

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**MAĞDURU ÇOCUK OLAN CİNSEL SUÇLARDA
SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK SORUNU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İpek AĞCAOĞLU

1304010439

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÛTÛNCÛ

ARALIK 2020

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**MAĞDURU ÇOCUK OLAN CİNSEL SUÇLARDA
SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK SORUNU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ
İpek AĞCAOĞLU
1304010439

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Doç. Dr. R. Murat ÖNOK (Koç Üniversitesi)

ARALIK 2020

ÖNSÖZ

İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü bünyesinde Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans tezi olarak takdim ettiğim, ceza hukuku düzlemindeki sıfatı ister *mağdur* ister *suça sürüklenen* olsun her çocuğun özünde korunmaya ve özel muamele görmeye muhtaç birer *çocuk* olduğu, ceza adaleti sisteminde çoğu zaman ihmal edilen taraf olan çocuk suçluluğunun özünde suç perdesinin gölgesinde kalmış gizli bir çocuk mağduriyeti olduğu gerçeğinden yola çıkarak hazırlanan bu çalışmanın ortaya çıkmasında büyük katkıları bulunan değerli kimselere en içten teşekkürlerimi sunarak başlamak isterim.

Takıldığım tüm noktalarda beni içtenlikle cevaplayarak kuşku ve soru işaretlerimi gideren, her daim kendisine ulaşabildiğim, öneri ve yönlendirmeleriyle beni geliştiren, akademik birikimi ve öğrencilerine olan yaklaşımı ile lisans yıllarımdan itibaren ceza hukukuna duyduğum ilgiyi pekiştiren kıymetli tez danışmanım, saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ'ye tez konumun fikir olarak oluştuğu andan son ana kadarki bütün süreçte gösterdiği ilgi ve anlayış ile sarf ettiği emekten ötürü en içten saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Savunma jürimde bulunma nezaketini göstererek beni onurlandıran saygıdeğer hocam Prof. Dr. Durmuş TEZCAN ve saygıdeğer hocam Doç. Dr. R. Murat ÖNOK'a yapıcı eleştirileri ve değerli görüşleriyle tezime bulundukları katkılardan ötürü en içten saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde aldığım dört senelik lisans eğitimim boyunca kendilerine hayranlık duyduğum, akademik ve mesleki anlamda örnek aldığım, kendilerinden çok şey öğrendiğim ve iyi bir hukuk nosyonu edindirerek iyi bir hukukçu olma yolunu açan, isimlerini tek tek zikredemediğim saygıdeğer tüm hocalarıma en derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Mesleki ve akademik birikimime duyduğu güveni daima dile getiren, bu doğrultuda beni lisansüstü eğitim için teşvik eden, kendisinden çok şey öğrendiğim ve öğrenmeye devam ettiğim kıymetli büyüğüm, saygıdeğer üstat Av. Aykut ÇARDAK'a güveni, yol göstericiliği ve katkılarından ötürü en derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Avukatlık stajımdan bu yana beraber çalıştığımız, kendilerine her daim danışabildiğim, mesleki ve akademik anlamda bana çok büyük destek ve katkıları bulunan, kaynak tarama ve yazım sürecinde benden yardımlarını esirgemeyen, bilgi ve tecrübelerini paylaşarak beni geliştiren saygıdeğer üstat Av. Uygur GÜNERBÜYÜK ile saygıdeğer üstat Av. Ayberk BAĞCI'ya değerli tavsiyeleri ve katkılarından ötürü en içten teşekkürlerimi sunarım.

Yüksek lisansa başladığım günden itibaren tez çalışmam konusunda iyi dileklerini ve desteklerini benden esirgemeyen isimlerini tek tek zikredemediğim çok kıymetli dostlarımin her birine yanımda oldukları ve desteklerini her daim hissettirdikleri için en derin sevgi ve teşekkürlerimi sunarım.

Yabancı dildeki metinler konusunda binlerce kilometre uzaktan yardımlarını esirgemeyen değerli dostum Atakan KÖKEN'e yoğun iş temposuna rağmen ayırdığı vakit ve katkılarından ötürü en içten sevgilerimi ve teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, tez yazım sürecimde kaynak tarama konusunda gösterdiği destek ve katkılarından ötürü canımın içi kız kardeşim, kıymetlim Petek AĞCAOĞLU ile; doğduğum günden bugüne koşulsuz sevgi ve destekleriyle yanımda olan, verdikleri özenli aile içi eğitim ile hukuk fakültesini tercih etmemdeki en büyük etken olan adalet duygusunu küçük yaşlarda içselleştirmemi sağlayan, dünya ve hayat görüşümün gelişmesi için her türlü imkan ve katkıyı sağlayan, tavsiyeleriyle yol göstermekle birlikte farklı tercih ve görüşlerime her zaman saygı duyan, insanlığa faydalı, kendini ve amaçlarını gerçekleştirmiş bir birey olarak yetişmem için her türlü özeni gösteren, fedakârlıklarını asla ödeyemeyeceğim canım annem Diler AĞCAOĞLU ile canım babam Murat Türker AĞCAOĞLU'na beni olabilecek en iyi biçimde yetiştirdikleri için sonsuz teşekkürler.

İpek AĞCAOĞLU
İstanbul, 25.12.2020

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
KISALTMALAR	viii
KISA ÖZET	xi
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1
KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE YÖNTEM	5

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TÜRK CEZA HUKUKU KAPSAMINDA ÇOCUK, ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. HUKUKİ PERSPEKTİFTEN ÇOCUK	7
A. Uluslararası Hukukta Çocuk	8
1. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi	8
2. Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)	11
3. Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları)	12
4. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları)	16
5. Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)	18
B. İç Hukukumuzdaki Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Çocuk	19

1. 1982 Anayasası	19
2. Türk Ceza Kanunu	21
3. Çocuk Koruma Kanunu	27
4. Ceza Muhakemesi Kanunu	31
C. Çocuğa Özgü Bir Ceza Adaleti Sistemi Neden Gereklidir?	34
II. ÇOCUK İSTİSMARI KAVRAMI	37
A. Cinsel İstismar	38
B. Benzer Kavramlarla İlişkisi	42
1. Çocuğun Cinsel Sömürüsü	42
a. Çocuk Pornografisi	43
b. Çocuk Fuhşu	45
2. Encest (Fücur)	47

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA MAĞDURU ÇOCUK OLAN CİNSEL SUÇLAR

I. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU	50
A. Cinsel Davranış Kavramı	54
1. Tanım ve Sınırlandırma Sorunu	54
2. Türk Ceza Kanununun 103. Maddesi Kapsamında Cinsel Davranış Ölçütleri	55
a. Fiziksel Temas Bulunmalıdır	55
b. Davranış Objektif Olarak Cinsel Nitelikte Olmalıdır	58
c. Mağdurun Yaşı	62
B. Cinsel Davranışın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması	66
C. Korunan Hukuksal Yarar	71
D. Fail	73

E. Mağdur.....	74
1. On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklar	75
2. On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklar.....	77
a. Cebir.....	79
b. Tehdit	79
c. Hile.....	80
d. İradeyi Etkileyen Başka Bir Neden.....	82
F. Eylemin Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokulması Suretiyle Gerçekleştirilmesi	84
G. Manevi Unsur	87
II. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU	89
A. Korunan Hukuksal Yarar	91
B. Terminoloji Değişikliğinin Yaratığı Bir Tartışma: Cinsel İlişki Kavramı	92
C. Fail	97
D. Mağdur.....	99
E. Şikayet Hakkı.....	104
F. Manevi Unsur	106
III. CİNSEL TACİZ SUÇU	107
A. Korunan Hukuksal Yarar	108
B. Cinsel Taciz Kavramı ve Sınırları	110
1. “Ahlak Temizliği” Ölçütü Hakkındaki Tartışmalar.....	110
2. Cinsel Taciz Davranışının Belirlenmesi	112
C. Fail	117
D. Mağdur.....	118
E. Şikayet Hakkı.....	118
F. Manevi Unsur	120

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUKLAR ARASINDAKİ KARŞILIKLI RIZAYA DAYALI CİNSEL EYLEMLERDE SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	123
A. Akran Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel Eylemlere İlişkin Sorunlar....	123
1. Akranlar Arası Cinsel Davranışta Haksızlık Yanılgısı Değerlendirilmelidir.....	130
2. Akran Cinselliğine İlişkin Özel Bir Düzenleme Gereklidir.....	133
B. Evlendirilen Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel Eylemlere İlişkin Sorunlar.....	137
1. Ebeveynin Suça İştiraki Çerçevesinde Yeni Bir Düzenleme Gereklidir ...	141
2. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır.....	145
II. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	148
A. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır	152
B. Her İkisi de 15-18 Yaş Grubunda Olan Çocuklar Arasındaki Cinsel İlişkiler Bakımından Özel Bir Düzenleme Yapılmalıdır	153
C. Gayri Resmi Çocuk Evliliklerinde Ebeveynin Sorumluluğu Düzenlenmelidir	160
D. Yasal Evlilik Yaşı Çelişkisi Giderilmelidir	162

III. CİNSEL TACİZ SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	165
A. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır	167
B. Suçun Failinin Çocuk Olmasına Özgü Ceza Alt ve Üst Sınırı Değişikliği Yapılmalıdır.....	171
SONUÇ	173
KAYNAKÇA.....	186



KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AHBVÜ HFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
aş.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
B. No	: Başvuru Numarası
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
ÇKK	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: Dipnot

DEÜ HFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
ECPAT	: End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜ HFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜ HFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GK	: Genel Kurul
HAGB	: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Iss.	: Issue
in.	: İçinde
İEÜ	: İzmir Ekonomi Üniversitesi
İTÜ SBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜ İFD	: İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi
karş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
MÜHF HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
p.	: Page
pr.	: Paragraf

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBAD	: Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi
SSÇ	: Suça Sürüklenen Çocuk
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TPAD	: Türk Pediatri Arşivi Dergisi
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
UNFPA	: United Nations Population Fund
UNICEF	:United Nations International Children’s Emergency Fund
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay
YGİY	: Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
Y.T	: Yayın tarihi
yuk.	: Yukarıda

KISA ÖZET

Bu çalışmanın konusunu, çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel eylemlerde suça sürüklenen çocukların hukuki durumu oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, çocuklar arasında karşılıklı rıza dahilinde gerçekleşen cinsel eylemlerin büyük bir kısmı Türk Ceza Kanunu kapsamında cinsel suç olarak kabul edilmekte ve cezai sonuç doğurmaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki eğilim ise *akran cinselliği* olarak nitelendirilen bu tarz eylemlerin belli ölçütler dahilinde ceza hukukunun müdahale alanından çıkarılmasına yöneliktir.

Türk ceza hukuku açısından sorun, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerde *akran cinselliği* ile *cinsel istismar* arasındaki ayrımın yapılmamış olmasıdır. Ergenlik veya erken ergenlik çağındaki çocuklar arasında psikolojik ve cinsel gelişim düzeyleri ile uyumlu görünen birtakım cinsel davranışlar, niteliğine göre çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki veya cinsel taciz suçları kapsamında değerlendirilebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen bu ayrımın ceza hukuku sistemimizde geçerli olmaması, çocuklar arasında karşılıklı olarak ve rızayla gerçekleşen cinsel eylemin bir tarafının suça sürüklenen çocuk sıfatıyla ciddi bir yargılama süreci geçirmesine ve hatta hapis cezasına kadar varabilen cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır.

Mevcut sorunu suça sürüklenen çocuk perspektifinden ortaya koymayı amaçladığımız bu çalışmanın Birinci Bölümünde çocuk, çocuğun cinsel istismarı ve benzer kavramlarla olan ilişkisi incelenerek cinsel istismarın kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. İkinci Bölümde ise Türk Ceza Kanunu sistematğinde çocukların mağduru olabileceği kabul edilen cinsel suçlar ele alınarak bu suçların kapsamaları hakkında detaylı bir bilgilendirme yapılmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise, akran cinselliği ve cinsel istismar kavramları üzerinden çocuklar arasında karşılıklı rızayla gerçekleşen cinsel eylemlerin niteliği tartışılmış; neticede akran cinselliği kapsamında değerlendirilmesini önerdiğimiz bu eylemlerin ceza hukukunun müdahale alanında kalmasının suça sürüklenen çocuk açısından sebep olduğu sorunlar ve çözüm önerileri tartışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Suça sürüklenen çocuk, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemler, akran cinselliği, cinsel istismar, rıza.

ABSTRACT

The subject of this study is the legal status of juvenile delinquents in terms of the consensual sexual acts taking place between minors. As is known, within the scope of the Turkish Penal Code, most of the sexual acts taking place between minors with mutual consent are considered sexual crimes and result in legal consequences. However, the trend in comparative law is to exclude such acts, which are described as "peer sexuality", from the scope of the criminal law within certain criteria.

The problem in Turkish criminal law arises from the lack of distinction between 'peer sexuality' and 'sexual abuse' in consensual sexual acts between minors. Certain sexual behaviours between minors at puberty or early-puberty that seem compatible with their psychological and sexual development phases may be considered sexual abuse of minors, sexual intercourse with minors or sexual harassment. The fact that this distinction adopted in comparative law is not valid in the Turkish criminal law causes mutual and consensual sexual acts between minors to be unlawful and the juvenile delinquent to undergo a serious trial process that may even lead to imprisonment.

In the first part of this thesis, in which we aim to put forward the current problem from the perspective of the juvenile delinquents; we seek to identify the concept of sexual abuse by examining the relationship among children, child sexual abuse and similar concepts. In the second part, we discussed the sexual crimes the victims of which can be minors pursuant to the Turkish Penal Code and made detailed explanations about the scope of such crimes. In the last part of the thesis, we discussed the legal nature of consensual sexual acts taking place between minors through the concepts of 'peer sexuality' and 'sexual abuse'; as a result, we argued that the problems faced by juvenile delinquents due to the fact that such acts, which we recommend to be considered peer sexuality, remain within the ambit of criminal law and put forth the solutions.

Key Words: juvenile delinquent, consensual sexual acts between minors, peer sexuality, sexual abuse, consent.

GİRİŞ

Çocuk suçluluğu ve çocuk mağduriyeti, çoğunlukla biri diğerine göre ihmal edilmiş olmasına rağmen, birbirine eş değer iki büyük toplumsal sorundur. Çoğunlukla ihmal edilen taraf olan çocuk suçluluğu, özünde suç perdesinin gölgesinde kalmış gizli bir çocuk mağduriyetidir; zira çocuğu suça sürükleyen sebepler onu aynı zamanda mağdur da etmektedir. Bir anlamda, çocuklarda suçluluk ve mağduriyet birbirini besleyerek bir kısır döngüye yol açmakta; buna karşın arada kalan çocuğa gerek yasalar gerekse toplum yalnızca “mağdur” veya yalnızca “suçlu” gözüyle bakmaktadır.

Çocuğun oyun oynamak, okumak, öğrenmek, fiziksel ve ruhsal gelişimini doğru ve sağlıklı bir şekilde sürdürmek yerine suça yönelmesi –veya bizim de çalışmamızda kullanmayı tercih ettiğimiz tabirle *suça sürüklenmesi*– kanaatimizce hukuksal düzlemde birçok konuda iradesine itibar dahi edilmeyen çocuktan önce toplumun ve ceza adaleti sisteminin bir eksikliğidir. Zira suç davranışı çevresel etkilere bağlı olarak öğrenilebilir,¹ bunun sonucu olarak hukuksal ve sosyal açıdan doğru düzenlemelerle çocukların çoğu zaman cezalandırmaya gerek kalmaksızın suçtan uzak tutulabilmesi mümkündür. Suça sürüklenen çocuklar ile ilgili taraf olduğumuz uluslararası belgelerin neredeyse tamamında bu hususun defaatle vurgulanmasına ve çocuk için özgürlüğü bağlayıcı cezaya ancak zorunluluk halinde son çare olarak başvurulabileceği belirtilmesine rağmen, ülkemizde ceza infaz kurumlarına çocuk yaşta hükümlü olarak giren kişi sayısının sadece 2018 yılında 2.095’e ulaşmış² olması

¹ Radiye Canan BAĞIŞ, “Çocukları Suça Sürükleyen Çevresel Nedenler: Sosyal Bağ ne Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Bir Değerlendirme”, HUMANITAS Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C:7 S:14, (2019), s.216 ; Düşük sosyokültürel düzey, düşük ebeveyn eğitim düzeyi, erken evlenme gibi birtakım etkilere suça sürüklenme açısından risk faktörü olduğu bilinmektedir. Bkz. Muhammed AYZAZ-Ayşe Burcu AYZAZ-Nusret SOYLU, “Çocuk ve Ergen Adli Olgularda Ruhsal Değerlendirme”, Klinik Psikiyatri Dergisi, C:15, S:1, (2012), s.39.

