muamele suçu ile cinsel istismar suçundan (TCK m. 103/3) hangisi daha ağır cezayı öngörüyorsa o suçtan dolayı sorumluluk doğacaktır. Bununla birlikte çocuğuna karşı cinsel istismar suçunun işlenmesine kasıtlı olarak göz yuman ebeveynler bakımından da TCK m. 233'te

⁸⁶⁵ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 60; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 228; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı*..., s. 68

⁸⁶⁶ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 232.

⁸⁶⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 233.

⁸⁶⁸ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 58; "İddia ve kabule göre, sanığın ...doğumlu üvey kızı Sinem'e yönelik organ veya cisim sokmak suretiyle kızlık bozma biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY'nın maddesinde öngörülen cinsel...suçunun nitelikli hâlini oluşturabileceği, eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır. (Hüküm eziyet suçundan kurulmuştur.)" Yargıtay 4. CD. 'nin 04.04.2007 tarihli E. 2006/10952 K. 2007/3078 sayılı kararı (Akt. ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 662)

düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu ile cinsel istismar suçu arasında TCK m. 44 hükmü uygulanır.⁸⁶⁹

Çocukların cinsel istismarı ile fikri içtima ilişkisi içinde olabilecek bir diğer suç TCK m. 227’de düzenlenen fuhuş suçudur. “*Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden*”⁸⁷⁰ kişi, çocuğa karşı başkalarının cinsel istismar suçunu işlemesini sağladığı için iştirak hükümleri gereğince bu suçtan da sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu durumda fuhuş ve cinsel istismar suçları açısından TCK m. 44’ün uygulanması gündeme gelebilir.⁸⁷¹

Cinsel istismar suçunu gerçekleştirmek için işlenen araç suçun varlığı veya işlenen bir suçun aynı zamanda cinsel istismar suçuna vücut vermesi hâlinde gerçek

⁸⁶⁹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 359. Cinsel istismar suçunun ihmali hareketle de işlenebileceği yönünde görüş için bkz. ekle

⁸⁷⁰ TCK m. 227/1 “*Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.*”

⁸⁷¹ “*Dava ve Karar: Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: 01.10.1996 doğumlu olup, suç tarihinde 14 yaşı içerisinde bulunan mağdurenin erkek arkadaşının yanına gitmek için 15.01.2010 tarihinde İstanbul'daki evinden kaçıp, Kayseri'ye geldiği, burada tanıştığı F. isimli kişi tarafından hakkındaki hükümler temyiz edilmeksizin kesinleşen M. Ç.'in evine götürüldüğü, M. ile birlikte yaşayan ve fuhuş yapan sanık T. tarafından fuhuş maksatlı alıkonulduktan sonra Ürgüp ilçesine getirilip, burada M. Usta isimli kişi ile para karşılığı ilişkiye girmesinin sağlandığı, M.'ün bu ilişki nedeniyle yargılandığı Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 22.02.2011 gün ve 2010/128 Esas, 2011/51 Karar sayılı ilamla çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesinin ardından temyiz edilen hükmün Dairemizin 09.12.2011 gün ve 2011/17367 Esas, 2011/4824 Karar sayılı ilamıyla onanarak kesinleştiği, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP) yapılan incelemede anlaşıldığından, mevcut hâliyle sanık T.'in tek hareketle işlediği iddia edilen eylemin TCK'nın 37. maddesi kapsamında hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu, hem de fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilerek TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca bu suçların en ağırlı olan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde fuhuş suçundan hüküm kurulması,*” Yargıtay 14. CD.'nin 18.06.204 tarihli E.2012 / 15340 K.2014 / 8336 sayılı kararı;

“*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 suçu 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 ağırlı 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,*” Yargıtay 14. CD.'nin 17.04.2014 tarihli E.2012 / 7665 K.2014 / 5269 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.06.2016)

içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin, cinsel istismar suçunu işlemek için konut veya işyerine girilmesi durumunda, araç suç amaç suçun unsuru veya nitelikli hâli olmadığı için TCK m.106'nın koşullarının varlığı hâlinde fail, cinsel istismar ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından ayrı ayrı cezalandırılır.⁸⁷² Aynı şekilde cinsel istismar suçunun işlenmesi amacıyla mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda da, fail, cinsel istismar suçunun yanında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırılacaktır.⁸⁷³ TCK m. 109/3-f'de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi ve TCK m.109/5'te suçun cinsel amaçla işlenmesi hâlleri cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hâller olarak düzenlenmiştir.⁸⁷⁴ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, cinsel istismar suçunun işlenmesi için araç suç konumunda olduğu tespit ediliyorsa, TCK m.109/3-f ile 5. fıkarda belirtilen nitelikli hâller ve cinsel istismar suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanır. Ancak gerçekleştirilen cinsel istismarın doğal bir gerekliliği olan hürriyet kısıtlamaları veya cinsel istismarı işlemek için gerçekleştirilen cebrin neticesi olan hürriyet kısıtlaması durumu TCK m.109 kapsamında değerlendirilemeyeceği için yalnızca cinsel istismar suçunun varlığından bahsedilir.⁸⁷⁵

⁸⁷² AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı..., s. 67; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 58.

⁸⁷³ “Oluş ve kabule göre sanığın askere gitmeden önce ve askerden döndükten sonra mağduru tehdit ile boş binaya götürüp organ sokmaya çalıştığının anlaşılması karşısında sanığın askerlik döneminden öncesi ve sonrası, araya kesinti girdikten sonra yeni bir karar ile işlediği cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının gerçek içtima kuralları gereği ikiye kez olduğu gözetilmeden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması” Yargıtay 14. CD.'nin E.2013 / 6974 K.2014 / 290 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.05.2016)

⁸⁷⁴ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 234. 5237 sayılı TCK, çocukların “evlenme maksadı” ve “kendi rızaları” ile kaçma veya kaçırılma fiilleri suç olmaktan çıkarmıştır. Kıyas yapılmadığı sürece bu fiiller m. 109/5'te yer alan suça oluşturmamaktadır. HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN'e göre, Kanunun suçun “cinsel amaçla işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirirken, suçun “evlenme amacıyla işlenmesini” ağırlaştırıcı neden olarak görmemesi ciddi bir çelişkidir. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 157

⁸⁷⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 305, ŞENYİĞİT, Zeynep Büşra, Hürriyeti Tahdit, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep 2016, s. 151; “Çocuğun basit cinsel istismarı suçu işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayaacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurun hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de sanığın, mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, mevcut hâliyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları yönünden oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine kararı verilmesi” Yargıtay 14. CD.'nin 29.03.2016 tarihli E.2016 / 302 K.2016 / 3069 sayılı kararı; Karar: Mağdure beyanları, sanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamına göre, hastane doğumlu olup, olay tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdure ile sanık İzzet'in sanığın annesine ait evde birden fazla kez ilişkiye girmeden önce uzunca bir süre görüştükleri, bu görüşmelerin bir kısmının mağdurenin okul çıkışına