² “Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri – 2018”, TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30597>>, (E.T: 22.05.2020); “Adli İstatistikler – 2019”, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>>, (E.T.: 27.09.2020). Adalet Bakanlığının 2019 yılı istatistiklerine göre ise, SSC’lerin suçlarına ilişkin verilen Türkiye geneli karar sayılarında

üzüntü vericidir. Bununla birlikte, ceza infaz kurumlarına veya ıslah evlerine gönderilen çocukların infaz sürecinde yeterince korunamayarak çeşitli suçların mağduru olması veya yeni çevresinin etkisiyle yeni suçlara yönelmesi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın sorunun çözümüne kayda değer bir katkı sağlayamadığının ve suçluluğun mağduriyete dönüştüğünün acı bir göstergesidir.³

Çocuk mağduriyeti ve çocuk suçluluğu sorunu çalışmamızın konusunu oluşturan cinsel suçlar açısından değerlendirildiğinde, Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre, ülkemizde 2017 yılında güvenlik birimlerine mağdur olarak getirilen 155.024 çocuktan 137.482'sinin suç mağduru olup bunların 18.623'ünün (%13,5) kayıtlara "cinsel suç mağduru" olarak geçtiği dikkat çekmektedir.⁴ Adalet Bakanlığı verilerine göre, 2019 yılında cinsel suçlara ilişkin karara bağlanan davalar içerisinde %44,2'lik oranla çocukların cinsel istismarı suçu başı çekmekte olup⁵ bu davalar çoğunlukla mahkumiyetle sonuçlanmıştır.⁶ Çeşitli ülkelerden elde edilen verilere göre de çocuklara yönelik cinsel suçlarda son yıllarda dünya genelinde bir artış söz konusudur.⁷ Bununla birlikte, cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçların bir kısmının

mahkumiyet oranı %34,6 ile birinci sıradadır (bkz. Tablo 2.1.9, s.74). Mahkumiyet kararlarının niteliklerine bakıldığında ise, hapis cezası oranının %37,4 olduğu görülmektedir. En çok verilen mahkumiyet karar oranı ise %39,2 ile adli ve idari para cezasına aittir (bkz. Tablo 2.1.10, s.75).

³ Cinsel istismar suçunu işleyen ve bu suç nedeniyle cezaevindeyken cinsel istismara uğrayan bir SSC hakkında bkz. Tülay ELBEK-Özlem EREL-Musa DİRLİK-Selim ÖZKÖK-Hatice AKSU-Fusun ÇALLAK KALLEM-Bedir KORKMAZ-Ufuk KATKICI, "Cinsel Saldırı Suçuna Sürüklenen Çocuğun Cinsel İstismarı: Olgu Sunumu", Adli Tıp Bülteni, C:21, S:2, (2016), s.134-136.

⁴ "Güvenlik Birimlerine Gelen veya Getirilen Çocuklar – 2017", TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27609>>, (Y.T.: 01.08.2018), (E.T.: 18.05.2020); Ayrıntılı rapor için bkz. "İstatistiklerle Çocuk – 2019" TÜİK, (Nisan 2020), <<https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/index.zul>> (E.T.: 18.05.2020), s.130.

⁵ "Adli İstatistikler – 2019", Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.54, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>>, (E.T.: 27.09.2020).

⁶ "Adli İstatistikler – 2019", Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.59, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>>, (E.T.: 27.09.2020).

⁷National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC) verilerine göre, 2018/19 yılı döneminde Birleşik Krallık genelinde çocuklara karşı işlenen 76.204 kayıtlı cinsel suç olduğu tespit edilerek, suç oranında 2014/15'ten beri %60'ın üzerinde artış gözlenmiştir, bkz. "Child Abuse Offence Recorded Every 7 Minutes in UK", NSPCC, <<https://www.nspcc.org.uk/what-we-do/news-opinion/7-minutes-child-abuse-image-offence/>>, (E.T.: 19.05.2020); Fransa'da 2017 verilerine göre, kızların en çok 12-18 yaşları arasında cinsel saldırılara maruz kaldığı tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "Les Viols et Les Agressions Sexuelles", Insécurité et Délinquance en 2017 : Premier Bilan Statistique (2017), p.104, <https://www.interieur.gouv.fr/content/download/100602/791084/file/violences_sexuelles.pdf>, (E.T.: 20.05.2020); Ülkelere göre cinsel şiddet yaşayan 15-17 yaş aralığındaki kız çocuk oranlarına ilişkin UNICEF verileri için bkz. "Percentage of Girls (Aged 15-17 Years) Who Have Experienced Sexual Violence", UNICEF Data Warehouse, <<https://data.unicef.org/resources/>>

çeşitli sebeplerle yetkili makamlara bildirilmediğinden soruşturma ve kovuşturmayaya uğramayarak “siyah sayı” olarak kalması nedeniyle, gerçek mağdur ve suç sayısının istatistiklere yansiyandan çok daha fazla olduğu düşünülmektedir.⁸

Madalyonun öbür yüzü olan suça sürüklenen çocuk sorunu cinsel suçlar konusunda da varlığını sürdürmektedir. Bilindiği gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddesi, çocuklar bakımından ceza sorumluluğunu 0-12, 12-15 ve 15-18 olmak üzere üç yaş grubuna ayırmış ve her yaş grubu için ayrı ölçütlere göre ceza sorumluluğunun esaslarını belirlemiştir. Kanunda düzenlenen yaş grupları dikkate alınarak elde edilen 2017 yılı verilerine göre cinsel suç isnadıyla güvenlik birimlerine getirilen 3.811 SSÇ içerisinde en yüksek sayının 2.341 ile 15-17 yaş grubuna ait olduğu belirlenmiştir.⁹ 2018 yılında ise cinsel suçlar sebebiyle cezaevinde bulunan toplam 5.774 hükümlüden 287’sinin suçun işlendiği andaki yaş grubunun 12-14, 608’inin ise 15-17 yaş grubu içinde olduğu tespit edilmiştir.¹⁰

İstatistiklere geçen cinsel suç vakalarının bir kısmı, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel eylemlerden oluşmaktadır. Toplumsal düzlemde çocukların cinsel eğitimine “tabu” olarak yaklaşılması ve gereken özenin gösterilmemesinin bir sonucu olarak, özellikle ergenlik ve kendini tanıma dönemindeki çocukların belki anlam ve sonuçlarını dahi kestiremeden anlık merak duygularıyla birbirlerine karşı zor kullanmaksızın cinsel eylemlerde bulunması ile aynı çocuğun kendini kontrol edebilen bir yetişkinin baskısı veya ikna etmesiyle cinsel eylemlerde rol almasını aynı bakış açısıyla değerlendirmek kanımızca çocuk adaleti ilkelerine uygun düşmemektedir.

[data-explorer/unicef-f/?ag=UNICEF&df=GLOBAL_DATAFLOW&ver=1.0&dq=.PT_F_15-17_SX-V..&startPeriod=2015&endPeriod=2020](https://data.unicef.org/data-explorer/unicef-f/?ag=UNICEF&df=GLOBAL_DATAFLOW&ver=1.0&dq=.PT_F_15-17_SX-V..&startPeriod=2015&endPeriod=2020), (E.T. 20.05.2020); Ülkelere göre cinsel şiddet yaşayan 15-17 yaş aralığındaki erkek çocuk oranlarına ilişkin UNICEF verileri için bkz. “Percentage of Boys (Aged 15-17 Years) Who Have Experienced Sexual Violence”, UNICEF Data Warehouse, <https://data.unicef.org/resources/data-explorer/unicef-f/?ag=UNICEF&df=GLOBAL_DATAFLOW&ver=1.0&dq=.PT_M_15-17_SX-V..&startPeriod=2014&endPeriod=2020> (E.T. 20.05.2020).

⁸ Füsün SOKULLU, “Siyah Sayılar ve Viktimoloji”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.:40, S.: 1-4, (1974), s.228-231; İdris GÜÇLÜ-Halil AKBAŞ, *Suç Sosyolojisi*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), s.354; Abbas KILIÇ, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, TBB Dergisi, S.:78, (2008), s.176.

⁹ İstatistiğe göre 1.143 SSÇ 12-14 yaş grubu içerisinde yer alırken, 325 SSÇ’nin 11 yaşın altında olduğu tespit edilmiştir. 2 SSÇ hakkında ise yaş bilgisi bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. “İstatistiklerle Çocuk – 2019”, TÜİK, <<https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/index.zul>>, s.127, (E.T. 18.05.2020).

¹⁰ “Suç Türü ve Yaş Grubuna Göre Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlüler” TÜİK, <http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070>, (E.T.: 21.05.2020).

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel eylemlerin niteliği konusunda “şiddet ve zor kullanımı bulunup bulunmadığı” şeklinde bir ayrıma gidildiği, bu kapsamda çocuklar arasında karşılıklı rıza ile gerçekleşen cinsel eylemlerin suç sayılmaması yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Nitekim, tarafı bulunduğumuz uluslararası belgelerde de çocuklara karşı işlenen cinsel suçların önlenmesi adına Sözleşmeciler devletlere ciddi yükümlülükler getirilmişken çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerin suç kapsamı dışında tutulması tavsiye edilmiştir.¹¹



¹¹ Bkz. a.ş., Birinci Bölüm, “Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)”, s.11.

KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE YÖNTEM

İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı çerçevesinde hazırlayıp sunduğumuz bu çalışmanın konusunu, çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel eylemlerin ceza hukuku boyutuyla incelenmesi oluşturmaktadır.

Bu kapsamda uluslararası sözleşme ve belgeler, Türk hukukundaki mevcut yasal düzenlemeler, yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler doğrultusunda konuya ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri tartışılmıştır. Konunun niteliği itibarıyla multidisipliner bir yaklaşım gerektirmesi nedeniyle kriminoloji, psikoloji, sosyoloji, adli tıp gibi farklı alanlarda yayımlanmış bilimsel çalışma ve istatistiki verilere de uygun düştüğü ölçüde değinilmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın Birinci Bölümü, çocuk istismarı kavramı ile buna ilişkin uluslararası belgeler ve iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde bu kavramın değerlendirilmesine ayrılmıştır.

İkinci Bölümde, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre çocukların mağduru olabileceği cinsel suçlar ele alınarak her bir suç tipi açısından yürürlükteki hukuk ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede TCK m.102’de düzenlenen ve ancak on sekiz yaşından büyük kimselere karşı işlenebileceği kabul edilen “Cinsel Saldırı” suçu çalışmamızın konusu gereği kapsam dışı tutulmuş ve değerlendirmelerimiz yalnızca mağduru çocuklar olabilen “Çocukların Cinsel İstismarı” (TCK m.103), “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” (TCK m.104) ve “Cinsel Taciz” (TCK m.105) suçları ile sınırlı tutulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise Birinci ve İkinci bölümlerde yer alan incelemelerimiz ışığında, çocuklar arasındaki cinsel eylemlerin hukuki boyutuna ilişkin değerlendirmelerimiz ile mevcut sorunların çözümüne yardımcı olmasını umduğumuz öneri ve görüşlerimize yer verilmiştir.

Her çocuğun korunma hakkı ve ihtiyacı bulunduğu ilkesinden yola çıkarak, cinsel suçlar özelinde hem mağdur hem de fail tarafın çocuk olmasının –failin yetişkin

olmasından– daha farklı ve daha dikkatli yaklaşılması gereken hassas bir konu olduğu düşüncesiyle, konuya madalyonun öbür yüzünü oluşturan SSÇ’ler perspektifinden yaklaşarak çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerin cezalandırılmasında “suçluluk” ve “mağduriyet” kavramlarının birbirleri içinde nasıl eridiğine dikkat çekmeyi amaçladığımız bu çalışmanın, çocuk adalet sisteminin gölgede kalan unsuru SSÇ’lerin –en azından inceleme alanımız dahilindeki– sorunlarının çözümü yolunda küçük de olsa faydalı bir adım olmasını temenni ediyoruz.



BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TÜRK CEZA HUKUKU KAPSAMINDA ÇOCUK, ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. HUKUKİ PERSPEKTİFTEN ÇOCUK

Türk Dil Kurumu sözlüğünde çocuk “küçük yaştaki erkek veya kız” olarak tanımlanmış, bir diğer anlamı ise “bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız” olarak açıklanmıştır.¹²

Yaşayan dildeki bu tanım, hukuki düzlemde birçok yönden yetersiz kalmaktadır. Zira günlük dilde sözcüğün kullanım alanı oldukça geniştir ve anlamı esnektir; hâlbuki hukuk düzeni için çocuk kavramı gerek hukuki gerekse cezai alanda adeta bir *statü* ifade etmekte olup kendine has usul ve esaslar gerektirir. Bu statünün kapsam ve sınırları ise uluslararası ve iç hukuk düzenlemeleriyle kabul edilmiş birtakım ilke ve ölçütlere göre çocuk kavramının yorumlanmasıyla belirlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan suça sürüklenen çocuklar bakımından bu husus bilhassa önem arz etmektedir, zira ceza ehliyeti ve yargılanma esasları bakımından SSÇ’ler ile yetişkinleri ayıran nokta, iç hukukun usul ve esasa ilişkin düzenlemelerinde bu ilke ve ölçütlerin ne kadar doğru ve etkin biçimde uygulandığıdır.

Hukuksal düzlemde çocuk kavramına ilişkin en geniş tanım, çocuk haklarına ilişkin en kapsamlı uluslararası belge olan *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*’nde yer almaktadır. Sözleşmeye göre çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre “daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan” çocuk kabul edilmektedir (m.1).

¹² Çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük, TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>>, (E.T.: 17.11.2019).

Kamuoyunda Lanzarote Sözleşmesi olarak bilinen *Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, çocuk tanımını “on sekiz yaşından küçük herhangi bir birey” şeklinde yapmaktadır (m.3/a).

İç hukuk düzenlemelerimizde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde çocuk deyimini “henüz on sekiz yaşını doldurmamış” kişiyi ifade etmektedir (m.6/1-b). 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu BMÇHS’den ileri bir düzenleme benimseyerek çocuk tanımını “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” şeklinde genişletmiştir. (m.3/1-a). Suça sürüklenen çocuk ise “kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk” olarak tanımlanmıştır (m.3/1-a-2).

ÇKK’nın bazı maddelerinde doğrudan, 42. maddesine göreyse kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa atıf yapılmasına rağmen, CMK’da çocuk kavramına ilişkin ayrıca bir tanım yer almamaktadır.

A. Uluslararası Hukukta Çocuk

1. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Uluslararası hukukta çocuk haklarının gündeme gelme süreci ilk olarak Birinci Dünya Savaşı sonrasında Milletler Cemiyeti tarafından 1924 tarihli *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinin* kabul edilmesi ile başlamıştır. Bildirge, 20 Kasım 1959’da BM tarafından yeniden düzenlenerek bu kez *Çocuk Hakları Bildirgesi* adıyla üye devletlerce imzalanmıştır.¹³ Ancak bildirgelerin bir iyi niyet göstergesi olmaktan ileri gidememesi nedeniyle zamanla daha kapsayıcı ve bağlayıcı uluslararası belgelerin hazırlanması zorunluluğu doğmuş, uzun yıllar süren çalışmalar sonucunda 20 Kasım 1989 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme* kabul edilmiştir.¹⁴

¹³ Zerrin ŞENYİL KALE, “BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuğun Yüksek Yararı”, in. İzmir Barosu Çocuk Hakları Bülteni, 20 Kasım 2018 Özel Sayısı, s.5.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülgün MÜFTÜ, *Çocukların Hakları ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Bir Tarihçe*, Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC) Çocuk Hakları Programı ÇHS İzleme ve Raporlama, <<http://www.cocukhaklariizleme.org/bir-tarihce-cocuklarin-haklari-ve-birlesmis-milletler-cocuk-haklarina-dair-sozlesme>>, (E.T.: 17.11.2019).

Çocuklara yönelik en kapsamlı düzenlemelerin öngörüldüğü BMÇHS, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtlı¹⁵ onaylanarak 27 Ocak 1995'te Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme, Anayasanın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olup bir iç hukuk normu niteliği taşımaktadır.

Sözleşmenin önsözünde de belirtildiği üzere, çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması onun yetişkinlerden farklı olarak özel güvence ve koruma altına alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu noktada sözleşmenin çocuk kavramını nasıl yorumladığı üzerinde kısaca durulmasında yarar vardır. Sözleşmenin 1. maddesine göre, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kural olarak on sekiz yaşını doldurmamış herkes uluslararası hukuk nezdinde çocuk statüsünde değerlendirilmektedir. Taraf devletler, Sözleşme ile getirilen hakları yetkileri altındaki bütün çocuklar için ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanımak ve garantörlüğünü yapmakla yükümlüdür (m.2). Buradaki "hiçbir ayırım gözetmeksizin" ifadesi kuşkusuz SSC'leri de kapsamaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesi, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının esas alınması gerekliliğine işaret etmektedir. Gerçekten de çocuğun kolayca etki altında kalabilmesi, duygu ve davranışlarını yönlendirebilme yetisinin henüz tam olarak gelişmemesinin yarattığı özel durumu, onun devlet tarafından özel biçimde korunmasını gerektirir. Devletin temel amacı, çocuğa ilişkin her türlü eylem ve işlemlerinde öncelikli olarak çocuğun üstün yararını gözetmektir. Bu kapsamda devlet, çocuğu yalnızca mağdur olmaktan değil suç işlemekten korumakla da yükümlüdür. Bu koruma, çocuğu herhangi bir biçimde suça yöneltecek etkenlerin ortadan kaldırılmasıyla mümkündür. Ancak bu her zaman mümkün olmamakta; bireysel veya çevresel birtakım etkiler sonucunda çocuğun suça yönelmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda devletin çocuğu suç

¹⁵ Türkiye, Sözleşmenin 17, 29 ve 30. madde hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması hükümleri ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tuttuğuna dair çekince koymuştur.

işlemekten koruma noktasındaki yükümlülüğü usuli yükümlülüklerle dönüşecek; devlet suça sürüklenen çocukların da en nihayetinde bir çocuk olduğunu unutmadan, temel amacın her zaman çocuğun üstün yararının sağlanması olduğunun bilinciyle bu defa SSÇ'nin yaşına uygun muamele ve usullerle haklarının korunması, yargılama sürecini olabilecek en az hasarla atlatması, yargılama sürecinin çocuğu suç işleme fikrinden uzaklaştıracak şekilde sonlanması ve hatta süreç sonrasında çocuğun toplumsal yaşamının sekteye uğramamasını için gerekli önlemleri alacaktır. Bu noktada Sözleşmenin 37 ve 40. maddelerinin uygulanabilirliği SSÇ açısından büyük önem taşımaktadır.

Sözleşmenin 37. maddesi, suça sürüklenmiş çocuğun yargılama sonrası ceza sürecinde devletlerin uyması gereken temel kuralları hüküm altında almaktadır. Buna göre, çocukların işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulması ile on sekiz yaşından küçüklerin işledikleri suçlar nedeniyle idam cezasına veya salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası çarptırılması yasaklanmakta (m. 37/a), çocuğun özgürlüğünü kısıtlayıcı veya bağlayıcı önlemler ise ancak yasa gereği ve olabilecek en kısa süre sınırlı olmak şartıyla en son çare olarak uygulanabilecektir (m. 37/b). Şayet çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasını gerektirecek şartlar meydana gelmişse, devlet bu durumda özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutarak davranmak ve çocuğun yasal haklarını kullanabilmesini sağlamakla yükümlüdür. (m. 37/c, m. 37/d).

Öte yandan, sürecin psikolojik boyutu da suça sürüklenen çocuğun nitelikli bir korumadan yararlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten de suça sürüklenmiş bir çocuk yargılama sürecinde sanık sandalyesinde tek başınadır, sonucu bundan sonraki bütün hayatını etkileyecek bir itham altındadır ve kendini savunmak zorundadır. Çocukların yetişkinlere kıyasla ifade yeteneğinin daha zayıf olmasına “tek başına” olmanın verdiği korku buna eklendiğinde, çocuğun kendini gereği gibi savunamama ve haksız yere ceza alma riski her zaman mevcuttur.¹⁶ Bununla birlikte,

¹⁶ Türkiye’de bir ıslahevinde cinsel suçtan hükümlü 30 erkek çocuk ile yapılan görüşmelerle oluşturulmuş bir araştırmada; çocukların yargı sürecinde yeterince bilgilendirilmediği, çoğunun hastane ya da sağlık ocağına ne için götürüldüğünü bilmediği ve daha sonra cezaevi yaşantısı içerisinde süreç hakkında bilgi sahibi olduğu anlaşılmıştır. Görüşme sağlanan çocuklardan biri, soruşturma aşamasında yaşadıklarını “*Korkutucuydu. Polis, avukat, savcı, jandarma. Korktum...*” sözleriyle ifade etmiştir.

yetkili makamlarca uygulanan yargılama usulü çoğunlukla yetişkinlere yöneliktir. Bu noktada, sanık sandalyesinde tek başına bulunan ve belki de durumunun hukuki anlam ve sonuçlarını bile yeterince kavrayamamış bir çocuktan, kendini yetişkinlerin düzenine adapte ederek nitelikli bir savunmada bulunmasını beklemek mümkün değildir. Bu dezavantajı ortadan kaldırmak için Sözleşmenin 40. maddesi ile SSÇ'nin yaşı, yeniden topluma kazandırılması ve toplumda yapıcı rol üstlenmesi esasında hareket edilerek, çocuğun taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkı koruma altına alınmıştır. Devletler, SSÇ'lerle ilgili makam ve kuruluşlar ihdas edilerek iç hukukta yalnızca SSÇ'lere uygulanabilir nitelikte maddi ve usuli düzenlemeler yapmakla yükümlü tutulmuştur. Bu doğrultuda, çocuklar bakımından ceza yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırı belirlenerek bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabul edilmesi (m.40/3-a), uygun bulunduğu ve istenildiği takdirde insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi şartıyla SSÇ için adli kovuşturma olmaksızın önlemler alınması (m.40/3-b), düzenlemelerin uygulanmasında SSÇ'lerin durumları ve suçları ile orantılı biçimde ve menfaatleri gözetilerek muamele edilmesi (m.40/4) hususları garanti altına alınmıştır.

2. Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)

25 Ekim 2007 tarihinde İspanya'nın Lanzarote adasında imzaya açılan ve kamuoyunda "Lanzarote Sözleşmesi" olarak anılan Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 7 Aralık 2011 tarihinde imzalanmış ve 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Lanzarote Sözleşmesi, spesifik olarak çocukların cinsel istismardan korunmaları üzerine hazırlanmış en kapsamlı düzenlemelere sahip uluslararası belgedir.

Sözleşmeye göre taraf devletler, *cinsel istismar* başlığı altında düzenlenen ve kendi iç yasalarına göre cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel

Kovuşturma süreci ise çocuklar tarafından yine tedirginlik ve endişe verici bir süreç olarak tanımlanmıştır. Çocuklardan bazıları bu süreçteki duygularını "*Neyle suçlanıyorum bilmiyorum, kendimi kaybetmiş durumdayım... Hayatta mahkeme görmemişim. Elime kelepçe takılmış...*", "*Bir ürperti düşüyor. Korku gibi bir şey oluyor. Ailemden ayrı kalmaktan korkuyordum. Çok bağılıyım.*" sözleriyle ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel BAYKARA ACAR, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, (Ankara: Maya Akademi Yayınevi, 2011), s.156-157.

faaliyetlerde bulunma (m.18/1-a), bir çocukla zor, güç veya tehdit kullanarak veya aile içi dahil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevkii kullanarak ya da özellikle bir zihinsel veya fiziksel özürlülük veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak cinsel faaliyette bulunma (18/1-b) eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi konusunda taahhütte bulunmaktadır. Devletler ayrıca çocuk fuhuşu (m.19), çocuk pornografisi (m.20), çocukların pornografik performans gösterilerinde yer alması (m.21), çocuğun cinsel maksatlarla cinsel istismara veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasten neden olma (m.22) ve çocuğa cinsel amaçlarla belirli faaliyetlere katılmasını teklif etme (m.23) eylemlerinin de suç teşkil etmesini sağlamakla yükümlüdür.

Çalışmamızın konusu olan SSC’ler açısından Sözleşmenin en önemli noktası, 18/3. maddede yer alan “*Madde 1.a hükümlerinin, küçük yaştaki çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya bağlı cinsel eylemleri düzenleme amacı bulunmadığı*” şeklindeki düzenlemedir. Gerçekten, özellikle m.18/1-a hükmü ile yasal olarak cinsel eylemde bulunma yaşına ulaşmamış bir çocukla herhangi bir yolla cinsel eylemde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi konusunda devletlere oldukça sıkı yükümlülükler getiren Sözleşme, cinsel eylemin her iki tarafının da çocuk olması ve karşılıklı rızanın varlığı halinde eylemin Sözleşme kapsamında değerlendirilmeyeceğini vurgulamış, bir başka deyişle bu koşulların varlığı halinde eylemin suç olmasını tavsiye etmemiştir. Sözleşmenin tanıdığı bu istisna, özellikle TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen ve yıllardır çeşitli tartışmalara konu olan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu açısından önem arz etmektedir. Bu husus, çalışmamızın İkinci Bölümünde “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

3. Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları)

Çalışmamızın devamında “Pekin Kuralları” olarak ifade edeceğimiz *BM Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar*, BM Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985 tarihinde kabul edilmiştir. Pekin Kuralları ile belirlenen ölçütler, devletlerin iç hukuklarında kabul ettikleri çocuk adalet sisteminin asgari sınırlarını belirleyen yol gösterici bir tavsiye kaynak niteliğindedir. Devletler kendi iç hukuklarında asgari kurallardan daha gelişmiş olmak kaydıyla farklı düzenlemeler getirebilme imkanına sahiptir.

Pekin Kurallarında çocuk, “*mevcut hukuk sistemi içinde işleyebileceği bir suçtan dolayı kendisine büyük insanlardan farklı davranılması gereken kişi*” olarak tanımlanmıştır (m. 2.2/a).¹⁷ Kurallar, ceza sorumluluğunun alt sınırını belirleyen sistemler açısından, ceza sorumluluğu yaşının çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılarından olgunluğa eriştiği yaşın altında tutulmamasını tavsiye etmektedir (m.4.1).¹⁸

Çocuğa yönelik diğer uluslararası düzenlemelere benzer biçimde, Pekin Kurallarında da doğru yoldan saptırılmaya müsait yaşlarda olmaları göz önünde bulundurularak çocuklara suç ve kabahatlerden uzak bir yaşam sağlanması hususunda birincil sorumluluğun üye devletlere ait olduğu kabul edilmektedir. Çocuğun herhangi bir sebeple suça sürüklenmesi halindeyse devletler bu kez SSÇ’nin (Asgari Kurallarda

¹⁷ Maddede, diğer uluslararası belgelerden farklı olarak, çocuk tanımının belirli bir yaş sınırı zikredilmeden yapılmış olması dikkat çekmektedir. Bu düzenlemenin açıklaması şu şekilde yapılmıştır: “Kural 2.2, Asgari Standart Kuralların konusunu oluşturan “çocuk”, “suç” ve “çocuk suçu” kavramlarını tanımlamaktadır (bkz. kural 3 ve 4). Şu da göz önüne alınmalıdır ki, yaş sınırı her üye ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve hukuki sistemlerine dayalı olarak farklılıklar gösterecektir. Dolayısıyla, Üye Devletlerin ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel ve hukuki sistemlerine gerekli saygı gösterilmektedir. Bu durumda 7 yaşından 18 yaşına (ya da daha fazlaya) kadar olan sınırlar içinde bir çocuk tanımı getirmiştir. Çok değişik hukuk sistemleri içinde farklılık kaçınılmaz olsa bile bu durum Asgari Standart Kuralların geçerliliğini ortadan kaldırmaya nitelikte değildir.” Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. <http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_ua_kararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf>, (E.T.: 21.02.2020).

¹⁸ 4.1. maddenin açıklamasında, ceza sorumluluk yaşının belirlenmesindeki temel ölçüt “*çocuğun cezai sorumluluğunun gerektirdiği ahlaki ve psikolojik unsurlara uyumlu olarak cezai sorumluluğun psikolojik ve manevi sonuçlarını kaldırmaya hazır olup olmaması, bir başka deyişle çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutmaya yeterli olup olmaması*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu noktada, Türk Ceza Kanununun yaş küçüklüğüne ilişkin 31. madde gerekçesinde, Asgari Kurallar ile tavsiye edilen ölçüte paralel olarak, on iki yaşını tamamlamış ve fakat on beş yaşını tamamlamamış küçükler bakımından, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda uzman kişilerce hazırlanacak raporun sonucuna göre ceza sorumluluğunun tespitine geçileceği ifade edilmektedir. Bu konuda eleştireceğimiz nokta, Asgari Kuralların 3.3. maddesinde kuralların aynı zamanda genç (çocuk olmayan) suçlulara da teşmili için çaba harcanması, bir başka deyişle kuralların kapsamının genişletilmesi tavsiye edilmesine rağmen, kanun koyucunun 15-18 yaş grubu gençler için uzman raporu şartını düzenlememiş olmasıdır. Madde gerekçesinde 15-18 yaş grubu gençler ile ilgili olarak, “*normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir.*” denilerek kusur yeteneğinin azaldığı, buna bağlı olarak da indirimli cezaya tabi oldukları belirtilmiştir. Kanımızca, 15-18 yaş grubunda bulunan gençlerin eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği, isnat edilen suçun niteliğine göre değişkenlik gösterebilecek bir durumdur. Özellikle söz konusu, fiziksel ve psikolojik gelişim aşamasını henüz tamamlamamış, kendisinden bir yetişkin gibi davranması beklenemeyecek çocuk ve gençler ise, sonucu hapis cezasına kadar gidebilecek hayati bir durumun genel karinelere dayanmaktan ziyade her somut olayın niteliğine göre çocuk odaklı bir yaklaşım çerçevesinde titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Bu gerekçe ile, kanun koyucunun 12-15 yaş grubu için öngörmüş olduğu uzman raporu şartının 15-18 yaş grubu gençleri de kapsayacağı bir düzenleme yapılmasının çocuk odaklı adalet sistemi açısından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

yer alan ifadeyle “çocuk suçlunun”) haklarının korunması ve yargılama sürecinin olabildiğince az hasarla sonlandırılması konusunda her türlü önlemi almak zorundadır. Bu çerçevede, karar mercilerinin her olaya özgü doğru karar vermelerinin sağlanması amacıyla yargılamanın her aşamasında yeterli bir takdir yetkisinin tanınması (m.6.1), yetkiyi kullanacak kişilerin özel ve mesleki olarak eğitilmiş nitelikli kimseler olması (m.6.3),¹⁹ çocuğun masumiyet karinesi, suçlamanın bildirilmesi, konuşmama hakkı, avukatla temsil edilme hakkı, veli veya vasinin hazır bulunması hakkı, tanıklarla yüzleştirme ve tanıklara çapraz sorgu hakkı, daha üst makama temyiz hakkı ve temel usuli güvencelerinin koruma altına alınması (m.7.1), çocuğun afişe olması yahut damgalanması gibi zararlara yol açabilecek durumların önlenmesi ve gizliliğin sağlanması (m.8.1), çocuğun kimliğine ilişkin ayrıntıların yayımlanmasının engellenmesi (m.8.3), büyük kentlerde çocukların suçtan korunması konusunda görevlendirilen, yahut görevleri gereği çocuk suçlularla sık sık temas etmek durumunda olan özel eğitilmiş polis birimlerinin oluşturulması (m.12.1),²⁰ tutuklamaya

¹⁹ İç hukukumuzda, Asgari Standart Kurallar ölçeğindeki düzenlemeler doğrultusunda bkz. 3.7.2005 tarih ve 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu:

“Görevlilerin eğitimi

Madde 32

(1) Mahkemelerde görevlendirilecek hâkimler ve Cumhuriyet savcılar ile sosyal çalışma görevlilerine ve denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğünde görevli denetim görevlilerine, adaylık dönemlerinde Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslara uygun çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim verilir.

(2) Mahkemelere görevlendirilenlerin, görevleri süresince, alanlarında uzmanlaşmalarını sağlama ve kendilerini geliştirmelerine yönelik hizmet içi eğitim almaları sağlanır.

(3) Hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimin usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.”

“Hâkimlerin atanmaları

Madde 28

(1) Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcılar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır.

(2) Atamalarda istekli olanlarla daha önce bu görevlerde bulunmuş olanlara öncelik tanınır.

(3) Herhangi bir nedenle görevine gelemeyen hâkimin yerine bu hâkim görevine başlayıncaya veya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yetkilendirme yapıncaya kadar o yerdeki hâkimlerden hangisinin bakacağı, birinci fıkrada aranan nitelikler de gözetilerek adli yargı adalet komisyonu başkanınca belirlenir.”

“Cumhuriyet savcılığı çocuk bürosu

Madde 29

(1) Cumhuriyet başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulur. Cumhuriyet başsavcısınınca 28’inci maddenin birinci fıkrasında öngörülen nitelikleri haiz olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı, bu büroda görevlendirilir.”

²⁰ İç hukukumuzda, Asgari Standart Kurallar ölçeğindeki düzenlemeler doğrultusunda bkz. 3.7.2005 tarih ve 5395 s. ÇKK:

alternatif tedbirlerin öncelikli uygulanması²¹ ve tutuklu yargılamanın son çare olarak olabilecek en kısa süre için uygulanması, tutuklu yargılanma halinde çocuğun yetişkin hükümlülerden ayrı tutulması (m.13), yargılamanın çocuğun çıkarlarına en iyi hizmet eden ve kendini ifade edebilmesine imkan veren koşullarda yapılması (m.14.2), çocuğa yasal danışman veya vasi aracılığı ile temsil ya da adli yardımdan yararlanma imkanının tanınması (m.15), önemsiz ve tali derecedeki suçlar dışındaki bütün vakalarda çocuğun suçu işlemeden önceki yaşam koşulları ve suçun hangi ortam içinde işlendiği konusunda yargılama makamlarınca hükümden önce yeterli sosyal araştırma yapılması (m.16),²² ceza hükmünün açıklanması halinde cezanın oranlılığının

*“Kolluğun Çocuk Birimi
Madde 31*

(1) Çocuklarla ilgili kolluk görevi, öncelikle kolluğun çocuk birimleri tarafından yerine getirilir.

(2) Kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başlandığında durumu, çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye, baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmî bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirir. Ancak, çocuğu suça azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmez.

(3) Çocuk, kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkân sağlanır.

(4) Kolluğun çocuk birimlerindeki personeline, kendi kurumları tarafından çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi, çocuk gelişimi ve psikolojisi, sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilir.

(5) Çocuğun korunma ihtiyacı içinde bulunduğu bildirimi ya da tespiti veya hakkında acil korunma kararı almak için beklemenin, çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı hâlinde kolluğun çocuk birimi, durumun gerektirdiği önlemleri almak suretiyle çocuğun güvenliğini sağlar ve mümkün olan en kısa sürede Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna teslim eder.”

²¹ İç hukukumuzda, Asgari Standart Kurallar ölçeğindeki düzenlemeler doğrultusunda bkz. 3.7.2005 tarih ve 5395 s. ÇKK:

“Adli kontrol

Madde 20

(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

- a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak,*
- b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek,*
- c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.*

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir.”