Cinsel istismar suçunun mağdurları çocuklar olduğu için, çocuğun cinsel amaçlı hürriyetinin tahdit edilmesine göstereceği rızanın geçerliliği tartışmalıdır. Bir yerde bulunma veya bir yerden ayrılma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hakların kullanımında küçüğün rızası tek başına yeterlidir. Dolayısıyla akli melekeleri gelişmiş, algılama ve irade yeteneğine sahip olan bir çocuğun hürriyeti tahdit bakımından göstereceği rıza, sakatlanmadığı sürece hukuka uygundur.⁸⁷⁶ Bu noktadan hareketle bir yerde bulunma özgürlükleri konusunda tasarruf yetkisine sahip olan birisiyle rızası dâhilinde, cinsel istismar eylemi gerçekleşikten sonra dahi aynı yerde bulunmayı sürdüren kişi, TCK m.26/2 hükmü uyarınca cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olmayacaktır.⁸⁷⁷ YCGK, on beş yaşın altındaki çocukların serbestçe hareket etme hakları üzerinde mutlak tasarruf yetkileri olmadığı gerekçesiyle bu görüşe aykırı karar vermiştir. Buna karşılık, on beş on sekiz yaş aralığında mümeyyiz olan çocukların hürriyetlerinin kısıtlanmasına gösterecekleri rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir.⁸⁷⁸

Çocuğun hareket hürriyetini korumaya yönelik hükümlerden TCK m. 234'te düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun da bu noktada değerlendirilmesi gerekir. Kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın, evi terk eden çocuğu, rızası olsa dahi, ailesine veya yetkili makamlara bilgi vermeksizin yanında

denk geldiği ve üzerinde üniforma olduğu hâlde gerçekleştiği, sanığın avukat huzurunda verdiği 17.12.2010 tarihli kolluk beyanında da mağdurenin yaşının küçük olduğunu bildiğini ifade ettiği anlaşılmakla, sanığın 15 yaşından küçük mağdureye karşı gerçekleştirdiği çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılması gerekirken, mağdurenin yaşı hususunda hataya düştüğünden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması, Yargıtay 14. CD.'nin 10.07.2014 tarihli E. 2012 / 11710 K. 2014 / 9424 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.05.2016)

⁸⁷⁶ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 235; ŞENYİĞİT, *Hürriyeti Tahdit*, s. 150.

⁸⁷⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 318.

⁸⁷⁸ “Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan □onbeş yaşını tamamlamamış□ çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibariyle üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan □onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış□ çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları hâlinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; sanığın komşusunun kızı olan 15 yaşından küçük katılanı cinsel amaçlı ve kendi rızası dahilinde bir süre alıkoymak eyleminde, katılanın rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük katılanın rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nun 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.” YCGK'nın 30.06.2015 tarihli E. 2014 / 14-678 K. 2015 / 267 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (17.06.2016)

tutan kişi TCK m. 234/3 uyarınca cezalandırılacaktır. Bu suç tipi bakımından çocuğun rızası, hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.⁸⁷⁹ Dolayısıyla çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişi, aynı zamanda çocuğa karşı cinsel istismar suçunu da işlerse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bununla birlikte kanun koyucu m. 234/1’de velayet yetkisine sahip olmayan anne babanın, velayet yetkisine sahip kişiler tarafından çocuğu kaçırmasını da suç olarak düzenlemiştir. Bu fıkra için öngörülen on altı yaş sınırının gerek suçun üçüncü fıkrası gerekse hürriyeti tahdit bakımından uygulanması mümkün değildir. Ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesi hâkimdir. Hürriyeti tahdit bakımından rıza beyanı için çocuğun temyiz kudretine sahip olması yeterlidir.⁸⁸⁰

Cinsel istismar suçu ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasını gerektirebilecek bir diğerk suç TCK m. 226/3’te düzenlenen çocuk pornografisidir. Buna göre, çocukları kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde gerçekleştirilen fiiller aynı zamanda çocukların cinsel istismarı niteliğini taşıyorsa fail, müstehcenlik ve cinsel istismar suçundan ayrı ayrı sorumlu tutulur.⁸⁸¹

TCK m. 94/3’te işkencenin “cinsel yönden taciz şeklinde” işlenmesi suçun nitelikli hâli olarak düzenlendiğı için bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. Belirtilen nitelikli hâl sadece cinsel taciz suçu açısından düzenlendiğı için işkencenin cinsel istismar şeklinde işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanır. Bu durumda işkence suçunu cinsel istismar şeklinde işleyen fail, işkence suçunun yanında cinsel istismardan da cezalandırılır.⁸⁸² Ancak doktrinde “cinsel yönden taciz” ifadesiyle tüm cinsel suçların kastedildiğı, bu nedenle işkence suçunun cinsel

⁸⁷⁹ “...17 yaşı içerisindeki mağdureyi rızasıyla alıkoyan sanık C.’in, aynı Kanunun 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceğı, ancak sanığın mağdurenin kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın evden ayrıldığını bildiğı halde ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin birlikte kalmalarının T.C.K.nın 234/3. maddesinde öngörülen çocuğun kaçıırılması veya alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ek savunma hakkı verilerek bu maddeden mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD.’nin 20.09.2013 tarihli 2013/6432 K.2013/9439 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (30.07.2016)

⁸⁸⁰ ALTAŞ, Ebru, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009, s. 87.

⁸⁸¹ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 359.

⁸⁸² TEZCAN, ERDEM vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 348.

istismar aracılığıyla işlenmesi halinde işkence ve cinsel istismar suçu arasında fikri içtima söz konusu olacağını savunan yazarlar bulunmaktadır.⁸⁸³

Cinsel istismar suçunun TCK m. 77’de düzenlenen insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, cinsel istismarda bulunma, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenirse, insanlığa karşı suç oluşturur. Cinsel istismar, insanlığa karşı suçun bir unsuru olduğu için, burada bileşik suç söz konusu olup, ayrıca cinsel istismardan dolayı cezalandırılmaz.⁸⁸⁴ Öğretide TCK m. 77/2’de kasten yaralama ve öldürme suçları bakımından kabul edilen gerçek içtima kuralının cinsel istismar bakımından da uygulanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.⁸⁸⁵

II. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Cinsel istismar suçunun gerek basit hâli gerekse nitelikli hâli herhangi bir soruşturma ve kovuşturma şartına bağlı tutulmamıştır. Bu nedenle cinsel istismar suçu, şikâyet, izin, talep gibi dava şartları aranmaksızın re’sen soruşturulur ve kovuşturulur.⁸⁸⁶ 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen suçun sarkıntılık boyutunda işlenmesi hâlinde de kovuşturma re’sen yapılır. Ancak sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismarın failinin de çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Başka bir anlatımla, sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun failinin sadece çocuk olduğu hâller de fiil şikâyetine tabidir.⁸⁸⁷ Burada şikâyet hakkını, bizzat mağdur kullanabileceği gibi kanuni düzenlemeye göre veli veya vasi de kullanabildiği için şikâyet etme ya da şikâyetten feragat etme noktasında iradeler çatışabilir. İradeler

⁸⁸³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 232-233.

⁸⁸⁴ SEVÜK YOKUŞ, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda...”, s. 264.

⁸⁸⁵ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 241.

⁸⁸⁶ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 359; PARLAR, BANKO, 6545 Sayılı Kanun İle..., s. 110; TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 340; GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 85; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 239.

⁸⁸⁷ ÖZBEK, KANBUR vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 360; “Sanığın yolda yürümekte olan mağdurenin arkasından yaklaşıp kalçasına dokunmak şeklindeki eyleminin 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK’nın 103/1 maddesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve bu suçun sanığının çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurenin veya kanuni temsilcilerinin şikâyetine bağlı olduğu, ancak sanığın 18 yaşından büyük olması nedeniyle bu değişikliğin sanık lehine düzenlemeler getirmediği gözetilerek...” Yargıtay 14. CD.’nin 07.07.2014 tarihli E.2012/13719 K.2014/9186 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (22.06.2016)

arasında üstünlük mağdurun yaşı ve temyiz kudreti de dikkate alınarak mahkeme tarafından belirlenir.⁸⁸⁸

Cinsel istismar suçunun failin on sekiz yaşından küçük olması durumunda duruşmalar kapalı yapılır ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanır. (CMK m.185) Mağdurun yaşının küçüklüğü ise duruşmanın gizliliği üzerinde etki doğurmaz. Ancak “*genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde*” duruşmaların tamamen veya kısmen kapalı yapılabileceğine ilişkin CMK m. 182/2 hükmüne dayanılarak cinsel istismar suçunun mağdurunun çocuk olması nedeniyle de duruşmalar kapalı yapılabilir.⁸⁸⁹ Saniğin çocuk olması durumunda mahremiyete gösterilen bu özenin mağdurun çocuk olması durumunda dikkate alınmaması, muhakeme sürecinin mağdur çocuk üzerinde yarattığı psikolojik hasar ve bazı ebeveynlerin sırf sürecin getirdiği zorluk nedeniyle şikâyetle bulunmamaları gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmiştir.⁸⁹⁰

Cinsel istismar mağduru çocukların ruh sağlıklarının muhakeme aşamasında ciddi hasara uğraması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, CMK m. 226/2’de “işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hâller saklıdır.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası ile de, “mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi”

⁸⁸⁸ ŞİMŞEK, “*Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...*”, s. 352; “Oluşa ve kabule göre, saniğin üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükmünden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik TCK’nın 103/1-c.2 maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunun oluşturduğu, aynı Kanunun 103/1-c.3 maddesinde ise bu suçun çocuk olan sanık tarafından işlenmesi hâlinde suçun takibinin şikâyetle bağlı olduğu, mağdure ve babası müşteki Ali Rıza’nın 21.07.2008 tarihli, saniğin da hazır bulunduğu celsede, şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, TCK’nın 73/6. maddesi gereğince saniğin vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulduktan sonra bir karar verilmesi lüzumu,” Yargıtay 14. CD.’nin 14.09.2014 tarihli E.2012/15273 K.2014/10407 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (22.06.2016)

⁸⁸⁹ KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 240; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 320.

⁸⁹⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 320.

bulundurulacağı düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarında çocuğun dinlenmesi sırasında uzman kişilerin bulunmamasını bozma nedeni saymaktadır.⁸⁹¹

Çocukların cinsel istismarı suçunda davaya katılma hakkına sahip olanlar, çocuğun Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu'nun bakım ve gözetimi altında olması durumunda bu kurum ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un m. 20/2 gereğince Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'dır.⁸⁹²

Cinsel istismar suçunun mağduru on sekiz yaşından küçük olduğu için CMK m. 234/2 uyarınca vekili bulunmadığı durumunda, istemi aranmaksızın zorunlu olarak bir vekil görevlendirilir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun değişikliği ile uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır.

III. YAPTIRIM

Cinsel suçlar bakımından öngörülen ceza miktarları 6545 sayılı Kanun değişikliği ile önemli derecede artırılmıştır.⁸⁹³ Değişiklik öncesinde cinsel istismarın basit şekli üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası iken, değişiklik ile sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olacak şekilde artırılmıştır. Ayrıca değişiklik sonrası TCK m.103/1'in ikinci cümlesine eklenen sarkıntılık düzeyinde cinsel istismarın işlenmesi durumunda ceza miktarı üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olacak şekilde tayin edilmiştir. Belirtilen sınırlar çerçevesinde ceza miktarı tayin edilirken suçun işleniş şekli gibi TCK m. 61'de düzenlenen koşullar göz önünde bulundurulmaktadır.⁸⁹⁴

Suçun nitelikli hâli bakımından ise değişiklik öncesinde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüş iken değişiklik sonrasında on altı yıldan aşağı olmamak zere hapis cezası öngörülmüştür. Suçun nitelikli hâlinin işlenmesi durumunda on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngören TCK'nın 103/2

⁸⁹¹ "5271 sayılı CMK'nın 236/3. maddesi gereğince, mağdur çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi," Yargıtay 5. CD.'nin 29.03.2007 tarihli E.2007/2742 K.2007/2391 sayılı kararı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#> (22.06.2016)

⁸⁹² KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 242; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 321.

⁸⁹³ ŞİMŞEK, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar...", s. 352.

⁸⁹⁴ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 662.

hükmü Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, “*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 hâlinde mağdurun ruh sağlığının bozulmaması hâlinde faile sekiz yıldan başlayan ceza verilirken düzenlemenin yeni hâlinde mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın adeta bozulmuş gibi faile on altı yıldan az olmamak üzere hapis cezası verildiği, ayrıca yakın yaşta olan mağdurlara karşı yapılan eylemlere çok farklı cezai müeyyideler bağlanması dolaylı olarak eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek*”⁸⁹⁵ Anayasanın 2 ve 10. Maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, “*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 yaptırıma bağlanması çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı 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 imkânını 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*

⁸⁹⁵ İtiraz gerekçesinin tamamı için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/BasvuruKarari/2015-100.pdf> (14.07.2016)

*miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu hâliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”*⁸⁹⁶ gerekçesiyle 12.11.2015 tarihli E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararı ile cinsel istismarın nitelikli şekilde gerçekleştirilmesi durumunda on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı hükmünü Anayasa m. 2’ye aykırı bularak iptal etmiştir. Kanun hükmünün iptali nedeniyle doğacak hukuki boşluğun kamunun menfaatini zedelemesi muhtemel olduğu için iptal hükmü, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından (11.12.2015) bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararı, cezanın ağırlığı meselesinden ziyade aileleri tarafından gayri resmi olarak evlendirilen çocukların cinsel ilişkiye girmelerini meşru bir zemine çekme kaygısı gütmektedir. Cinsel istismar vakıalarının sözde meşru bir zeminde yaşanmasına imkan tanıyan bu karar, çocuk yaşta evlenmelerinin önünü açacağı ve bu suretle cinsel istismar suçunun artmasına neden olabileceği için, Anayasa’nın çocuğun her türlü istismara ve şiddete karşı korunmasını öngören 41. maddesini göz ardı etmiş olmaktadır.