²² İç hukukumuzda, Asgari Standart Kurallar ölçeğindeki düzenlemeler doğrultusunda bkz. 3.7.2005 tarih ve 5395 s. ÇKK:

“Sosyal inceleme

Madde 35

(1) Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.

(2) Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir.

gözetilmesi, çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması veya özgürlüğünden yoksun bırakılmasının çok dikkatli bir incelemeden sonra ve ancak son çare olması şartıyla uygulanması (m.17), dava sonucu çocuğa verilebilecek alternatif yaptırımlar düzenlenmesi (m.18), SSÇ'ler ile ilgili kayıtların üçüncü kişilerin bilgisine kapalı olacak şekilde gizli tutulması (m.21) gibi düzenlemelerle çocuk odaklı bir adalet sisteminin asgari sınırları belirlenmesi amaçlanmıştır. SSÇ'nin bir kuruma yerleştirilmesi halinde, kurumun cezalandırma amacından ziyade çocuğun ıslahı ve yapıcı biçimde eğitilip iyileştirilerek çocuğu topluma kazandırıcı niteliği ön planda olmalıdır (m.26). Bununla birlikte, çocuğun esenliği ve sağlıklı bir şekilde topluma kazandırılabilmesi için yetişkin hükümlülerden ayrı tutulması gerekliliği Pekin Kurallarıyla da vurgulanmıştır.

4. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları)

Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin BM Kuralları, insan hakları ve temel özgürlükler çerçevesinde bütün tutma türlerinin zararlı sonuçlarını bertaraf etmek, çocuğun toplumla bütünleşmesini kolaylaştırmak ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların korunması için asgari standartlar oluşturmak amacıyla yol gösterici bir kaynak olarak 14 Aralık 1990'te BM Genel Kurulunun 45/113 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Çalışmamızda "Havana Kuralları" olarak bahsedeceğimiz bu kurallar yetkili makamların kararıyla tutulmak, hapsedilmek veya kendi iradesiyle çıkamadığı resmi veya özel bir nezaret yerine konulmak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların güçsüz ve savunmasız konumları neticesinde istismara, zararlı davranışlara ve hak ihlallerine daha açık olduklarının altını çizerek, bu çocukların yetişkinlerden ayrı bir muameleye tabi tutulması gerekliliğini vurgulamış; özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre boyunca ve sonrasında haklarının güvence altına alınması amacıyla çocuğun üstün yararı ilkesi ışığında bir dizi asgari standart öngörmüştür.

(3) *Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir.*"

Havana Kurallarının 11/a maddesine göre, on sekiz yaşın altındaki herkes çocuk sayılmıştır.²³ Temel ilke, incelediğimiz diğer uluslararası belgelere benzer şekilde çocuğun üstün yararının gözetilmesi ve korunmasıdır. İyi bir çocuk adalet sisteminde amaç, çocuğu cezalandırmaktan önce menfaat ve esenliği doğrultusunda fiziksel ve ruhsal sağlıklarına destek olarak onların hak ve güvenliklerini korumak, iyileştirici programlar ile suçtan uzaklaştırmak olmalıdır. Bu doğrultuda, bir çocuğun hapsedilmesi ancak istisnai ve zorunlu hallerde, asgari süreyle ve uluslararası ilke ve usuller çerçevesinde uygulanmak şartıyla başvurulabilecek en son tedbirdir (m.2). Gerçekten, özgürlükten yoksun kılmak suretiyle cezalandırma ilk bakışta çocuğu suçtan ve suç ortamından uzaklaştırıyor gibi görünse de uzun vadede çocuğun toplumsal anlamda dışlanmış hissetmesine, belki tekrar suça yönelmesine zemin hazırlayarak menfaatine ciddi anlamda zarar vermektedir.

Çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının zorunlu olduğu haller söz konusu olduğunda ise çocuk, üstün yararı dikkate alınarak insani haklarına saygı gösterilen bir ortamda ve yetişkinlerden ayrı olarak tutulmalıdır. Bu durum karşısında ulusal yargı makamlarınca kullanılan dili iyi bilmeyen çocuklar için çevirmen yardımından ücretsiz yararlanma imkanının sağlanması (m.6), avukatlık hizmetlerinden yararlanma ve avukatlarıyla mahremiyeti ve gizliliği korunarak düzenli olarak irtibat kurabilme (m.18/a), isteği halinde ücret alabileceği bir işte çalışma, eğitim ve öğretimine devam etme imkanları sağlama (m.18/b), adalet sisteminin gereklerine aykırı düşmeyecek şekilde dinlenmeleri ve eğlenmeleri için gerekli araçları edinebilme ve kullanabilme (m.18/c), günlük boş zaman faaliyetlerinde bulunabilmek için ek bir zamana sahip olma (m.47), dini ve ruhsal yaşamının ihtiyaçlarını karşılayabilme (m.48), önleyici ve tedavi edici nitelikte yeterli sağlık hizmetlerinden yararlanma (m.49), dış dünya ile yeterli iletişim kurma (m.59), sık sık ve düzenli bir biçimde ailesi ve savunma avukatı tarafından ziyaret edilme (m.60), istediği bir kimse ile yazılı olarak veya telefon vasıtasıyla iletişim kurma,

²³ Maddenin devamında, çocuklar için özgürlüğünden yoksun bırakma kararı verilmeyecek daha düşük bir yaş sınırının kanunla tespit edileceği belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemenin iç hukukumuzdaki yansıması olarak, TCK'nın yaş küçüklüğüne ilişkin 31. maddesi gereğince fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılması mümkün olmayıp yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine başvurulması mümkün kılınmıştır. TCK'nın 56. madde atfıyla, ÇKK m.5'te düzenlenen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri arasında özgürlükten yoksun bırakma bulunmamaktadır. Benzer doğrultuda ÇKK m.21'de yer alan bir diğer hüküm ise tutuklama yasağıdır. Maddeye göre, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezası gerektiren fiillerden dolayı on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında tutuklama kararı verilememektedir.

kendisine gönderilen mektupları alma (m.61), talep veya şikayetlerini, esasa ilişkin sansüre tabi tutulmadan yetkili makamlara gönderme ve bu talep veya şikayetlerine verilen cevap hakkında geciktirmeden bilgilendirilmesi (m.76) gibi hakların sağlanması gerekliliğine işaret edilmektedir. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış çocuğun salıverildikten sonra toplum içine dönüşünü kolaylaştırmak için, toplumsal yaşama uyum programlarından yararlanması sağlanmalıdır.

5. Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)

Kısaca “Riyad İlkeleri” olarak ifade edeceğimiz *Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Yönlendirici İlkeler*, BM Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1990 tarih ve 45/112 sayılı kararla kabul edilmiştir.

İncelediğimiz diğer uluslararası ilkelerin ortak noktası, suça sürüklenmiş veya bir suç isnadıyla soruşturma ve/veya kovuşturma süreci geçirmiş çocuğun; yargı ve infaz süreci boyunca yüksek yararına uygun şekilde muamele görme hakkına vurgu yapmalarıdır. Riyad İlkeleri söz konusu belgelerden farklı olarak çocuğun suça sürüklenmesinden önceki sürece odaklanmakta, çocuk suçluluğuna çözümü sorunun kökeninde aramaktadır. Bir başka deyişle diğer uluslararası belgeler devletin usuli yükümlülüğü noktasından SSC’nin çocuk adalet sistemindeki yerine vurgu yapmış, Riyad İlkelerinde ise devletin çocuğu suçtan uzaklaştırma, diğer bir deyişle “önleme yükümlülüğü” öne çıkarılmıştır. Amaç, çocuğun suç işledikten sonra cezalandırılması değil, henüz suç işlemeyen önceki süreçte alternatif uygulamalarla suça yönelmekten alıkonulmasıdır. Bu anlayıştan hareketle, üye devletlere, çocuğa toplum içinde aktif bir rol verilerek yararlı etkinliklere yönlendirilmesi (m.1), sosyalleşme ve bütünleşme süreçlerinin sağlanması (m.10), çocuğun toplumsallaştığı ilk birim olan ailelerin korunmasına ilişkin önlemler alınması (m.11-19), tüm çocuk ve gençlerin resmi eğitime dahil edilmesinin sağlanması (m.20-31), “sosyal tehlike” durumundaki çocuklar için destek imkanları sağlanması, kolay ulaşılabilecek geniş yelpazeli dinlendirici ve eğitici hizmetler sunulması, çocuk suçluluğunu önleyici bilimsel araştırmalara dayalı programlar oluşturulması gibi suç kanallarını tıkayıcı uygulamaların arttırılması ile ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde araştırma, politika geliştirme ve iş birliği çalışmaları gerçekleştirilmesi öngörülmektedir.

Böylelikle ilkelerin sadece kağıt üzerinde kalmadan hayata geçirilmesi ve geniş bir perspektifle geliştirilmesi amaçlanmıştır.

Öte yandan, ortaya konulan bu ilkeler SSÇ'ler açısından çocuk adalet sistemine de yol gösterici bir kaynaktır. Gerçekten, Riyad ilkeleriyle ortaya konulan birincil amaç çocukların ve gençlerin suçtan alıkonulması ise ikincil amaç da bu kişilerin tekrar suç işlemesinin önüne geçilmesidir. Suç tekrarının önlenmesi yine söz konusu ilkeler doğrultusunda çocuk ve gençleri suça yöneltebilecek ortam ve koşulların bertaraf edilmesi ile mümkündür. Bu kapsamda, üye devletlere tüm gençlerin haklarını ve esenliklerini geliştirip korunması çerçevesinde gençlerin kötü muamele ve istismara maruz kalmalarını ve suç işlemede kullanılmalarını yasaklayacak yasal düzenlemeler kabul ederek hayata geçirmesi (m.53), çocuk ve gençlerin sert ve aşağılayıcı ceza ve ıslah tedbirlerinden korunması (m.54), yetişkinler tarafından gerçekleştirilmesi suç olmayan bazı eylemlerin çocuk ve gençler için de suç sayılmaması (m.56), çocuk ve gençlerin hak ve yararlarının korunmasının sağlanması ve bu konuda denetimin sağlanması (m.57), çocuk suçluluğunun önlenmesi ve çocuk yargısının geliştirilmesi (m.61,62) konusunda ortak çaba sarf etmeleri tavsiye edilmektedir.

B. İç Hukukumuzdaki Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Çocuk

1. 1982 Anayasası

Çocuklara ilişkin düzenlemeler, Anayasamızın muhtelif maddelerinde farklı kenar başlıkları altında yer almaktadır. Bununla birlikte, “herkes” ve “hiç kimse” olarak düzenlenen hükümlerin çocukları da kapsadığı açıktır. Ancak ne yazık ki, Anayasamızda çocuk hakları bağımsız bir bölüm olarak yer almamaktadır.²⁴

²⁴ Anayasamızda 07.05.2010 tarihinden önce “*Ailenin korunması*” kenar başlığı ile ifade edilen 41. madde, 07.05.2010 tarih ve 5982 s. Kanunun 4. maddesi ile “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” olarak değiştirilmiştir. Ancak, çocuk nüfusunun ülkemizin toplam nüfusuna oranı düşünüldüğünde, yapılan bu değişikliğin özellikle suça sürüklenen çocukların korunması açısından yeterli olmadığı ve düşüncesindeyiz. Kanaatimizce, bir önceki başlıkta değindiğimiz Riyad İlkeleri ve çocuklara ilişkin diğer uluslararası belgeler dikkate alındığında, Anayasamızda yer alan çocuk konulu düzenlemelerin “Çocuk Hakları” başlıklı ayrı bir bölüm halinde detaylandırılması, çocuk adalet sistemine ve suça sürüklenen çocuklara ilişkin ilke ve usullere ayrıca değinilmesi yerinde olacaktır. Zira TÜİK’in 2018 verilerine göre, 0-17 yaş grubundaki çocuklar Türkiye nüfusunun yaklaşık %28’ini oluşturmaktadır <<https://biruni.tuik.gov.tr/medas/?kn=206&locale=tr>>, (E.T.: 04.03.2020); Benzer yönde öneri ve eleştiriler için bkz. Zafer GÖREN, “*Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi*”, İTÜSBD, C:11, S:22, (2012/2), s.93; Aydın İPEK, *Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açidan Değerlendirilmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:20, S:1, (Y:2012), s.169.

1982 Anayasasında “çocuk” konulu az sayıdaki düzenlemenin ilki, “*kanun önünde eşitlik*” kenar başlıklı 10. maddenin 3.fıkrasında yer almaktadır. 10/1. madde, herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu belirttiikten sonra, 10/3. maddesi ile çocuklar ile maddede belirtilen diğer gruplar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hükme bağlanmıştır.²⁵

“*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” kenar başlıklı 41. maddede ise her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilerek (m.41/2) devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin alınmasından sorumlu tutulmuştur (m.41/3). Yine, “*sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*” kenar başlıklı 61. madde ile, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri almak devletin görevleri arasında sayılmıştır.

Suçta sürüklenen çocuklar özelinde bakıldığında Anayasanın göze çarpan tek hükmü, 141/2. maddesinde yer alan “*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*” biçimindeki düzenlemedir. Söz konusu hüküm BMÇHS’nin 40/3. maddesi doğrultusunda, SSÇ’nin yüksek yararı ve menfaati gereği yetişkinlerden ayrı ve kendi statülerine özgü usul ve esaslar çerçevesinde yargılanma hakkının Anayasal düzlemdeki yansımasıdır.

²⁵ “*Kanun önünde eşitlik*” kenar başlıklı 10. maddenin (09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla değiştirilmiş) bir önceki hali;

“*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

şeklinde idi. 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunun 1. maddesi ile yapılan değişiklikle, 10. maddenin 2. fıkrasının sonuna “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” cümlesi ve aynı maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” hükmü eklenmiştir. Teklifin madde gerekçesinde, özel surette korunması gereken kesimler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı, devletin tüm toplum kesimleri arasında bir yandan eşitliği sağlamaya, diğer yandan da korunması gerekenleri korumaya yönelik özel tedbirler alabilmesi amacıyla yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Böylelikle, çocukların korunmaya muhtaç özel konumu Anayasa koyucu tarafından dikkate alınmış, özellikle suça sürüklenen çocuklar açısından yetişkinlerden farklı bir adalet sisteminin uygulanmasını öngören ve uluslararası belgelerle kabul edilmiş “çocuğun üstün yararının korunması” ilkesine şekli anlamda Anayasal bir zemin kazandırılmıştır.

Açıklamalarımıza ek olarak, Anayasanın farklı maddeleriyle koruma altına alınmış olan işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza ve muamele yasağı (m.17/3), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), özel hayata ve aile hayatına saygı (m.20), hak arama özgürlüğü (m.36), kanuni hakim güvencesi (m.37), temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını talep etme hakkı (m.40), eğitim öğrenim görme (m.41), sağlık hizmetlerinden yararlanma (m.56) gibi genele hitap eden hakların suça sürüklenen çocukları da kapsadığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

2. Türk Ceza Kanunu

TCK'nın "*Tanımlar*" kenar başlıklı 6/1-b maddesinde, ceza kanunlarının uygulanmasında çocuk deyiminden "*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" anlaşılabacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu, çocuk tanımını BMÇHS hükümlerine uygun ve bizce de isabetli olarak, yaş haricinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutmamıştır. Bununla birlikte, çocuğun TMK hükümleri uyarınca evlenme yahut mahkeme kararı ile daha erken yaşta ergin kılınması halinde, TCK uygulamasında çocuk sayılıp sayılmayacağı hususu zaman zaman tartışmalara neden olmaktadır. Ancak bu konuya değinmeden önce, esasları TMK ile düzenlenmiş *erginlik*, *ayırt etme gücü* ve *fiil ehliyeti* kavramları ile TCK'daki *kusur yeteneği* ve *ceza sorumluluğu* kavramı arasındaki bağlantıya kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

Erginlik, kural olarak kanunun belirlediği yaş sınırının aşılması ile kazanılır; Türk hukukunda bu sınır TMK'nın 11. madde hükmü gereği kural olarak on sekizdir. Bununla birlikte, evlenme (TMK m.11/2) veya on beş yaşını dolduran küçüğün kendi isteği ve velisinin rızası doğrultusunda mahkeme kararı ile (TMK m.12) on sekiz yaşından önce de ergin kılınması mümkündür. Evlenme ehliyeti kural olarak on yedi yaşın doldurulması ile kazanılmakla birlikte, hakim kararıyla olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş kişinin evlenmesine izin verilebilmektedir (TMK m.124). Özetle, TMK'nın erginlik ile ilgili düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kişinin gerekli şartları sağlaması halinde medeni hukuk çerçevesinde en erken "on beş yaşın doldurulması" ile erginliğini kazanabileceği sonucuna varılmaktadır.

TMK m.13'te düzenlenen ayırt etme gücü *yaş küçüklüğü* veya *akıl hastalığı*, *akıl zayıflığı*, *sarhoşluk* ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmama durumu olarak anlaşılmalıdır. TMK m.14'e

göre ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Nitekim TMK m.15 ile de ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukukî sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir.

TMK'nın 10. maddesi uyarınca erginliğini elde etmiş, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her kişi fiil ehliyetini haizdir. Medeni hukuk düzleminde fiil ehliyeti, kişinin kendi işlemleri ile haklara ve borçlara sahip olabilmesi,²⁶ başka bir deyişle “eylemlerinin hukuki sorumluluğunu üstlenebilme yeteneğini kazanması” anlamına gelmektedir.