İptal kararına ilişkin Zühtü ARSLAN başkanlığında hazırlanan karşı oy gerekçesinde tespit edilen hususlar kanaatimizce da kabul edilmektedir. Öncelikle Anayasa mahkemesi cezanın ölçüsüz olduğundan bahisle iptal kararı vererek, suçla mücadelede hangi ceza miktarının ölçülü olacağını belirleme noktasında, aslında kanun koyucunun sahip olduğu yetkiye müdahale de bulunmaktadır. İptal kararında yer alan “hâkime takdir marjı tanımayan” ve mağdurun yaşı, failin yaşı ve fiilden sonra mağdurun yaş ikmali ile fiili birlikteliğin resmi birlikteliğe dönüşmesi gibi somut olayların dikkate alınarak farklı cezaların öngörülmediği gerekçeleri isabetli değildir. Çünkü ceza hükümlerinin her somut olayı dikkate alarak bunlar bakımından ayrı ayrı cezalandırma yoluna gitmesi mümkün değildir. Bunun yerine hakime ceza kanununda öngörülen alt ve üst sınırlar çerçevesinde taktir yetkisini kullanarak cezaların bireyselleştirilmesi imkanı tanınmıştır. İptal edilen maddede de hakim cezayı, alt sınır (on altı yıl) üst sınır (TCK m. 49 uyarınca yirmi yıl) arasında belirleyerek somut olayın durumuna göre bireyselleştirme yoluna gidebilir. Bununla birlikte fiili birlikteliğin evliliğe dönüşmesi durumunda cezanın azaltılması veya

⁸⁹⁶Karşı oy gerekçesi için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c0fd7bd3-cdce-40f0-873d-13925fb0e6c6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (14.07.2016)

ertelenmesine dair anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kaldı ki 765 sayılı TCK'nın 423. Maddesine⁸⁹⁷ benzer bir hükmün 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesi bilinçli bir tercihtir. Bu nedenle bu durumun göz ardı edildiğini iptal gerekçesi olarak belirtmek yerinde değildir.

103. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda 1. ve 2. fıkra göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Düzenlenen nitelikli hâllerden birden fazla gerçekleşmesi durumunda dahi artırım hükmü bir kez uygulanır. Suçun 4. fıkrasında yer alan nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda yine verilecek ceza yarı oranında artırılır. Suçun 6. fıkrasında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlinin gerçekleşmesi durumunda ceza ağırlaştırılmış müebbet hapidir.

Verilen bu cezaların, seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte hükmedilen hapis cezasının yasal sonucu olarak fail, TCK m.53'te yer verilen haklarından yoksun bırakılacaktır.⁸⁹⁸ Örneğin, cinsel istismar suçunun, mağdurun velisi veya vasisi tarafından işlenmesi hâlinde, TCK m. 53/1-c ve 5. fıkraları gereğince fail, velayet hakkını veya vesayet yetkisini kullanmaktan yoksun bırakılır.⁸⁹⁹

TCK m. 53/5 gereğince hak yoksunluğuna yer olmadığına dair karar verilmiş olması, sanık bakımından kazanılmış hak oluşturmaz. Bu nedenle fail hakkında hak yoksunluğuna her zaman karar verilebilir. Kanun yoluna gidilmesi durumunda da aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilmez.⁹⁰⁰

6545 sayılı Kanun değişikliği ile 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesine eklenen 8. fıkra göre, çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûm olan fail hakkında m.108/1'de

⁸⁹⁷ 765 sayılı TCK m. 423 “ Her kim on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsedilir. Evlenme vukuu hâlinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadar ki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çekilir.”

⁸⁹⁸ ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 663.

⁸⁹⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s. 322; KARTAL, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 237; “Sanığın 5237 sayılı TCK'nın 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük kızlarına karşı atılı suçları işlediğinin anlaşılmasına göre; cezanın infazından sonra başlamak üzere aynı Yasanın 53/5. Maddesi uyarınca hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması,” Yargıtay 5. CD.'nin 07.10.2009 tarihli E. 2009/9315 K. 2009/11143 sayılı kararı (Akt. TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 340 dipnot. 507)

⁹⁰⁰ MERAN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 350.

düzenlenen koşullu salıverme hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alanlar 39 yıl, müebbet hapis cezası alanlar ise 33 yılı cezaevinde geçirerek koşullu salıvermeye ilişkin hükümden yararlanabilecektir. Aynı maddeye eklenen 9. fıkraya göre ise, m. 108/1’de öngörülen koşullu salıverme süreleri cinsel istismar suçundan mahkum olanlar hakkında da uygulanacaktır. Bununla birlikte cinsel istismar suçundan mahkum olanlar hakkında, cezanın infaz edildiği süre zarfında veya koşullu salıverme hâlinde denetim süresi boyunca tıbbi tedaviye tabi tutulmak, tedavi amaçlı programlara katılmak, suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak, çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak şeklinde bir takım tedavi ve denetim yükümlülükleri öngörülmüştür.⁹⁰¹

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Çocukların cinsel istismarı suçunda görevli mahkeme, 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10-14. maddeleri⁹⁰² gözetilerek belirlenir. Bu maddeler uyarınca TCK m.103/1’in 2. cümlesinde düzenlenen cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde işlenmesi durumunda, ilgili davadan, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemesinin görevi dışında kaldığı için Asliye Ceza Mahkemesi görevlidir. TCK m. 103/1’in ilk cümlesi kapsamında kalan basit cinsel istismar, 2. fıkrasında yer alan nitelikli cinsel istismar suçunda cezanın üst sınır on yıldan fazla

⁹⁰¹ GÜNDÜZ, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen..., s. 86.

⁹⁰² TCK m. 10/1 “(Değişik: 18/6/2014–6545/48 md.) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur”

TCK m. 11 “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”

TCK m. 12 “(Değişik: 21/2/2014 – 6526/2 md.) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”

TCK m. 14 “Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur.”

olduğu, 6. fıkra da yer alan suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörüldüğü için ilgili davalardan Ağır Ceza Mahkemeleri görevlidir.⁹⁰³

Cinsel istismar suçunda yetkili mahkeme CMK m.12 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak cinsel istismar suçu genellikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla bir arada işlendiği ve bu suç da kesintisiz bir suç olduğu için kesintinin gerçekleştiği yer, yetkili mahkemedir.⁹⁰⁴

V. ZAMANAŞIMI

Çocukların cinsel istismarı suçunda dava zamanaşımı TCK m. 66 çerçevesinde tayin edilecektir. Buna göre dava zamanaşımı, TCK m. 103/1'in söz konusu olduğu hâllerde m.66/1-d uyarınca on beş yıl, m. 103/2'in söz konusu olduğu durumlarda m. 66/1-c uyarınca yirmi yıl ve m.103/6'ın söz konusu olduğu hâlde m. 66/1-a uyarınca otuz yıldır. Belirtilen dava zamanaşımı sürelerinin tespit edilmesinde dosyada var olan mevcut delillerden anlaşılabiliriyorsa cinsel istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulacaktır. (TCK m.66/3)

Dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/6 hükmü gereği kural olarak tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlar. Ancak cinsel istismar suçunu, çocuğun üst soyu veya çocuk üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenmesi durumunda dava zamanaşımı süresi, çocuğun on sekiz yaşını tamamladığı günden itibaren işlemeye başlar.

⁹⁰³ “ İddianame, mahkumiyet kararı ve dosya içeriğine göre; sanığın iddia ve kabul edilen diğer şehevi davranışlarının yanında cinsel organını on yaşındaki mağdurenin ağzına koymak suretiyle ırz ve namusuna tasaddide bulunma eyleminin vücuda organ sokma niteliğinde olması nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 103/2 maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı ve bu suçla ilgili duruşma açılıp yargılama yapma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” Yargıtay 5. CD.’nin 24.10.2005 tarihli E.2005/16907 K. 2005/21727 sayılı kararı (Akt. ARTUÇ, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 667)

⁹⁰⁴ TUĞRUL, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı...*, s. 340.



SONUÇ

Bütün hakların ortak kökeni olan özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu dokunulmaz alanı oluşturmaktadır. Bu dokunulmaz alan içerisinde, bireyin cinsel özgürlüğü de bulunmaktadır. Cinsel özgürlüğün pozitif ve negatif olmak üzere iki boyutu vardır. Hiç kimsenin baskı ve ayrımcılığa maruz kalmadan cinsel özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanım alanı olan cinsel hayatını dilediği şekilde yaşaması, cinsel özgürlüğün pozitif boyutunu; kişinin cinsel özgürlüğünün rızası hilafına ihlal edilmeme hakkı ise, negatif boyutunu oluşturmaktadır. Ceza hukuku esas itibariyle cinsel özgürlüğün negatif boyutu olan cinsel dokunulmazlığın korunması bakımından işlev görmektedir.

Kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar, 765 sayılı TCK döneminde “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında, toplumsal suçlar arasında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’da ise, cinselliğin genel adap ve ahlâktan ziyade kişinin özgürlüğü ile ilgili bir mesele olduğu anlayışının gelişmesine paralel olarak bu suçlar, kişilere karşı suçlar kategorisinde, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Çalışma kapsamında bu başlık altında düzenlenen suç tiplerinden çocukların cinsel istismarı incelenmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçuna paralel olarak düzenlenmiştir. Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara “saldırı” yerine “istismar” kavramının kullanılması, algılama ve irade yetenekleri henüz gelişmemiş olan çocukların, yetişkinlere göre daha fazla korunmaya ihtiyaç duymalarından kaynaklanmaktadır. Bu suçla korunmak istenen hukuki yarar, çocukların cinsel dokunulmazlığıdır.

TCK m.103’te yaptırım altına alınan fiil, çocukların cinsel yönden istismar edilmesidir. Cinsel istismar, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar olarak ifade edilmiştir. Maddede cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmemesi, suçun oluşması için vücut temasının gerekip gerekmediği, çocuklara karşı cinsel taciz suçunun işlenip işlenemeyeceği noktalarında tartışmalara neden olmuştur. 6545 sayılı Kanun’un 58.

maddesinin gerekçesinde cinsel saldırı ve istismar suçları ile cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütünün fiziksel temas olarak belirlenmesi ve aynı kanunun 61. maddesi ile TCK m. 105'e cinsel tacizin çocuklara karşı işlenebileceğinin eklenmesi, söz konusu tartışmaları gidermiştir. Kanaatimizce, "vücut temasının" veya cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m. 102'deki " cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi" ifadesinin TCK m. 103'e de dâhil edilmesi gerekir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun işleniş şekilleri, vücut teması içeren ancak vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna ulaşmayan basit cinsel istismar ve vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismardan oluşmaktadır. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile bu fiillere, suçun ani ve süreklilik içermeyecek cinsel davranışlarla gerçekleştirmesini içeren sarkıntılık fiili eklenmiştir.

Kanun koyucu TCK m. 103/2'de, sadece organ veya sair cismin vücuda sokulmasından bahsetmekte, vücudun hangi bölgesine sokulacağı ile bu bölgelere herhangi bir organ veya cismin sokulmasının suçun oluşumu için yeterli olup olmayacağı hususlarına açıklık getirmemektedir. Kanaatimizce suç gerekçede de belirtildiği gibi, vajinal, anal, oral yoldan işlenebilir. Kulak ve burun boşlukları organ sokmaya elverişli olsa da, sokma eylemine cinsellik vasfı kazandırmadığı için suçun nitelikli hâli olarak kabul edilemez. Söz konusu belirsizlik suçun, ancak vajinal oral ve anal yoldan işlenebileceğinin gerekçeden ziyade madde metnine eklemek suretiyle giderilebilir.

Cinsel istismar suçunun mağduru, yaş ve gelişmişlik düzeylerine göre, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ile on beş on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar olmak üzere iki kategoriye ayırmıştır. Kanaatimizce mağdura ilişkin yaş kategorizasyonunun TCK m. 31'e uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim on beş yaşın altındaki tüm çocukları, cinsel istismar fiilinin ağırlığı bakımından aynı grupta değerlendirmek arzu edilen koruma ve tıbbi gerçeklikle çelişmektedir.

On beş yaşını tamamlamamış çocukların kendi aralarında rıza ile gerçekleştirdiği cinsel davranışlar veya on beş on sekiz yaşındaki çocukların rıza ile birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeleri durumunda fail ve mağdur kim olacağı konusunda kanunda düzenlenmemiştir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmakla birlikte, kanaatimizce fail ve mağdur aramaktan ziyade bu durum, ceza alanı dışında aile ve toplum disiplini çerçevesinde çözülmelidir.

TCK m.102/2’de cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi durumuna yer vermesine rağmen cinsel istismar suçu bakımından böyle bir düzenleme bulunmaması, bu durumda, TCK m. 102 ve m.103’ten hangisinin uygulanacağı konusunda doktrinde ve uygulamada tereddütler doğurmuştur. Kanaatimizce çocuk eşler arasında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilen cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Eşler arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı hâlinde ise, cinsel istismar suçu oluşmayacaktır.

Cinsel istismar suçunun işlenmesi için kullanılan cebrin kasten yaralamanın ağır neticelerine sebebiyet vermesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak düzenlenmiştir. TCK m.102/4’te yetişkinler bakımından söz konusu ağırlaştırıcı hâlin uygulanabilmesi için cebrin, mağdurun direncini kırarak boyutu aşması yeterli iken, fiile karşı koyma gücü daha zayıf olan çocuklar bakımından bu eşiğin daha yüksek tutulması cinsel suçların kendi arasında bir çelişki yaratmıştır. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile TCK m. 102/4 ile m.103/5 arasındaki farklılık giderilmiştir. Böylece cebir vasıtasıyla işlenen bir cinsel saldırı suçunda ayrıca kasten yaralamadan da hüküm kurulabilmesi için oluşan yaranın TCK m. 87 kapsamında neticeler doğurması gerekecektir.

5237 sayılı TCK’da yer alan mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasına ilişkin ağırlaştırıcı hâl, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılmıştır. Ruh sağlığının bozulması kavramının belirsizliği nedeniyle kanunilik ilkesine aykırı olan bu madde cinsel istismarın en muhtemel sonucu olduğu için her cinsel istismar vakasında otomatik olarak uygulanır duruma gelmişti. Bunun yanında ruh sağlığının bozulduğunun tespit edilmesi uzun ve tekrarı gerektiren muayeneler içerdiği için TCK m.103/6’nın maddeden çıkarılması isabetli olmuştur.

Suçun manevi unsuru kasttır. Suçun unsurlarına yönelik kastın yanında, ayrıca cinsel arzuları tatmin etme amacıyla hareket edilmesinin aranıp aranmayacağı, suçun hem basit hâli hem de nitelikli hâli bakımından tartışmalıdır. Kanaatimizce suçun basit hâlinin gerekçede de belirtildiği üzere cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik davranışlarla gerçekleştirilmesi gerekir. Suçun nitelikli hâli bakımından ise, böyle bir saik aranmamakta davranışın objektif olarak şehvi nitelikte bulunması yeterlidir. Suç niteliği gereği olası kastla işlenmeye müsait değildir.