Ceza sorumluluğunun esasını ise suç teşkil eden bir fiilin kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi, yani *kast* oluşturur. Nitekim TCK m.21/1, suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğunu açıkça düzenlemektedir. Başka bir ifade ile suçun oluşması kastın varlığına, kast ise kişinin eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayarak davranışlarını yönlendirebilmesine, yani *kusur yeteneğine* bağlıdır²⁷. Kusur yeteneği bulunmayan bir kimse için suçtan bahsedebilmek mümkün değildir zira bu durumda her suçta zorunlu olarak bulunması gereken manevi unsur gerçekleşmemektedir.²⁸ Ceza hukukunda kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin haksızlık içeriğini algılayabilmesi ve davranışlarını yönlendirme

²⁶ Zafer ZEYTİN-Ömer ERGÜN, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s.81.

²⁷ Belirtelim ki, kastın bir kusurluluk türü mü olduğu yoksa haksızlık kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği konusu öğretide tartışmalıdır. Klasik teoride kusur ve kast aynı anlamda kullanılmakta ve kast bir kusurluluk türü olarak ele alınmaktadır. Türk Ceza Kanununda bugün benimsenen anlayış ise kastın bir kusurluluk değil haksızlık türü olduğu yönündedir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve farklı görüşler için bkz. İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.244 vd.; Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.217; Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.150-151; ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.239-240. Yazarlara göre kastın çifte işlevi vardır, buna göre kast bir taraftan tipikliğin sübjektif bir unsuru diğer taraftan ise bir kusurluluk türüdür; Berrin AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.394. Yazar kast ve taksirin yalnızca haksızlığın gerçekleşme türü olduğu ve bir kusurluluk türü olmadığı görüşüne katılmakla beraber haksızlığın tüm unsurlarının dolaylı biçimde kusurun belirlenmesinde de etkili olması nedeniyle kast ve taksir ile kusurun birbirinden tamamen soyutlanabilmesinin söz konusu olmadığı düşüncesindedir;

²⁸ Bahri ÖZTÜRK-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SİRMA GEZER-Yasemin F. SAYGILAR KIRIT-Esra ALAN AKCAN-Özdem ÖZAYDIN-Efser ERDEN TÜTÜNCÜ-Derya ALTINOK VILLEMIN-Mehmet Can TOK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. Bahri ÖZTÜRK, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.827.

iradesine sahip olmasını²⁹ ifade eder ki bu yetiler medeni hukuktaki ayırt etme gücünün ceza hukuku düzlemindeki karşılığıdır. Bununla birlikte yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK m.33), geçici nedenler ya da alkol veya uyuşturucu etkisinde olma (TCK m.34) gibi failin şahsında ortaya çıkan bazı nedenler söz konusu yetilerin oluşmasına veya gelişmesine engel olabilmektedir. TMK’da ayırt etme gücünü etkilediği kabul edilen bu nedenlerin TCK’da da kusur yeteneğini etkileyeceği kabul edilmiştir.

Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği, kusur yeteneği –varlığı oranında– ceza sorumluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu noktada, TCK’nın 31. maddesinde ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerden biri olarak düzenlenen yaş küçüklüğü üzerinde özellikle durmak istiyoruz.

Suçun oluşumundaki temel öge olan kastın “bilme ve isteme” unsuru, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunması ve davranışları yönlendirebilme iradesi ile tamamlanır. Halbuki yaşı küçük kimseler, yetişkin insanlar gibi doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan, iyiyi kötünden ayırt edebilme yeteneğine sahip değildir.³⁰ Fiziksel, ruhsal ve algısal gelişim süreci devam eden çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği de yaşıyla bağlantılı olarak geliştiğinden, belli bir yaşa gelene kadar suç işleme iradesiyle hareket ettiğini kabul etmek mümkün değildir.³¹ Şu halde ceza hukuku kapsamında yaş küçüklüğünün çocuğun kusur yeteneğini ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu önemli ölçüde etkileyen bir durum oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu özel durumu nazara alan kanun koyucu, söz konusu yetilerin kazanılması ile çocuğun suçun işlendiği andaki yaşı arasındaki bağlantıyı “yaş grubu oranında sorumluluk” anlayışıyla düzenlemiştir. Bu kapsamda TCK’da çocuklar bakımından ceza sorumluluğu, 0-12, 12-15 ve 15-18 şeklinde oluşturulmuş üç ayrı yaş grubu için, her yaş grubu bakımından ayrı ölçütlerin varlığına göre belirlenmektedir. Düzenlemeye paralel olarak, 12 yaşına kadar olanlar “çocuk”, 12 yaşını tamamlamış ancak 15 yaşını

²⁹ Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.311; İzzet ÖZGENÇ-İlhan ÜZÜLMEZ, *Ceza Genel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.84 vd.

³⁰ Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.317.

³¹ Oktay ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2012), s.100.

tamamlamamış olanlar “küçük” ve son olarak 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış olanlar ise “genç” olarak adlandırılmalıdır.³²

Düzenleme çerçevesinde, fiilin işlendiği tarihte on iki yaşını doldurmamış (0-12 yaş grubu) çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Kanun koyucu, on iki yaşına kadar olan çocukların, gelişim düzeylerinden bağımsız olarak, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin yeterli düzeyde gelişmediğini mutlak karine olarak kabul etmiştir.³³ Kusur yeteneğiyle bağlantılı olarak ceza sorumluluğu da bulunmayan bu çocuklar hakkında ceza kovuşturulması yapılması mümkün olmayıp yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Suç fiilini işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış küçüklerin dahil olduğu 12-15 yaş grubu bakımından ceza sorumluluğunun varlığı, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, çocuğun gösterdiği zeka gelişimi ve ruhsal derecesi ile etkisi altında bulunduğu sosyokültürel ortam, işlenen suçun niteliği ile bir bütün halinde değerlendirilerek küçüğün suç konusu eylem bakımından ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.³⁴

³² ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.318.

³³ ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 318; TCK'nin 31. madde gerekçesinde bu kabulün nedeni şöyle açıklanmaktadır: “Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir. Suç oluşturan fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını bitirmemiş olan çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını bitirmemiş olması, çocuk açısından kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. İzlenen suç ve ceza politikasının gereği olarak, bu gruba giren yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olmadığı normatif olarak kabul edilmiştir. Çünkü, bu çocuklar hakkında ceza yaptırımının uygulanması, cezanın özel önleme ve yeniden topluma kazandırma işlevi bakımından tamamen ters etki gösterecektir. Hatta, bu çocuklarla ilgili olarak ceza kovuşturmasına ilişkin işlemlerin yapılması, psikolojik gelişimleri üzerinde olumsuz etkiler meydana getirebilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna sürüklenmiş olan bu çocuklarla ilgili olarak, sadece koruyucu ve eğitici nitelikte olan güvenlik tedbirlerine başvurulabilir(...)”

³⁴ ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.318; “(...) Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 20/2. maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1. maddesi uyarınca; fiil işlendiği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, zorunlu olduğu halde sosyal inceleme raporu alırdırılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş...” Yar. 17. CD, 2019/11147 E. – 2019/15250 K., K.T: 03.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 17.02.2020); “Suça sürüklenen çocuğun

Yapılan değerlendirme sonucunda, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabildiği veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin yeterince geliştiği kanısına varılırsa küçüğün ceza sorumluluğu bulunmaktadır; ancak hükmolunan cezalar indirim yapılarak uygulanır. Değerlendirme sonucunun negatif olması halinde ise küçüğün 0-12 yaş grubundakilere benzer biçimde cezai sorumluluğu yoktur; ancak hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.³⁵

Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış üçüncü grup gençler bakımından ise, 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 hükmolunacağı, diğer cezaların üçte birinin indirileceği ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezasının on iki yıldan fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır.³⁶

nüfus kayıtlarının incelenmesinde; 02/01/2015 tarihinde 06/03/1999 olan doğum tarihinin 06/03/1997 olarak düzeltilindiği, soruşturma aşamasında suça sürüklenen çocuğun 12-15 yaş aralığında olduğu kabul edilerek hakkında alınan 25/11/2014 tarihli farik mümeyyiz raporunda; 'Hafif düzeyde mental retardasyon bulunması sebebiyle hırsızlığa teşebbüs ve konut dokunulmazlığının ihlali fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ancak zeka geriliğinin davranışlarını yönlendirme yeteneğini olumsuz yönde etkilebileceği' yönünde Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanı doktordan rapor alındığı anlaşılmakla; suça sürüklenen çocuğun işlediği iddia olunan hırsızlığa teşebbüs ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları bakımından, 5237 sayılı TCK'nin 32. maddesi gereğince suçları işlediği tarihte akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırarak veya önemli ölçüde azaltacak şekilde akıl hastalığının ve ceza ehliyetinin bulunup bulunmadığına dair rapor alınmasında zorunluluk bulunması..." Yar. 17. CD, 2019/11039 E. – 2019/11987 K., K.T.: 08.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 17.02.2020).

³⁵ TCK'nin yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddesinin gerekçesinde bu durum şöyle açıklanmaktadır: " (...) Çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan on iki yaşını doldurmuş ve fakat henüz on beş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada on iki yaşını bitirmiş olup da henüz on beş yaşını bitirmemiş olan kişilerin, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir. Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır. Kusur yeteneği bulunmayan yaş küçüğü hakkında ceza tertibine yer olmadığına karar verilir. Ancak, bu kişiler hakkında koruyucu, eğitici ve yeniden topluma kazandırıcı nitelikte güvenlik tedbirlerine hükmedilir. Çocuk hâkimi, işlediği suç açısından ceza sorumluluğunun olduğunu kabul ettiği yaş küçüğü hakkında ise kural olarak indirilmiş cezaya hükmedecektir (...)"

³⁶ Bu durum madde gerekçesinde "(...)Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ve fakat henüz on sekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir." şeklinde

Özetle yaş küçüklüğü TCK’da ceza sorumluluğunu kademeli olarak etkileyen bir unsur olarak düzenlenmiştir. 31. madde hükümleri uyarınca 0-12 yaş grubuna giren çocuklar bakımından ceza sorumluluğu söz konusu değilken, 12-15 yaş ara grubu için özellikli bir durum öngörülmüştür. Haklarında ceza hükmü verilebilecek 12-15 yaş grubu çocuklar ile 15-18 yaş grubuna giren çocuklar için tayin edilebilecek cezalar ise suçun kanunla belirlenmiş asıl ceza miktarından çocuğun yaşıyla orantılı biçimde indirim yapılarak uygulanmaktadır.

TMK hükümleri uyarınca on sekiz yaşını doldurmadan evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınanların TCK kapsamında çocuk sayılıp sayılamayacağı konusundaki görüşümüz, TCK’daki yaş esaslı çocuk tanımından hareketle on sekiz yaşını doldurmadığı halde herhangi bir biçimde ergin kılınmış kişilerin de bu kanun kapsamında çocuk statülerinin devam ettiği yönündedir. Kanaatimizce, medeni hukuk alanındaki *erginlik* kavramı ile ceza hukukundaki *ceza sorumluluğu* kavramları gerek nitelik gerekse kendilerine bağlanan hukuki sonuçlar itibarıyla farklılık arz etmektedir. Medeni hukukta erginlik ayırt etme gücünün bir unsurudur, buna karşılık ceza hukukunda ergin olmak kusur yeteneğinin ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun zorunlu bir unsuru değildir. Öte yandan erginlik, çoğu zaman kusur yeteneği ve ceza sorumluluğunun varlığına adeta karineymiş gibi bir izlenim veriyorsa da bu iki kavram birbirini her zaman tamamlamamaktadır. Çocuk medeni hukuk anlamında on sekiz yaşından evvel ergin kılınabilmek için hukuki işlem ehliyeti bakımından yeterli ayırt etme gücüne sahip olsa dahi, ceza kanunları bakımından eylemin hukuki anlam ve sonucunu kavrayacak ve davranışlarını yönlendirebilecek yeterliliğe –kusur yeteneğine– sahip olmaması mümkündür. İkinci olarak, on sekiz yaşını doldurmadan ergin kılınmış kişi, medeni hukuk kapsamında çocuklara ilişkin hükümlerin uygulama alanından çıkmış ve “ergin” statüsü kazanarak yetişkinlere uygulanan kurallara tabi olmaya başlamıştır. Halbuki, ceza yasaları çerçevesinden bakıldığında, TCK ve çocukla ilgili sair mevzuatın çocuk tanımında “on sekiz yaşın doldurulması” koşulunu esas aldığı görülmektedir. Hatta, bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz Çocuk Koruma Kanununda çocuk deyiminden, bizce de gayet isabetli olarak, “*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” anlaşılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu ÇKK düzenlemesi, BMÇHS’nin öngördüğü çocuk tanımından dahi daha ileri

açıklanmaktadır, bkz. Hasan GERÇEKER, “Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I”, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.398.

ve çocuğun –özellikle de SSÇ’lerin– lehine bir düzenlemedir; ek olarak BMÇHS’nin 41. maddesi, taraf devletlerin çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan yasa hükümlerinin uygulanmasına cevaz vermektedir.

Şu halde, TCK açısından da ÇKK’daki düzenlemeye benzer bir anlayışla, kişinin herhangi bir sebeple daha erken yaşta ergin kılınmış olsa bile her halükarda on sekiz yaşından küçük olduğu göz önünde bulundurularak ceza hukuku çerçevesinde hala çocuk statüsünde olduğu ve çocuklara uygulanan hükümlerden faydalanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi yorumun, çocuğun üstün yararı bakımından geri dönülemez zararlar doğuracağı ve ceza adalet dengesinde çocuğun menfaatinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği görüşündeyiz.³⁷

3. Çocuk Koruma Kanunu

BMÇHS’nin 40/3. madde hükmüne paralel olarak, iç hukukumuzda korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kabul edilmiştir.

ÇKK’nın 3/1-a maddesinde “*daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” çocuk olarak kabul edilmiştir. Bir önceki başlıkta ayrıntılı biçimde açıkladığımız üzere, söz konusu tanım uyarınca on sekiz yaşını tamamlamadan evvel evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınanlar da bu kanun kapsamında çocuk statüsünde sayılacak ve çocuk yargılamasına ilişkin hükümlerden faydalanacaktır. Kanun koyucunun, *daha erken yaşta ergin olsa bile* ifadesi ile on sekiz yaşını tamamlamadan evvel evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınanları da çocuk kapsamında değerlendirdiğini açıkça ifade etmesi kanımızca isabetli bir tercih olmuştur. Tanımın erginlik kavramından ziyade yaş esaslı yaklaşımla belirlenerek tartışmaya kapalı biçimde geniş tutulmasının, BMÇHS’nin temel ilke olarak kabul ettiği “çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi” ile ÇKK’nın ismiyle müsemma amacına uygun bir yaklaşım olduğu düşüncesindeyiz.

³⁷ Çocuğun iradesinin henüz pekişmemesi, duygu ve davranışlarının dışavurumunu kontrol etmekte zorlanması, irade ve deneyim eksikliği ve bazen merak duygusu gibi saiklerle kimi zaman davranışının suç olduğunu dahil bilmeden suça yönelebileceği göz önüne alındığında, çocuk ceza adalet sisteminin yetişkinlerden farklı olması gerektiği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.18 vd.

ÇKK’da çocuk deyimi, iki grubu içerecek biçimde düzenlenmiştir. Buna göre bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar *korunma ihtiyacı olan çocuk* (ÇKK m.3/1-a,1); kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuklar ise *suça sürüklenen çocuk* (ÇKK m.3/1-a,2) olarak tanımlanmıştır.

Çalışmamızın konusu gereği, bu başlıkta kanunun SSÇ ile ilgili düzenlemeleri ele alınacaktır. Kanun koyucunun “suça sürüklenen çocuk” ve “korunma ihtiyacı olan çocuk” şeklindeki adlandırma tercihi sistematik açıdan doğru olmakla beraber, kanaatimizce çocuğun *korunma hakkı* ve *üstün yararı* ilkesi doğrultusunda her SSÇ’nin aynı zamanda bir “korunma ihtiyacı olan çocuk” olarak görülmesi gerektiğini ifade edelim. Zira çocuklar kolay kandırılabilmelelerinin yanı sıra özellikle ceza ehliyetlerindeki özel durumlar nedeniyle suç çeteleri veya aileleri tarafından sıklıkla kullanılabilir. ³⁸ Nitekim, BMÇHS’nin, taraf devletlere çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlama konusunda tüm yasal ve idari önlemleri alma yükümlülüğü getiren 3. maddesi uyarınca bu koruma, çocuğu suç mağduru olmak kadar suça yönelmekten korumayı da içerir. Bu doğrultuda, çocuk adalet sistemindeki öncelikli amaç çocuğun içinde bulunduğu ortamdan çıkarılıp korunması, suç işlemeyi bir yaşam biçimi haline getirmesinin önlenmesi yani çocuğun iyileştirilmesidir. ³⁹

SSÇ ile ilgili soruşturma, Cumhuriyet savcılıklarında bulunan çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülür (m.15, m.29, m.30); bu konuda kolluğun yetkisi yoktur. İfade alma ve diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulunabilir (m.15/2). Kolluk görevi ise öncelikle kolluğun çocuk birimleri tarafından yerine getirilir (m.31). Gözaltına alınan çocuklar kolluğun çocuk biriminde, çocuk birimi bulunmayan yerlerde ise gözaltındaki yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur (m.16). Nakil sırasında SSÇ’ye zincir, kelepçe ve benzeri aletlerin takılması yasaklanmıştır; yalnızca zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisine

³⁸ Oğuz POLAT, *Viktoloji*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.117.