6545 sayılı Kanun değişikliği ile cinsel istismar suçu için öngörülen cezalar ciddi şekilde artırılmıştır. Cezaların artırılmasında ruh ve beden sağlığının bozulmasının suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâli olmaktan çıkarılması ve bu hükme ilişkin cezaların suçun temel ve nitelikli şekillerine dağıtılmasının büyük etkisi vardır.

Cinsel istismar suçunun, on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın cinsel istismar suçunu oluşturduğunu düzenleyen TCK m.103/1-a bendi ile suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesi durumunda on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngören TCK m. 103/2 hükümleri, Anayasa'nın 2. Maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kanun koyucunun yaşanan tecrübeleri dikkate alarak getirdiği bu hükümlerin iptal edilmesi, yıllardır önüne geçilmek için mücadele edilen cinsel istismar vakıalarının artmasına, bu vakıalarının sözde meşru bir zeminde yaşanmasına ve çocuk yaşta evlenmelerinin çoğalmasına neden olabileceği için isabetli verilmiş kararlar değildir. Her iki hüküm için de verilen iptal kararları Anayasa'nın çocuğun her türlü istismara ve şiddete karşı korunmasını öngören 41. maddesini göz ardı etmiştir.

765 sayılı TCK'dan farklı ve yeni bir bakış açısıyla oluşturulmasına rağmen bu suç tipi, maddede yer alan kavramların belirsiz ve özensiz seçilmesi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların kendi arasında tutarsızlığa neden olabilecek eksik düzenlemeler içermesi, kanunun gerekçesinin çoğu olayın yorumlanmasında lafzın önüne geçmesi gibi kanunilik ilkesine aykırı birçok sorunu barındırmaktadır. 6545 sayılı Kanun değişikliği bu noktada olumlu katkı sağlayarak belirtilen sorunların bir kısmına çözüm getirmekle birlikte tartışmalı olan bazı noktalar hala netlik

kazanamamıştır. Özellikle mağdurun yaş kategorizasyonun ve buna bağlı olarak rızanın varlığının yeniden değerlendirilmesi ve tipik suçun daha iyi anlaşılması için gerekli olan temel hususların kanunun gerekçesinden ziyade metne dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının gerekçesinde belirttiği hususlar da dikkate alınarak çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin bir madde önerisinde bulunmaktayız. Sunulan öneride suçun cezai yaptırımını mağdurun suça mukavemet derecesi ile suçun işlenme kolaylığı dikkate alınarak belirlenmiştir. Buna göre madde metni;

“1. Cinsel saik içeren davranışlarla bir çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal eden veya çocuğa bu tür davranışları kendi vücudu üzerinde yaptıran kişi, cinsel istismar suçundan dolayı sorumlu olur.

Mağdurun;

a) 12 yaşını doldurmamış olması halinde 7 yıldan 11 yıl kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

b) 12 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış olması halinde 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Mağdurun cinsel davranışa rızasının bulunması halinde verilecek ceza 1/6 oranında indirilir.

c) 15 yaşını tamamlamış olması halinde, 5 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Mağdurun cinsel fiile rızasının bulunması halinde faile ceza verilmez.

2. Suçun ani ve süreklilik arz etmeyecek şekilde vücut teması içeren sarkıntılık fiilleriyle işlenmesi halinde birinci fıkraya göre verilecek cezalar 1/3 oranında indirilir. Birinci fıkranın (a) bendi hariç failin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

3. Cinsel istismarın vücuda vajinal, anal, oral yoldan organ veya sair cisim sokmak veya sokturmak şeklinde gerçekleştirilmesi halinde 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

4. 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.

5. Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir, tehdit veya hile ile (b) ve (c) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi halinde yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

6. Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

7. Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur” şeklinde yeniden düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, C.1, İstanbul 2011.

AKYÜZ, Emine, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, Pegem Akademi Yay., 4. Baskı, 2015.

ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yay., 2. Baskı, 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, 2013.

ASLAN, Beşir, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2011.

AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yay., 2. Baskı, Konya 2014.

AYDIN, Devrim, *Türk Ceza Hukuku'nda Suça İştirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2009.

AYDIN, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2012.

AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Kitabevi, 2. Baskı, 2009.

BAKICI, Sedat, *Açıklamalı ve İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, 1994.

BALO, Yusuf Solmaz, *Çocuk Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2015.

BALO, Yusuf Solmaz, *Uluslararası İlişkiler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulanması*, Ankara, Seçkin Yay., 2.Baskı, 2009.

BAYTEMİR, Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2009.

BELGESAY, Mustafa Reşit, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat, İçtihatlar, Tatbikat*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1963, s. 97.

CAN, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2. Baskı, 2012.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay., 7. Baskı, 2011.

CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.

CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Sayram Yay., 4. Baskı, 2011.

ÇALIŞKAN, Suat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2013.

ÇEKER, Orhan, *İslam Hukukunda Çocuk*, Ankara, Kayıhan Yay., 1. Baskı, 1990.

ÇINAR, Ali Rıza, *Tehdit Suçu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2002.

ÇÖLOĞLU, Sedat, *Adli Tıp Sözlüğü*, Temel Matbaacılık, İstanbul, 1993.

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 7. Baskı, 2011.

DÖNMEZER, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 5. Baskı, 1983.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985.

EREM, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, C.II, 1993.

GÜNDEL, Ahmet, *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2009.

GÜNDÜZ, Remzi, *6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ocak 2015.

GÜNDÜZ, Remzi, GÜLTAŞ, Veysel, *Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar*, Ankara, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, USA Yayıncılık, 3. Baskı, 2013.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, USA Yay., 4. Baskı, 2011.

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012.

KABOĞLU, İbrahim Ö. , *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1. Baskı, 1994.

KAPANI, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yay., 7. Baskı, 1993.

KARTAL, Pınar M., *Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul, Der Yay., 1. Baskı, 2014.

KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 2003.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2010,

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015.

KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949,

KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.

MALİKİ Abdurrahman, *İslam Hukukunda Ceza*, 1. Basım, 2002, http://www.hilafet.com/kitaplar/Islam_Hukukunda_Ceza/index.htm (19.04.2016)

MALKOÇ, İsmail, *Cinsel Suçlar*, Ankara, Malkoç Kitapevi, 18. Baskı, 2009.

MERAN, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2008.

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992,

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, 2014.

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2011.

ÖZEN, Muharrem, *Ceza hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, USA Yay., 1. Baskı, 1998.

ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yay., 1996.

ÖZGÜVEN, İbrahim Ethem, *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*, Ankara, PDREM Yayıncılık, 1. Baskı, 1997.

PARLAR, Ali, BANKO, Meltem, *6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2014.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Nisan 2010.

POLAT, Oğuz, *Klinik Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 7.Baskı, 2014.

POLAT, Oğuz, *Şiddet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, 2015.

POLAT, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2007.

POLAT, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı II*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, 2007.