³⁹ Mehmet AKARCA, “Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması”, II. Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokyumunu İkinci Oturum: Ceza Muhakemesi Hukuku ve Çocuk, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.:3, S.:19, (2011), s.27.

veya başkalarına zarar vermesini önlemek için gerekli tedbirlerin alınması mümkündür (m.18).

Belirtelim ki, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 19. maddesinde çocukların yakalanması ve ifadelerinin alınmasına ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Buna göre, fiili işlediği sırada on iki yaşından küçük olan çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler yalnızca kimlik ve suç tespiti amacıyla yakalanabilir, kimlik tespitinden sonra derhal serbest bırakılır (YGİY m.19/1-a). 12-18 yaş grubundaki çocukların ise suç nedeniyle yakalanması mümkündür, ancak bu durumda da kolluk tarafından çocukların yakınlarına ve müdafiyeye haber verilerek çocukların derhal Cumhuriyet başsavcılığına sevkı sağlanır. Soruşturma bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır (YGİY m.19/1-b).

Adli kontrol tedbirleri konusunda ÇKK'nın 20. maddesi CMK'ya atıfta bulunmakla beraber, “belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak”, “belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek” ve “belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak” şeklindeki üç tedbirden de bir ya da birkaçına karar verilebileceğini düzenlemektedir. Ancak 20/2. madde, tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilmesini mümkün kılmaktadır. Çocuk adalet sisteminde çocuğun özgürlüğünü kısıtlayıcı veya bağlayıcı önlemlerin son çare olması ilkesi dikkate alındığında, tedbire uymamanın isteyerek veya istemeyerek gerçekleştirilmesi arasında fark gözetmeyen 20/2 hükmü, henüz şüphe altında bulunan bir çocuğu yetişkinlerden daha ağır bir tedbirle ile muhatap etmektedir.⁴⁰

ÇKK'nın 21. maddesine göre on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiiller bakımından tutuklama yasağı bulunmaktadır. 15-18 yaş grubu çocuklar hakkında tutuklama yasağı öngörülmemiş olmakla birlikte, önceki başlıklarda incelediğimiz uluslararası sözleşme ve belgeler doğrultusunda, tutuklamaya bu çocuklar için de en son çare olarak başvurulmalıdır.⁴¹ Tutukluluk sürelerinin fiili işlediği sırada on beş yaşını

⁴⁰ Berrin AKBULUT, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, MÜHF HAD, C:19, S:2, (Y.: 2013), s.568.

⁴¹ Benzer yönde bkz. AKARCA, “Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması”, s.35; Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, başvuruçunun oğlu olan ve olay tarihinde 15 yaşının içerisinde bulunan E.N. hakkında Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı

doldurmamış çocuklar bakımından yarı oranında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ise dörtte üç oranında uygulanacağına ilişkin CMK m.102/5 düzenlemesi ise ne yazık ki çocuğun esenliğini sağlama amacına uzaktır.

Bununla birlikte biz, ÇKK'nın 20. ve 21. madde düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, açık bir tutuklama yasağı bulunmamasına rağmen bu çocuklar bakımından da uygulanması gereken ilk basamağın adli kontrol tedbirleri olduğu sonucuna varmaktayız. Zira ÇKK bu hususta bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz Ceza Muhakemesi Kanununa atıf yapmaktadır ve CMK'nın tutuklamaya ilişkin 100. madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere tutuklama istisnai bir tedbir olup uygulaması –katalog suçlar için dahi– zorunlu tutulmamıştır.⁴² Yine de madde hükümlerinin birbirini tamamlaması yoluyla vardığımız bu sonucun kanun koyucu

tarafından hırsızlık, işyeri dokunulmazlığını ihlal etme, mala zarar verme ve nitelikli olarak konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarını işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmış, Trabzon Çocuk Mahkemesince iddianamenin kabulüne karar verilerek kovuşturmaya başlanmıştır. Tensip incelemesinde E.N. hakkında başka dosyada alınan sosyal inceleme raporunun dava dosyasına konulmasına, E.N'nin tutukluluk hâlinin devamına ve duruşmanın ertelenmesine karar verilmiştir. Ancak sosyal inceleme raporunun içeriğine rağmen tutukluluk halinin devamına karar verilen E.N, Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu çocuk koğuşunda saat 20.30 sularında kendini asarak yaşamına son vermiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda “Çocukların tutuklanmasına ilişkin olarak 5395 sayılı Kanun'da bu durumun son çare tedbiri olması gerektiği belirtilmiştir. Özellikle 5395 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca, bir çocuğun tutuklanmasına yalnızca adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya bu tedbirlere uyulmaması durumunda karar verilebilmektedir. Bu hükümden somut olayda öncelikle adli kontrol tedbirinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya bu tedbirlere uyulmaması sonucuna varılabilesi için öncelikle bu tedbire başvurulması gerekmektedir. Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvurusunun oğlunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvurusunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvurusunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir. Tutuklama kararında sulh ceza hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin -başvurusunun oğlunun yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir. Ayrıca tutuklama kararı veren hâkimliğin başvurusunun tutuklanmasına karar verirken öncelikle tutuklamadan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Bu gerekçelerle tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.” gerekçesi ile Anayasanın 19/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. AYM, Semra Omak, B. No: 2015/19167, K.T.: 17.07.2019, pr.50-51, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 02.06.2020).

⁴² “Şüpheli ya da sanığın üzerine atılı suçun katalog suçlardan olması tutuklama nedenlerinin varlığının kabul edilebilmesine olanak sağlasa bile; bunun yanında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren sebeplerin de açıklıkla ortaya konulması gerekir. Katalog suçlarda da tutuklama zorunlu değil ihtiyaridir. Zira, Kanun koyucu CMK'nın 100/3. maddesinde sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, ‘tutuklama nedeni var sayılabilir’ ibaresini kullanmış; ‘var sayılır’ şeklinde bağlayıcı bir ifade kullanmamıştır.” Yar. HGK, 2010/4-553 E. – 2010/537 K., K.T: 27.10.2010, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 02.06.2020).

tarafından kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açıkça düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

ÇKK kapsamında SSÇ yargılamalarının görüleceği mahkemeler, asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren davalar için *çocuk mahkemeleri* ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren davalar için *çocuk ağır ceza mahkemeleri* olmak üzere iki tip mahkemenin kuruluş, görev ve yetkileri düzenlenmiştir (m.3/1-b, m.26/1, m.26/2). SSÇ hakkında açılan kamu davaları 26/4. madde uyarınca kural olarak bu mahkemelerde görülür, istisnası 17/3. madde uyarınca çocuğun yetişkinlerle iştirak halinde suç işlemesi halinde davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu olmasıdır. Bu takdirde, mahkemelerin uygun bulması şartıyla davaların birleştirilerek genel mahkemelerde görülmesi mümkündür. ÇKK 22. madde uyarınca duruşma sırasında çocuğun velisi, vasisi mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir; çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir ve çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapıldığı takdirde duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir.

Son olarak ÇKK'nın 44. maddesi uyarınca, bu kanun kapsamına giren görevlerle bağlantılı eylemler nedeniyle atama veya seçilme yoluyla göreve gelmiş her tür kamu görevlileri hakkında yapılacak soruşturmaların izne tabi olmayacağını belirtelim.⁴³

4. Ceza Muhakemesi Kanunu

Korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsayan ÇKK, çocuk ceza yargılamasında öncelikli olarak uygulanması gereken kanundur. Bununla birlikte ÇKK, 42/1. maddesi ile bu kanunda hüküm bulunmayan haller için CMK hükümlerine atıf yapmaktadır.⁴⁴

⁴³ Uygur GÜNERBÜYÜK, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, (2010), s.37-38.

⁴⁴ Söz konusu düzenlemenin ÇKK'nın çocuğu topluma kazandırmayı amaçlayan temel ilkeleri ile kanun yapma tekniğine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN AKCAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK VILLEMIN-TOK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.842.

ÇKK'nın 42/1. maddesi uyarınca CMK'ya atıf yapılan ilk durum, ÇKK'nın 14. maddesinde düzenlenen kanun yoludur. Maddeye göre, çocuk hakimi tarafından alınan tedbir kararlarına karşı, CMK'nın itiraza ilişkin hükümleri doğrultusunda, itiraz yolu açıktır. İtiraz, en yakın çocuk mahkemesine yapılmaktadır.

CMK hükümlerinin uygulandığı ikinci durum, SSÇ hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesidir. ÇKK'nın 19. maddesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin olarak CMK'daki şartların oluşması halinde, SSÇ için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebileceğini düzenlemektedir.⁴⁵ Bu durumda erteleme süresi, ÇKK gereği üç yıldır.

CMK hükümlerine atıf yapılan üçüncü durum ise adli kontrol uygulamalarında karşımıza çıkmaktadır. SSÇ bakımından adli kontrol tedbiri olarak ÇKK'nın 20. maddesinde düzenlenen tedbirlerden biri veya birkaçı ile birlikte CMK'nın 109. madde hükümleri de uygulanabilecektir. Maddedeki "ile" ifadesinden, ÇKK'da

⁴⁵ CMK'nın "Kamu davasının açılmasının ertelenmesi" kenar başlıklı 171. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"(1) Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) Uzlaştırma ve ön ödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,
b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,
d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(6) Bu madde hükümleri;

a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar,
b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar,
c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar,
hakkında uygulanmaz."

belirtilen tedbirlerle CMK'nın 109. maddesinde belirtilen adli kontrol tedbirlerinin birlikte uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

CMK hükümlerine atıf yapılan diğer bir husus, SSÇ hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanmasıdır. ÇKK'nın 23. maddesi uyarınca, yapılan yargılama sonucunda CMK'da yer alan koşulların bulunması halinde SSÇ hakkında HAGB kararı verilebilmesi mümkündür.⁴⁶ Bu durumda SSÇ'nin denetim süresi CMK'dan farklı olarak üç yıldır (ÇKK m.23).

CMK hükümlerine atıf yapılan son durum ise uzlaşma hükümlerinin uygulanmasıdır. ÇKK'nın 24. maddesine göre, CMK'nın uzlaşmaya ilişkin hükümlerinin SSÇ bakımından da uygulanabilmesi mümkündür.⁴⁷ Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan cinsel suçlar bakımından, soruşturma ve kovuşturmanın şikayete tabi olduğu hallerde dahi uzlaşma hükümleri uygulanamamaktadır (CMK m.253/3).

ÇKK'da yer almadığı halde CMK'da öngörülen diğer düzenlemeler, müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın çocuk olması halinde, talep aranmaksızın müdafii tayin edilmesi (CMK m.150/2) ile sanığın on sekiz yaşını tamamlamamış ise duruşmanın kapalı yapılarak hükmün kapalı duruşmada açıklanmasıdır (CMK m.185). Duruşmaların açıklığı ilkesine istisna teşkil eden *zorunlu kapalılık*, kanaatimizce SSÇ'nin yargılama sonrası hayatında damgalanmasını önleyerek çocuğun üstün yararı çerçevesinde unutulma hakkını korumaktadır. Ancak bu vaziyette SSÇ'nin haklarına

⁴⁶ CMK'nın "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kenar başlıklı 231. Maddesinin 5. fıkrasında, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği düzenlenmektedir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. 231/6 uyarınca sanık (çalışmamızın konusu bakımından SSÇ) hakkında HAGB kararı verilebilmesi için:

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunmaması,
b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,
d) Sanığın, hakkında HAGB uygulanmasını kabul etmesi gerekmektedir.

⁴⁷ SSÇ bakımından uzlaşma öngörülmesinin ÇKK'nın on temel ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz.ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN AKCAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK VILLEMIN-TOK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.854. Yazarlar, çocuğu topluma kazandırmanın asıl amaç olduğu ancak uzlaştırmının bu amaca hizmet etmediği görüşündedir.

halel gelmemesi ve yargılama sürecini en az zararla atlatabilmesi için gerekli tüm önlemlerin alınması ve uygulanmasının sıkı bir biçimde denetlenmesi sağlanmalıdır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, kanımızca klasik yargılama usullerine dayalı CMK hükümleri, çocuğun yarar ve esenliğinin ilk sırada gözetildiği çocuk ceza yargılamasının boşluklarını doldurmakta yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, klasik yargılama usulleri karşısında yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçmek amacıyla hazırlanmış özel bir kanun olan ÇKK'nın eksiklerini –SSÇ'yi özellikle ayırık tutmak istediğimiz– klasik usullere başvurarak doldurması, kanaatimizce ÇKK'nın m.4/1-g'de belirtilen “soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi” ilkesini gölgede bırakacağı ve kendi kendisiyle çelişmesine neden olacağı kanaatindeyiz.

C. Çocuğa Özgü Bir Ceza Adaleti Sistemi Neden Gereklidir?

Çalışmamızın önceki başlıklarında ifade ettiğimiz üzere, *yaş küçüklüğü* TCK'da kusur yeteneğini etkileyen bir durum olarak 31. maddede düzenlenmektedir. Kısaca hatırlatmamız gerekirse, TCK m.31 uyarınca yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna etkisi bakımından üçlü bir ayırım belirlenmiş; buna göre 12 yaşını tamamlamamış çocukların cezai sorumluluklarının bulunmadığı mutlak bir karine olarak kabul edilirken, 12-15 ve 15-18 yaş gruplarında yer alan çocuklar bakımından algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediğine göre kademeli bir ceza sorumluluğu sistemi öngörülmüştür.

Burada şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz: Algılama yeteneğinde herhangi bir sorun bulunmayan ortalama bir yetişkinin kusur yeteneğinin, aldığı yaş ve edindiği hayat deneyimi çerçevesinde gelişmiş olduğu düşünülebilir. Zira sosyal ve psikolojik gelişim evrelerini tamamlamış, hayat deneyimi çerçevesinde doğruyu yanlıştan ayırt edebilme ve davranışlarını belli bir doğrultuda yönlendirebilme yetilerini edinmiş bu kişilerin kusur yeteneklerinin de kendilerine kusur izafe edilebilecek oranda gelişmiş olması beklenebilir. Ancak söz konusu kişi sosyal, psikolojik, toplumsal ve cinsel gelişim sürecini halen sürdüren bir çocuk ise hiç kuşkusuz durum değişecektir.

Çocuğun yaşadığı aile, okul, eğitim, çevre, kitle iletişim araçları, ekonomik ve sosyal faktörler gibi toplumsal etkenlerin de çocuğun kanunlarda suç olarak tanımlanan davranışı algılama biçimini şekillendirerek suç davranışını etkileyeceği

kuşkusuzdur. Gerçekten yaş küçüklüğü, hayat deneyiminin azlığı, davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin yeterince gelişmemesi ve daha birçok neden çocuğun kolayca etki altında kalmasına yol açabilmektedir. Toplumsallaşma sürecini tamamlamayan çocuk kurallara niçin uyulması gerektiğini bilemeyebilir.⁴⁸ Yasal anlamda ceza sorumluluğuna sahip olmasa dahi çocuklar da kanunlarca suç sayılan bir davranışı gerçekleştirebilir. Kimi çocuklar bazen yanlış yönlendirmeler, yanlış modeller, olumsuz arkadaş çevresi gibi nedenlerle suç teşkil eden davranışlara yönelebilir.⁴⁹ Çalışmamızın konusunu oluşturan cinsel suçlar bakımından da çocuğun cinsel suç davranışına yönelmesinde kompleks faktörlerin etkili olduğu belirtilmiştir.⁵⁰ Bilhassa ergenlik döneminde, çocuğun hızlı bir bedensel ve ruhsal gelişim sürecine girmesiyle oluşan dengesizliğin bilgi ve deneyim eksikliğiyle birleşmesi gibi nedenlerle ergenlik döneminin suça yönelmede etkili olduğu düşünülmektedir.⁵¹

Burada dikkat çekmek istediğimiz nokta, gelişim evrelerinin henüz çok başında olan ve bu süreçte tıpkı bir sünger gibi neye maruz kalırsa onu içselleştirecek olan bir çocuktan suç bilincinin bir yetişkin kadar gelişmiş olmasını beklemenin, onu bir yetişkinle aynı uygulamalara tabi kılmanın altında imzamızın bulunduğu ve artık iç hukukumuzun birer parçası haline gelmiş olan çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin amacıyla bağdaşmayacağıdır. Bu durum elbette çocuğun sergilediği suç eyleminin yaptırımsız kalacağı biçiminde yorumlanmamalıdır.⁵² Ancak salt cezalandırma temelli bir anlayışın, çocuk suçluluğunu önlemekte bir çözüm olmayıp bilakis sorunun enikonu içinden çıkılmaz bir hale getireceği şüphesizdir. Zira toplumsal kültürün bir parçası olan ve içinde bulunduğu kültürden beslenerek

⁴⁸ Aynur YILMAZ, “Suça Yönelmiş ve Yönelmemiş 14-18 Yaş Arası Ergenlerin Empati Düzeylerinin ve Ana-Baba Tutumlarının İncelenmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, (2009), s.19-20.

⁴⁹ M. Yasin ASLAN, “Çocuk Suçluluğu Hakkında Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri”, ABD, S.:4, (Y.:2008), s.89.