REICH, Wilhelm, *Cinsel Ahlâkın Boy Göstermesi*, Çev. ONARAN, Bertan, İstanbul, Payel Yayınevi, 1. Baskı, 1976.

SANCAR, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin Yay., 1. Baskı, 1995.

SAVAŞCI, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2012.

SEROZAN, Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2. Baskı, 2005.

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay., 8. Baskı, 2010.

SÖZÜER, Adem, *Suç Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1. Baskı, 1994.

ŞAHİN EKİCİ, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, 2012.

ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, C.1, 1. Baskı, 2007.

TANER, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2013.

TANERİ, Gökhan, *Cinsel Suçlar*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, 2015.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2014.

TOPAL, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, 1. Baskı,

TOPÇU, Sedat, *Cinsel İstismar*, Ankara, Phoenix Yay., 1. Baskı, 2009.

TOPÇU, Sedat, *Silinmeyen İzler: Çocuk, Genç ve Engellilerin İstismar ve İhmali*, Ankara, Phoenix Yay., 1. Baskı, 2009.

TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ağustos 2015.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, 2013.

TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.

TUĞRUL, Ahmet Ceylani, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2010.

Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, Ankara, 2005

UDEH, Abdulkadir, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, Çev: NURİ, Akif, İhya Yay., C. 3, 1978.

ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2007.

YARSUVAT, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", İÜHF, 1964, C. XXX, S. 1-2, s. 115-170.

YAVUZER, Hâluk, Çocuk ve Suç, İstanbul, Remzi Kitabevi, 3. Baskı, 1993.

YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yay., 2. Baskı, 2015.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2010.

MAKALELER

ABADAN, Yavuz, ‘‘Hürriyet Problemi’’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 1940, C. VI, S. 2-3. s. 501-516.

AKARCA, Mehmet, ‘‘Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Korunması’’, <http://www.anayasa.gov.tr/files/insanhaklarimahkemesi/sunumlar/ym4/Akarca.pdf>.
(02.01.2016)

ALPSOY, Arif Nihat, ‘‘Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler’’, *TBB*, Ankara 2005, S.58, s.247-263.

ANDRE, Claire, VELAQUEZ, Manuel, ‘‘Children's Rights’’, <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/more/resources/childrens-rights/>
(21.03.2016)

ARAL, Neriman, GÜRSOY, Figen, ‘‘Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı’’, *Milli Eğitim Dergisi*, Ankara Temmuz, Ağustos, Eylül 2001, S.151, s.2.
http://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/aral_gursoy.htm
(04.04.2016)

ARSAL, Sadri Maksudi, ‘‘Çengizin Yasası’’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1947, s.167-177. <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/347.pdf> (20.06.2016)

ATAÇ Asiye Selcen, ‘‘Ceza Hukuku ve Enstest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2013, S. 2, s. 871-879.

AYDIN, Devrim, ‘‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik’’, *AÜHFD*, 2005, C. 54, S.1, s. 225-254.

AYDIN, Murat, “ Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, *Terazi Dergisi*, Aralık 2009, S. 40, s. 71- 83.

BAKICI, Sedat, “ Sarkıntılık Suçu ve Unsurları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1989, S. 4, s. 679-687.

BAKICI, Sedat, “Tehdit Suçu ve Unsurları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1992, S. 5, s. 717-727.

BARAN, Aylin Görgün, ERBAYDAR, Nüket Paksoy, “ Yasak Cinsel İlişki: Ensest” www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/ensest08012009.doc (05.04.2016)

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, BOZDAĞ Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Ankara Ocak- Haziran 2010, S. 158, s. 15-34.

BEYHUN N., Ercüment, “Çocuk İstismarı”, *Toplum Hekimliği Bülteni*, 2002, S.4 http://www.thb.hacettepe.edu.tr/arsiv/2002/sayi_4/baslik2.pdf (02.01.2016)

BOZBEYOĞLU ÇAVLİN, Alanur, KOYUNCU, Ece, KARDAM, Filiz, SUNGUR, Altan, “Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye’de Ensest”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Ankara 2010, C. 13, S. 1, s. 1-37.

BULUT, Sefa, “Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme”, *Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi*, C. 3, S. 28, s.139-156.

CAN, Cansu, “ Çocuk İstismarı- Fiziksel İstismar”, *Kriminoloji Yazıları*, SANCAR, Türkan, Ankara Savaş Yayınevi, 1. Baskı, 2015.

CENTEL, Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>. (04.01.2016)

Child Abuse and Neglect By Parents and Other Caregivers, in World Report on Violence and Health http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap3.pdf (02.01.2016)

Critical Issues Abuse and Exploitation, Action for the Rights of Children (ARC), s. 6. <http://www.unhcr.org/protection/children/3bb81aea4/action-rights-children-arc-critical-issues-abuse-exploitation.html> (20.08.2016)

ÇELİK, Cemil, Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Şubat 2005, S.36. http://www.google.com.tr/?gfe_rd=cr&ei=ZKFZVsqtBO-v8weaoqj4DA# (01.02.2016)

Do Children Sexually Abuse Other Children?, Stop It Now!, The Safer Society Press, 2007, s. 3. <http://www.safersociety.org/uploads/WP075-DoChildren.pdf> (21.08.2016)

DÖNMEZER, Sulhi, “ Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C. I, Ankara 2008, s. 270.

DÜLGER, İbrahim, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Ankara Mayıs 2010, S. 6, s. 41-42.

DÜLGER, İbrahim, “İrza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Konya 2000, S. 6,

ELSA for Children Final Report. http://files.elsa.org/AA/ELSA_for_Children_Final_Report.pdf (20.08.2016)

ERDOĞAN Ayten, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi*, 2010, C. 2, S. 2, s. 132-159.

EREM, Faruk, “ Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, s. 11-33. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/335/3395.pdf> (15.05.2016)

ERKMAN, Fatoş, “ Çocukların Duygusal Ezimi”, *Çocuk İstismarı ve İhmali*, Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını, Ankara 1999, s. 127–132.

ERTURHAN Sabri, “İslam Hukukunda Suçla Mücadele Yöntemleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2007, S. 9, s. 101-141.

EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, *TBBB*, Ankara 2013, S. 106, s. 277-290.

EVRENSEL Alper, ÖZŞAHİN Aytekin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2014, S. 15(Ek sayı.1), s. 43-47.

GARGANO, Oria, “National Analysis Italy”, European Woman’s Lobby.

GENÇ Şura, COŞKUN Seçil, “Ensest”, *TBBD*, Ankara 2013, S.106, s. 215-261.

Global Progress Survey on Violence Against Children, http://srs.g.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/global_survey/responses/italy/unvac_survey_italy.pdf

GÖKCEN, Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m. 106-122), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc> (06.05.2016)

GÖKTÜRK, Neslihan, Türk Hukuku’nda Suçların İctimai, *CHKD*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31-59.

GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz B., “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2013, C. 15, Özel S., s. 481-545.

GÜNÇE, Gülseren, “Çocuğun Cinsel İstismarı”, *Çocuk İstismarı ve İhmali*, Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını, Ankara, 1999, s. 89–101.

GÜVEN, Gülşah, “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikaları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2014, C. 88, S. 3, s. 390-409.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cinselsuclar.doc> (03.01.2016)

HOROZGİL, Denizhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)”, *TBBD*, Ankara 2011, S. 93, s. 108-146.