⁵⁰ Klinik araştırmalara göre çocukluk çağı cinsel istismarı, pornografiye maruz kalma, madde kullanımı, saldırgan rol modellerine maruz kalma, katı ve ilgisiz aile yapısı, sosyal ve çevresel değişkenler ve sosyoekonomik sınıf gibi etkenlerin çocuğun cinsel suç davranışına yönelmesinde etkili olduğu belirlenmiştir. Bkz. Özlem CANKURTARAN ÖNTAŞ, “Cinsel Suça Yönelen Çocukların Karakteristikleri ve Tedavi Programları”, Aile ve Toplum Dergisi, C.:6, S.: 22, (2010), s.48 vd.

⁵¹ Aynur YILMAZ, “Suça Yönelmiş ve Yönelmemiş 14-18 Yaş Arası Ergenlerin Empati Düzeylerinin ve Ana-Baba Tutumlarının İncelenmesi”, s.21.

⁵² Mehmet AKARCA, “Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması”, s.27.

şekillenen çocuk aynı zamanda bu kültürü de şekillendirir.⁵³ Yapıcı düzenlemelerle suç işlemekten alıkonulamayan çocuk yetişkin olduğunda bir suç makinesi halini alabilme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bununla birlikte ceza en nihayetinde suçla korunan hukuksal yarar ihlal edildikten sonra uygulanmaktadır. İhlali doğuran nedenleri ortadan kaldırmaya yönelik alternatif tedbirler, uzun vadede suç ve suçluluğu önlemek ve muhtemel zararları engellemek adına daha pragmatik bir çözümdür. Bununla birlikte, suçla korunan hukuksal yararın ihlal edilmesi, başka bir ifadeyle suç davranışının gerçekleşmesi halinde devletler, sorunu mağdur ile şüpheli veya sanığın –çalışmamızın konusu bakımından mağdur ile SSÇ’nin– menfaat dengelerini koruyarak çözmekle yükümlüdür.

Öyleyse, asıl amacın suç davranışını cezalandırılmasına odaklanan bir çocuk adalet sistemi hem çocuğu hem de toplumsal düzeni geçici bir süreliğine suçtan alıkoysa da uzun vadede çocuğu tekrar tekrar “suç-ceza” döngüsüne çekmekten öteye gidemeyecektir. Öte yandan, çocuğu suç düşüncesinden uzaklaştırma esasına dayanan ismiyle müsemma bir çocuk ceza adaleti sistemi yalnızca bu kısır döngüyü kırmakla kalmayıp hem çocuğu hem de kamu düzenini suçtan uzun vadede “koruyacaktır”.

Tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşmeler de dikkate alındığında, çocuk ceza adaleti sistemlerinde ana fikrin çocuğu uzun vadede suçtan ve suç düşüncesinden bütünüyle uzaklaştıracak biçimde kurgulanması olduğu kabul görmektedir. Şu halde, çocuğa özgü yargılama sistemlerinde amaç, çocuğun cezalandırılmasından önce ıslah edilerek topluma kazandırılması olmalıdır. Zira çocuğun topluma kazandırılması, toplumun geleceği ve suçlulukla mücadele açısından cezalandırılmasından çok daha önde gelir.⁵⁴

Özetle, ana hatlarıyla ifade etmeye çalıştığımız gerekçeler neticesinde çocuğun özel durumu gözetilerek çocuğa özgü, salt cezadan daha fazlasını sunan ve onu topluma sağlıklı bir biçimde kazandırma odaklı bir “çocuk ceza adaleti sistemi” yaratılması gerekli ve zorunludur.

⁵³ Zafer UZUN, “Suç ve Değer İlişkisi: Suça Sürüklenen Çocuklar Üzerine Bir Araştırma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, (2015), s.61.

⁵⁴ Bahri ÖZTÜRK, “Türkiye’de Çocukların Muhakemesi Ne Kadar Adil?”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:6, (Y.:2010), s.14.

II. ÇOCUK İSTİSMARI KAVRAMI

Dilimize Arapçadan geçen istismar, TDK sözlüğünde *birinin iyi niyetini kötüye kullanma ve sömürü* olarak ifade edilmektedir.⁵⁵

Sömürü ve iyi niyetinin kullanılması riskine en açık gruplardan biri şüphesiz çocuklardır. Her yaştan çocuğun istismar mağduru olması mümkündür.⁵⁶ Zira çocuk maruz kaldığı davranıştaki yararlanma amacını kavrayabilme konusunda yeterli deneyime sahip değildir. Bununla birlikte, algısal gelişim süreci devam ettiğinden kendisine yönelik iyi ya da kötü niyetli yaklaşım arasındaki farkı çoğu zaman ayırt edememektedir. Bir ihtimal bu farkı algılayabilse dahi, fiziksel anlamda eyleme karşı koyabilme gücü yetersizdir. Bütün bu özellikleri nedeniyle çocuklar istismar eylemlerine karşı savunmasızdır. Bu savunmasızlık onları kısa yoldan sonuç elde edilebilecek kolay hedefler haline getirmektedir.

Çocuk istismarı, hukuki, tıbbi, psikolojik ve sosyolojik yönden sonuçlar doğuran ağır ve ciddi bir sorundur. Bu özelliğinden dolayı birden çok bilim dalını ilgilendiren ve multidisipliner çalışma gerektiren bir konudur. Her bilim dalının konuya kendi disiplin yöntemlerine göre yaklaşması, çocuk istismarı hakkında net ve ortak bir tanım yapılmasını zorlaştırmaktadır.⁵⁷

Dünya Sağlık Örgütü tarafından çocuk istismarı “*sorumluluk, güven ve güç ilişkisi bağlamında çocuğun sağlığına, hayatta kalmasına, gelişimine veya saygınlığına zarar verici fiziksel ve duygusal kötü muamele, cinsel istismar, ihmali davranış ve ticari veya diğer sömürü eylemlerinin tümü*” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸ Çocuk istismarı genel olarak *fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar ve çocuğun ihmali* şeklinde dört ana başlıkta değerlendirilmektedir,⁵⁹ ancak istismar tiplerini farklı başlıklar altında değerlendiren sınıflandırmalara da rastlanmaktadır.⁶⁰

⁵⁵ Çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük, TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>> (E.T.: 02.06.2020).

⁵⁶ Füsun SOKULLU AKINCI-Selman DURSUN, *Viktimoloji*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), s.89.

⁵⁷ Çocuk istismarı hakkında çeşitli tanımlar için bkz. Oğuz POLAT, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı – I: Tanımlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.26-37.

⁵⁸ Etienne G. KRUG et al., eds. *World Report on Violence and Health*, (World Health Organization, Geneva: 2002), p.59.

⁵⁹ POLAT, *Tanımlar*, s.23.

⁶⁰ Uma A. SEGAL, “India” in. *Child Abuse: A Global View*, eds. Beth M. SCHWARTZ KENNEY-Michelle McCauley-Michelle A. EPSTEIN, (Westport, Connecticut: Greenwood Press, 2001), p.52

Öte yandan, çocuğa yaklaşım modellerinin her kültürün kendine özgü anlayışları sebebiyle ülkeden ülkeye farklılık göstermesi, küresel düzeyde ideal bir istismar standardı ve tanım belirlenmesini imkansız hale getirmektedir.⁶¹ Şu halde, kapsamda çocuk istismarının, “çocuğun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin yeterince gelişmemiş olmasından faydalanılarak kötüye kullanılması” şeklinde ifade edilmesi mümkündür.⁶²

Çalışmamızın konusu gereği, bir sonraki başlıkta çocuğun cinsel yönden istismarı üzerinde durulacaktır. Kavram hakkında ana hatlarıyla kısa bir bilgi verildikten sonra, İkinci Bölümde cinsel istismarın Türk ceza hukuku çerçevesindeki niteliği detaylıca ele alınacaktır.

A. Cinsel İstismar

Cinsel suçların çoğunda olduğu gibi, çocuğa yönelik cinsel istismar olayları büyük oranda siyah sayı olarak kalmaktadır zira çocuğun suçluluk ve utanma duygusu içinde olması, korkması, tehdit altında olması ve insanların kendisine inanmayacağını düşünmesi söz konusu olabilir.⁶³ Buna rağmen istatistiklere yansıdığı kadarıyla dahi ülkemizde ve dünyada en sık rastlanan istismar türlerinden birinin, ne yazık ki cinsel istismar olduğu görülmektedir.⁶⁴

vd.; SEGAL, “*Child Abuse in India: An Empirical Report on Perceptions*”, Child Abuse & Neglect, Vol:16, Iss.6, (1992), p.891-892. Yazar, Hindistan örneği özelinde yaptığı çalışmalarda çocuk evlilikleri, çocuk işçiliği ve çocuğun dilendirilmesi gibi davranışları toplumsal istismar başlığı altında değerlendirmektedir.; Çocuğun bağımlılık yapıcı maddelere özendirilmesi ve suça sürüklenmesi de fiziksel olmayan kötü muamele ve istismar olarak değerlendirilmiştir, bkz. Polat TUNÇER, “*Avrupa Birliği’nde Çocuk İstismarı ve Kamu Yönetiminin Sorumluluğu*”, Social Sciences Studies Journal, Vol.:4, Iss.:21, (2018), p.3549.

⁶¹ Gordon A. CREWS-Angela D. CREWS, “*Do You Know How Your Children Are? International Perspectives on Child Abuse, Mistreatment, and Neglect*”, Criminal Justice Faculty Research, (Marshall University: Marshall Digital Scholar, 2010), <https://mds.marshall.edu/criminal_justice_faculty/>, p.28, (E.T.: 04.06.2020).

⁶² Murat KAYA, “*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?*”, Terazi Hukuk Dergisi, S:52, (Y.:2010), s.105.

⁶³ SOKULLU AKINCI-DURSUN, *Viktimoloji*, s.84-85; Özlem DEMİR YAZAR, “*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, (2019), s.13; TBMM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan 2014 tarihli 24. Dönem ve 4. Yasama Yılına ait Mağdur Hakları İnceleme Raporunda, çocukların cinsel istismara uğrama sıklığının %10-44 arası oranlarda değişmekle birlikte bu olayların çoğunun gizli kaldığı ve sadece %5-10’luk bir kısmının ortaya çıktığı belirtilmiştir, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/magdur_haklari_incelemeraporu.pdf>, (E.T.: 11.11.2019).

⁶⁴ “*Adli İstatistikler – 2019*”, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.54, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4>

Çocuğun cinsel istismarı, etkileri ve sonuçları itibarıyla çok yönlü yaklaşım gerektiren bir konudur. Gerçekten, cinsel istismar hukuki, tıbbi, sosyal ve psikolojik alanlarda etki ve sonuç doğurduğundan, her bilim dalının konuya yaklaşımı kendi çalışma yöntemlerine göre farklılık göstermektedir. Bu yöntem farklılığı, literatürde birçok farklı cinsel istismar tanımı yapılmasına neden olmuştur.⁶⁵

Genel anlamıyla cinsel istismar, *cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla, bir erişkin –yahut mağdur çocuk üzerinde belirgin bir güç veya kontrol sahibi olmak şartıyla diğer bir çocuk– tarafından mağdur çocuğun obje olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış* olarak tanımlanmaktadır.⁶⁶ Bu anlamda çocuğun cinsel istismarı cinsel içerikli yorum ve konuşmalar, cinsel organı teşhir, röntgencilik (voyyerizm), çocuğun cinsel eylemlere tanık edilmesi gibi bedensel temas gerektirmeyen davranışlar ile cinsel bölgelere dokunma veya dokundurma, okşama, oral veya cinsel ilişki gibi bedensel temas içeren davranışları kapsamaktadır.⁶⁷ Uluslararası belgelerde “cinsel sömürü” başlığı altında anılan çocuk pornografisi ve çocuk fuhuşu da geniş anlamda cinsel istismar davranışı olarak kabul edilmektedir.⁶⁸

Bu noktada, çocuğun cinsel istismarının TCK’nın 103.maddesinde çocuğa yönelik *bedensel temas içeren* cinsel davranışları kapsayacak biçimde suç olarak düzenlendiğini belirtelim. Bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar ise 105. madde kapsamında çocuğa yönelik *cinsel taciz* olarak değerlendirilmektedir. Ek olarak, ceza

[%B1-%C4%B0SA.pdf](#)>, (E.T.: 27.09.2020). 2019 yılı adli istatistiklerine göre Cumhuriyet başsavcılıklarında sonuçlanan soruşturmalarda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin olarak %38,4 oranında kamu davasının açılması yönünde karar verilmiştir. (bkz. Tablo 1.17, s.25). Yine cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında açılan toplam 49.057 davanın %46,3’ünü çocukların cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Karara bağlanan davalarda ise bu oran %42,2’dir. (bkz. Tablo 2.20, s.54).; Fransız güvenlik güçleri tarafından kayıt altına alınan verilerde, 2018 yılında 50.040 cinsel şiddet mağdurundan 19.780’inin 15 yaşın altında olduğu, 6.830’unun 15-17 yaş aralığında olduğu bildirilmiştir. Bilinen cinsel şiddet mağdurlarının %54’ünü küçükler (0-15 ve 15-17 yaş grupları) oluşturmaktadır. Detaylar için bkz. “*Les Violences au sein du Couple et Les Violences Sexuelles en France en 2018*”, La Lettre de L’Observatoire National des Violences faites aux Femmes, N°14, (Novembre 2019), p.18-19, <https://arreteonslesviolences.gouv.fr/sites/default/files/2020-11/ONVF%20n%C2%B014-Violences%20au%20sein%20du%20couple%20et%20violences%20sexuelles_novembre%202019.pdf>, (E.T.: 20.05.2020).

⁶⁵ Cinsel istismar kavramı hakkındaki diğer tanımlar için bkz. POLAT, *Tanımlar*, s.99 vd.

⁶⁶ Efser ERDEN TÜTÜNCÜ, *Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Türk Ceza Hukukunda Fücür (Ensest)*, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2018), s.18; benzer şekilde bkz. POLAT, *Tanımlar*, s.45.

⁶⁷ POLAT, *Tanımlar*, s.101-102.

⁶⁸ POLAT, *Tanımlar*, s.101-107; Sefa BULUT, “Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme”, *Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi*, C:3, S:28, (Y:2007), s.140.

kanunumuzda “kendine özgü” olarak ifade edebileceğimiz ve on beş yaşını tamamlamış çocuklar ile rızaları dahilinde cinsel ilişkide bulunulmasını suç olarak düzenleyen *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* (m.104) yer almaktadır. Bu suç tiplerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışmamızın İkinci Bölümünde yapılmıştır.

Çalışmamızın konusu gereği cinsel istismar konusunda özellikle üzerinde durulacak iki önemli sorundan ilki, kabul gören cinsel istismar tanımları kapsamında *iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel davranışların cinsel istismar olarak kabul edilip edilmeyeceğidir*. Şayet bu soruya verilecek yanıt evet ise ikinci sorun, bu kez *çocuklar arasındaki cinsel davranışların hangi şartlarda ve hangi boyutta cinsel istismar oluşturacağı* noktasındadır. Bu sorunlara verilecek yanıtlar aynı zamanda çocuklar arasındaki cinsel davranışların –çalışmamızın İkinci Bölümünde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz– hukuki boyutunda karşılaşılan sorunların da çözümüne ulaştıracaktır.

Bizce, ilk soruna davranışın cinsel istismar olup olmadığı noktasındaki belirleyici ifade, *çocuğun, cinsel arzuları tatmin amacıyla obje olarak kullanılmasıdır*. Esasında bu ifade, davranışın çocuk-yetişkin veya çocuk-çocuk arasında gerçekleşmesine göre farklı ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Gerçekten, çocuk ile yetişkin arasında gerçekleşen ve yetişkin kişinin çocuktan *cinsel doyuma ulaşmak amacıyla* faydalandığı her türlü cinsel davranışın cinsel istismar olarak değerlendirilebileceği konusunda şüphe yoktur; zira bu durumda yetişkin kişi ile çocuk arasındaki cinsel aktivite tamamıyla yetişkinin kendi cinsel arzularını tatmin etme arzusuna odaklıdır. Bu durumdaki güç ve üstünlük dengesizliği bariz bir şekilde istismarcı yetişkin lehinedir; bu dengesizlik yetişkinin mağdur çocuk üzerinde hakimiyet kurmasını kolaylaştırarak mağdur çocuğu kelimenin tam anlamıyla “cinsel doyum objesi” haline getirmektedir. Bütün bunlara ek olarak, yetişkin kişiden gerçekleştirdiği eylemin fenalığını algılaması beklenebilir.