İNAN, Ali Naim, “Çocuğun Korunması ve Polis”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1980, C.37, S.1, s. 243-250.

KARA, Bülent, BİÇER, Ümit, GÖKALP, Ayşe Sevim, “Çocuk İstismarı”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Ankara 2004, S. 47, s. 140-151.

KARABULUT, Fuat, “ Recm Cezasının Hz. Peygamber’in Uygulamaları Işığında Değerlendirilmesi”, *EKEV Akademi Dergisi*, 2012, Y. 16, S. 50, s. 89-112.

KARTAL MEMİŞ, Pınar, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar Armağanı), 2010/1, C. 2, s. 1035-1046

KAYA, Ahsen, AKTAŞ, Ekin Özgür, “ Yüksek Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, 2013, S.24, s. 1-7.

KAYA, Murat, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, *Terazi Dergisi*, Aralık 2010, S.52, s.103-109.

KAZANCI EKER, Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Hâlinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi- Haksız Tahrik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel S., 2013, s.1309-1357

KILIÇ, Abbas, “Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, *TBBT*, Ankara 2008, S.78, s.167-204.

KONAN, Belkıs, “ Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, *OTAM Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s.149-172.

KONANÇ, Esin, “ Türk Hukuk Sisteminde Çocuk İstismarı ve İhmali”, *Çocuk İstismarı ve İhmali*, Çocuk İstismarını ve İhmalini Önleme Derneği Yayını, Ankara 1999, s. 185-193.

KORKMAZ ÇETİN Saniye, BİLDİK Tezan, ERERMİŞ Serpil, DEMİRAL Nagehan, ÖZBARAN Burcu, Müge, AYDIN Cahide, “Erkek Ergenlerde Cinsel Davranış ve Cinsel Bilgi Kaynakları: Sekiz Yıl Arayla Değerlendirme”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, Ankara 2008, S. 19(4), s. 390-397.

KÖK, Ahmet Nazif, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2006, C. 5, S.3-4, s.3-13.

KÖKSAL, Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’YA ARMAĞAN, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, C. II, s. 687-729.

KÖMÜRCÜ, Nuran, DEMİRCİ, Nurdan, YILDIZ, Hatice, GÜN, Çiğdem, “Türkiye’deki Hemşirelik Dergilerinden Cinselliğe Bakış: Bir Literatür İncelemesi”, *Hemşirelikte Eğitim ve Araştırma Dergisi*, İstanbul 2014, S. 11 (1), s. 9-17.

KÖROĞLU Mehmet, “İslam Hukukunda Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Erzurum 2015, S.43, s. 214-238.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2013, C. 11, S. 121, s. 3-20.

MARTIN Laura, “What Is Pedophilia?” <http://www.webmd.com/mentalhealth/features/explaining-pedophilia> (10.04.2016)

MERAN Necati, “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Ankara 2014, C. 9, S. 98, s. 78-83.

NİŞANCI, Doğukan, “6545 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *TBBĐ*, Ankara 2015, S. 120, s. 209-260.

Ole Martin Moen, “The ethics of pedophilia”, *Nordic Journal of Applied Ethics* (2015), S. 9(1), s. 111–124.

OSMANAĞAOĞLU, Cihan, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, *İÜHFĐ*, 2008, C. LXVI, S.1, s. 109-178.

OVAYOLU, Nimet, UÇAN, Özlem, SERİNDAG, Selver, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, *Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi*, Gaziantep 2007, C. 2, S. 4, s. 13-22.

OZANSOY, Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, *TBBĐ*, Ankara 1999, S. 1, s. 39-62.

POLAT, Hâlıl, “Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılamalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme”, *TBBĐ*, Ankara 2010, S. 90, s. 64-101.

SANCAR YALÇIN, Türkan, YAŞAR, Nimet, “Ensest, Genel Ahlâk ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararları”, *TBBĐ*, Ankara 2009, S. 80, s. 245-299.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *TBBĐ*, Ankara 2005, S. 57, s. 243-282.

SEVÜK, Handan Yokuş ”5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, Nisan 2005, s. 280-302.

ŞEN, Ersan, “ Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı”, <http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm> (10.02.2016)

ŞİMŞEK, Alahattin, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 28, s. 309-361.

TAN, Mine, “Çağlar Boyunca Çocukluk”, s. 71-88. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/511/6276.pdf> (16.02.2016)

TANER, Fahri Gökçen, “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ağustos 2014, S. 8-128, s. 60-63.

TANER, Fahri Gökçen, Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi, *TBBĐ*, Ankara 2016, S. 124, s. 222-246.

TANER, Yasemen, GÖKLER, Bahar, “Çocuk İstismarı ve İhmali: Psikiyatrik Yönleri”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, Ankara 2004, S. 35, s. 82-86.

TELKENAROĞLU Rahmi, “Ensest ve İslam Hukukundaki İzdüşümü”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Konya 2011, S. 31, s. 115-144.

TIRAŞÇI, Yaşar, GÖREN, Süleyman, “Çocuk İstismarı ve İhmali”, *Dicle Tıp Dergisi*, Diyarbakır 2007, C. 34, S.1, s. 70-74.

TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Hâller”, *TBBĐ*, Ankara 2012, S.101, s. 267-292.

ÜZÜLMEZ İlhan, “ Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kayseri 2009, C. IV, S. 2, s. 25-42.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “ Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları (TCK m. 421)”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2 s. 999-1038.

VURALDOĞAN, Kemal, “Cinsel Özgürlük Üzerine” <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=-kemalvuraldogan-1.htm&k> (02.02.2016)

WHITE, Leslie A, “The Definition and Prohibition of Incest”, *American Anthropologist*, Volume 50, Issue 3, Version of Record online: 28 OCT 2009, s. 416 vd. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1948.50.3.02a00020/pdf>

World Health Organization, “Child Sexual Abuse”, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, France, 2003.

YALÇIN SANCAR, Türkan, “ Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2008, Y. 4, S. 52, s. 12-16.

TEZLER

ALTAŞ, Ebru, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009.

AYRAL, Fatma, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

BAĞCI, Faruk, *Ceza Muhakemesinde Çocuk ve Çocuk Suçlarının Soruşturulması*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2014.

ERMAN, Ragıp Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

ERSÖZOĞLU, Haydar, *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimsel Enstitüsü, Kocaeli, 2010.

GÖKCEN, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanundaki Cezai Müeyyideler*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.

SAVAŞCI, Bilgehan, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

ŞENYİĞİT, Zeynep Büşra, *Hürriyeti Tahdit*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep 2016.

YELESDAĞ, Hayati, *Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı ve Çocuğun Cezai Sorumluluğunun Belirlenmesindeki Kriterler*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://ilerihaber.org/yargitay-bir-defadan-bir-sey-olmaz/5775/> (10.06.2016)

<http://www.hurriyet.com.tr/yargitaydan-cinsel-istismar-sanigina-ruh-sagligi-indirimi-27540349> (10.06.2016)

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (01.02.2016)

<http://www.webmd.com/mental-health/features/explaining-pedophilia> (10.04.2016)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_r%C3%BC%C5%9Ft_ya%C5%9F%C4%B1.
(14.03.2016)

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Age_of_Consent_-_Global.svg
(01.02.2016)

www.hukukturk.com

www.kazanci.com

www.sinerjimevzuat.com.tr