Öte yandan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda ise kanımızca –Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin, küçükler arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin sözleşme kapsamında cinsel istismar olarak düzenlenmediğine dair 18/3. maddesi göz önünde bulundurularak– eylemin cinsel istismar sayılıp sayılamayacağı konusunda ikili bir ayrıma gidilmelidir. Zira bazı durumlarda, iki çocuk arasında gerçekleşen bazı eylemler cinsel istismar sınıflamasına girmeyip, merak duygusuyla gerçekleştirilen bir

“cinsel deneyim” olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Çeşitli araştırmalarda çocukların 12-13 yaşlarında kendilerindeki bedensel değişimleri fark etmeye başladığı, 14-15 yaşlarında ise karşı cins ile temasa geçme isteği ve cinselliğe merakın artarak öpüşme, okşama gibi cinsel davranışları deneyimleme eğilimi görüldüğü belirtilmiştir.⁷⁰ Bu noktada, özellikle bu yaş grubunun gösterdiği cinsel davranışlar incelenirken cinsel oyun, anatomik merak ve inceleme ile flört gibi “normal” sayılan durumlarının; fiziksel güç, tehdit gibi şiddet öğeleri ile kandırma ve duygusal yönlendirme ile karakterize cinsel istismardan ayrılması oldukça önemlidir.⁷¹

Cinsel istismar ile cinsel deneyim ayrımındaki ince çizgi “zorlama”dır. Çocuklardan birinin diğerinden daha büyük olma avantajını ya da güç, tehdit veya diğer baskı araçlarını kullanarak cinsel davranışta bulunması halinde zorlama mevcuttur ve dolayısıyla davranış cinsel istismar oluşturmaktadır;⁷² zira davranışın niteliği artık tek taraflı yararlanmaya evrilmektedir. Bazı durumlarda ise görünürde zorlama olmamasına rağmen “ikna” gibi dolaylı yollar söz konusudur; bu ihtimalde ayırt edici ölçüt istismarcı durumundaki çocuğun cinsel oyun, anatomik merak veya incelemeden farklı olarak kasıtlı şekilde cinsel doyum amaçlamasıdır.⁷³

Konunun ceza hukuku düzlemindeki yansımaları bakımından bu ayırımın doğru şekilde yapılması büyük önem arz etmektedir. TCK’nın çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. maddesi uyarınca, failin bir yetişkin veya bir çocuk olması mümkündür, ancak çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlar için özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, çocuğun cinsel gelişim süreci içerisinde normal kabul edilen yukarıda belirttiğimiz “cinsel deneyim” vakaları, somut olayın özelliğine göre TCK m.103 veya TCK m.104 kapsamında suç teşkil etmektedir. İç hukukumuzda konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması, Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi

⁶⁹ POLAT, *Tanımlar*, s.99-100.

⁷⁰ Kenan KARBEYAZ-Ceysu DİNÇ-Yasemin GÜNAY BALCI, “15 Yaşın Altındaki Çocuklar Arasında Cinsel İlişki: Olgu Sunumu”, *Adli Tıp Bülteni*, C:21, S:1, (Y.:2016), s.52; Benzer yönde görüşler için bkz. POLAT, *Tanımlar*, s.99-100.

⁷¹ Ramazan AKÇAN-Necmi ÇEKİN, “Cinsel Suçlu Olarak Çocuk”, *Adli Tıp Dergisi*, C:25, S:1, (Y.: 2011), s.67.

⁷² Polat TUNÇER, “Bir Kamu Yönetimi Problemi Olan Çocuk İstismarına (Kötü Muamelesine) Amerika Birleşik Devletleri Bağlamında Genel Bir Bakış”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C:11, S:59, (Y.:2018), s.1155.

⁷³ AKÇAN-ÇEKİN, “Cinsel Suçlu Olarak Çocuk”, s.51.

Sözleşmesinin 18/3. maddesi karşısında çelişki yaratarak gerek teoride gerekse uygulamada SSÇ durumundaki çocukların ciddi sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır. Konuyla ilgili TCK düzenlemelerine yönelik ayrıntılı açıklamalar ve hukuki değerlendirme, çalışmamızın İkinci Bölümünde “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” başlığı altında yapılacaktır.

B. Benzer Kavramlarla İlişkisi

1. Çocuğun Cinsel Sömürüsü

BMÇHS’nin 34. maddesine göre, taraf devletler çocuğu her türlü cinsel sömürü ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi vermektedir. Bu kapsamda, çocukların yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılmasını veya zorlanmasını (m.34/a), fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması (m.34/b) veya pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini (m.34/c) önleme amacıyla her türlü tedbirin alınması devletlerin sorumluluğundadır.

Çocukların Cinsel Suistimali ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde, cinsel suistimal ve cinsel istismarın sözleşmenin 18-23. maddeleri arasında yer alan davranışları içerdiği düzenlenmiştir. (m.3/b),

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında, çocuğun cinsel sömürüsünün esasında geniş anlamda cinsel istismarın bir türü olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim literatürde de çoğunlukla cinsel sömürü cinsel istismar davranışları arasında sayılmaktadır. Çoğu durumda cinsel istismar ve cinsel sömürü birbiriyle iç içe gerçekleştiğinden her iki kavram zaman zaman birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bununla birlikte, cinsel istismarda istismarcının cinsel arzularını tatmin edebilmek amacıyla çocuğu cinsel obje olarak kullanması söz konusuysa; cinsel sömürüde çoğunlukla çocuk üzerinden bir kazanç da elde edilmektedir.⁷⁴ Çocuğun pornografik

⁷⁴ UNICEF, *Cinsel İstismar Mağduru Çocuklara Bakım Kılavuzu*, çev. Mehtap ARAL, ed. Kamil KURTUL, (UNICEF, 2015), <<https://www.unicef.org/turkey/media/3626/file/Cinsel%20%C4%B0stismar%20Ma%C4%9Fduru%20%C3%87ocuklara%20Bak%C4%B1m%20K%C4%B1lavuzu.pdf>>, s.18, (E.T.: 06.06.2020); “Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürü Hakkında Sorular ve Cevaplar”, çev. Ayşe Pınar KÖPRÜCÜ, ed. Harika YÜCEL, ECPAT International Bilgi Kitapçığı, 2007, <https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/revised_faq_turkish.pdf>, s.17 vd., (E.T.: 06.06.2020); Türkiye özelinde değerlendirme için bkz. “Çocukların Ticari ve Cinsel Sömürüsüyle Mücadele Bilgilendirme Raporu: Türkiye, (2020)”, <<https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2020/02/ECPAT-Briefing-Paper-on-the-Sexual-Exploitation-of-Children-in-Turkey-2020-TURKISH.pdf>>, (E.T.: 06.06.2020).

performanslara dahil edilmek suretiyle sömürüldüğü *çocuk pornografisi*, fuhuş amacıyla çalıştırıldığı *çocuk fuhuşu* ve bununla bağlantılı *çocuk seks turizmi* ile *çocukların cinsel sömürü amacıyla kaçırılması* gibi kazanç unsurunun kendini gösterdiği davranışlar sık rastlanan cinsel sömürü örnekleridir.⁷⁵

Literatürde bazı kaynakların çocuk yaşta evlendirmeleri de cinsel sömürü kategorisinde incelediği görülmekle beraber, kanımızca çocuk evlilikleri çok yönlü inceleme gerektiren bir sorundur. Bununla birlikte biz, kazanç unsurunun arka planda kalması ve istismar unsurlarının daha ağır bastığı düşüncesiyle, çocuk evliliklerini “çocuğun cinsel istismarı” kapsamında değerlendirmeyi uygun görüyoruz. Bu konunun bilhassa ülkemiz açısından ne yazık ki gündemden düşmeyerek skandal tartışmaların yaşanmasına yol açması nedeniyle, çocuk evliliklerine ilişkin değerlendirmelerimizin çalışmamızın İkinci Bölümünde, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” başlığı altında yapılacağını belirtelim.

a. Çocuk Pornografisi

Çocukların Cinsel Suistimali ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 20/2. maddesinde çocuk pornografisi *çocuğu gerçek veya temsili açık bir cinsel davranış içinde görsel olarak gösteren herhangi bir materyal veya çocuğun cinsel organlarının esas itibarıyla cinsel amaçlarla gösterilmesi* şeklinde ifade edilmektedir. Çocuğun yetişkinlerle veya başka çocuklarla birlikte yer aldığı bu materyallerde çocuk yaşıyla uygun olmayan davranışlara zorlanarak cinsel zevk, uyarma veya tahrik objesi gibi kullanılmaktadır.⁷⁶ Çocuk pornografisini üreten kişinin amacı çoğunlukla söz konusu görüntüleri yasadışı yollarla pazarlayarak ticari kazanç sağlamaktır. Bununla birlikte TCK düzenlemeleri uyarınca ekonomik bir yarar elde etme amacı olmaksızın sadece kendi cinsel güdülerini tatmin etme amacıyla meydana getirdiği ürünler de suç sayılmaktadır.⁷⁷

⁷⁵ POLAT, *Tanımlar*, s.249.

⁷⁶ POLAT, *Tanımlar*, s.259.

⁷⁷ Devrim GÜNGÖR, “Türk Ceza Kanununda Çocuk Pornografisi” in. *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan – Cilt I*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No.459, 2015), s.552; “Suça sürüklenen çocuğun suç tarihi itibarıyla 14 yaşında bulunan katılana ait çıplak görüntüleri kaydetmesi iddiasının TCK’nın 226/3. madde ve fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçu kapsamında kaldığı...” Yar. 12. CD, 2017/11531 E. – 2018/4818 K., K.T.: 25.04.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.06.2020).

Çocuk pornografisinde çocuğun uygunsuz cinsel davranışlara (örneğin tahrik edici ve çıplak görüntüler vermeye yahut cinsel ilişki içinde gösterilmeye) zorlanması eylemin istismar yönünü oluştururken, ticari kazanç güdümü ise cinsel sömürü yönünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla çocuk pornografisi aslında cinsel istismar ve cinsel sömürünün birbirinin içinde eridiği iki yönlü bir sorundur, ancak çocuk pornografisinde çoğunlukla *kazanç elde etme amacı* güdülmesi nedeniyle cinsel sömürü yönü daha ağır basmaktadır.

Bununla birlikte çocuk pornografisi ve cinsel istismar birbirinden keskin sınırlarla ayrılmış değildir; çocuk pornografisinin üçüncü kişileri de çocuğun cinsel istismarına teşvik ettiği ve çocuk pornografisi izleyen bazı kimselerin çocuklara yönelik cinsel istismar davranışları sergilediği bilinmektedir.⁷⁸ Teknolojik gelişme ve yenilikler sonucunda bu materyallere erişimin kolaylaşması da çocuk pornografisi pazarını genişletmekte, cinsel istismarın artışına zemin hazırlamaktadır.⁷⁹

TCK'da çocuk pornografisine ilişkin hükümler çocuğun cinsel istismarına dahil olmayıp, *müstehcenlik* suçunu düzenleyen 226. maddenin 3. fıkrası içerisinde yer almaktadır. Anılan düzenlemede “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması”⁸⁰ ve “bu ürünlerin ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden,

⁷⁸ POLAT, *Tanımlar*, s.260; 2008 yılında Diyarbakır'da gerçekleşen ve 10 erkek çocuğa cinsel istismarda bulunduğu iddiasıyla tutuklu yargılanan dış teknisyeninin 116 yıl, 18 yaşından küçük yardımcısının ise 39 yıl 5 ay 10 gün hapis cezası aldığı olayda, dış laboratuvarında bulunan bilgisayarın internet geçmişinde 4.000'den fazla çocuk pornosu kaydı tespit edilmiştir. Haberin devamı için bkz. “10 Çocuğa Cinsel İstismarda Bulunan Dış Teknisyenine 116 Yıl Hapis”, <<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1150850-10-cocuga-cinsel-istismarda-bulunan-dis-teknisyenine-116-yil-hapis>>, (Y.T.: 09.11.2015), (E.T.: 07.06.2020); İngiliz basınında yer alan bir başka habere göre ise, 13 yaşındaki bir çocuğun porno izledikten sonra 8 yaşındaki kız kardeşine tecavüz ettiği iddia edilmiştir. Çocuğun, gördüğü şeyleri merak ettiğini ve denemek istediğini, bu nedenle kardeşine bunları yaptığını söylediği aktarılmıştır. Haberin devamı için bkz. “Porno İzleyen Çocuk Kardeşine Tecavüz Etti”, <<https://www.milliyet.com.tr/dunya/porno-izleyen-cocuk-kardesine-tecavuz-etti-1832527>>, (Y.T.: 05.02.2014), (E.T.: 07.06.2020).

⁷⁹ “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İnsan Kaçakçılığı Suçu ile İlişkileri”, çev. Ayşe Deniz POSTACI, in. *Adli Tıp ve Ceza Hukuku*, ed. Yener ÜNVER, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), s.240.

⁸⁰ “TCK'nın 226. maddesinin 3. fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına alınmıştır. Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamıştır. Yine müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Buradaki müstehcen ürün içeriğinde müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. Çocuğun bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur. TCK'nın 226. maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen suçla müstehcenliğe karşı çocuğun korunması

satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunulması” şeklinde iki ayrı suç tanımı yer almaktadır.⁸¹ Bu anlamda, TCK kapsamında çocuk pornografisi ile çocuğun cinsel istismarı birbirinden ayrı kavramlar olup farklı suç düzenlemelerinin konusunu oluşturmaktadır.⁸²

b. Çocuk Fuhşu

Çocukların Cinsel Suistimali ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 19/2. maddesinde “*ödeme, taahhüt ya da karşılığın çocuğa ya da üçüncü bir kişiye yapılmasına bakılmaksızın; para veya başka bir biçimde bedel ya da karşılık verilerek ya da ödeme taahhüdü yapılarak çocuğu cinsel faaliyetler için kullanma*” olarak tanımlanmıştır. Çocuk fuhşunda da çocuğu cinsel bir meta gibi kullanarak kazanç elde etme amacı bulunmaktadır. Bununla birlikte, tıpkı çocuk pornografisinde olduğu gibi burada da çocuğa yönelik çift yönlü kötü muamele söz konusudur.

TCK açısından ise çocuk fuhşu ayrı bir düzenlemeye konu olmayıp, *fuhuş* kenar başlıklı 227. maddenin 1. fıkrası içerisinde yer almaktadır. Maddeye göre, *çocuğun fuhşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, çocuğun fuhuş maksadıyla tedarik edilmesi veya barındırılması ya da çocuğun fuhşuna aracılık edilmesi* suç olarak düzenlenmiştir. Yetişkinlere yönelik fuhuş suçundan farklı olarak, çocuk fuhşunda suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri de (örneğin çocuk henüz fuhşa

amaçlanmaktadır. Kanun koyucu TCK'nın 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamış, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezayı gerektiren TCK'nın 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK'nın 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılabilmesine karar verilebilecektir.” Yar. CGK, 2014/603 E. – 2015/66 K., K.T.: 24.03.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.06.2020).

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer ÖZBEK, *Müstehcenlik Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), s.124 vd.

⁸² ÖZBEK, *Müstehcenlik Suçu*, s.118.

başlamamış veya ikna edilememiş olsa dahi herhangi bir yolla fuhşa teşvik edilmesi, fuhuş için yer sağlanması) tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır.⁸³

Bu noktada 227/1. madde hükümlerinin çocukla fuhuş yapan üçüncü kişi için değil çocuğu fuhuşta kullanarak kazanç elde eden kişi için söz konusu olduğunu belirtelim. Çocuğu fuhşa sürükleyen kişinin, fuhşun yanı sıra kendi cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla da çocuktan yararlanması halinde durumun özelliğine göre ayrıca çocuğun cinsel istismarı suçu (TCK m.103) yahut reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) gündeme gelecektir.⁸⁴ Bununla birlikte çocuğun on beş yanını tamamlamamış olması durumunda, çocuğu fuhşa sürükleyen kişinin eylemi aynı zamanda TCK m.103'e iştirak niteliğinde olduğundan fikri içtima hükümleri uyarınca cezalandırılması gerekmektedir.⁸⁵

Çocuk ile fuhuş yapan üçüncü kişinin eylemi ise, somut olayın gerçekleşme şekline göre çocuğun cinsel istismarı suçu (TCK m.103) veya reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) hükümlerine göre değerlendirilmelidir.⁸⁶

⁸³ Veli Özer ÖZBEK-Koray DOĞAN-Pınar BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.898.

⁸⁴ Aynı yönde ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.890.

⁸⁵ ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.899; “Suç tarihinde on beş yaşını tamamlamayan mağdureyi fuhuş maksadıyla diğer sanıklar’a temin ederek ilişkiye girmesini sağlayan sanık’ın, bu kişilerin mağdureye yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismar eylemlerine TCK’nın 37. maddesi kapsamında aslen iştirak etmesi karşısında, eylemlerinin hem ... sayılı TCK’nın 227/1. maddesinde düzenlenen çocuğun fuhuşu hem de aynı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarını oluşturduğu ve TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın ağır olan zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde fuhuş suçundan mahkumiyeti ile nitelikli cinsel istismar suçundan beraatine hükmedilmesi...kanuna aykırı...”, Yar. 14. CD, 2015/4493 E. – 2019/9413 K., K.T.: 25.04.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.06.2020).

⁸⁶ “Dosya içeriğine göre sanığın, para karşılığı birçok erkekle birlikte olan mağdureye yönelik eylemini zorla işlediğine dair mağdurenin soyut beyanlarından başka cezalandırılmasına yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi...kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2016/6259 E. – 2017/4808 K., K.T.: 17.10.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.06.2020); “sanığın mağdureyi farklı zamanlarda fuhuş maksadıyla A... isimli kişiye temin edip, onunla birden fazla cinsel ilişkiye girmesini sağlamak suretiyle bu kişinin mağdureye yönelik işlediği zincirleme biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarı eylemlerine 5237 sayılı TCK’nın 37. maddesi kapsamında müsterek fail olarak katılması nedeniyle eylemlerinin hem aynı Kanunun 227/1. maddesinde düzenlenen çocuğun fuhuşu hem TCK’nın 103/2. maddesinde yer alan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarını oluşturup, 44. maddede düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın daha ağır olan zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği...” Yar.14. CD, 2018/7100 E. – 2020/427 K., K.T.:15.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.06.2020).

2. Ensest (Fücur)

Toplumda daha çok “evlenmeleri ahlaken, hukuken ve dinen yasaklanmış yakın akraba olan kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişki”⁸⁷ olarak bilinen ensest, çeşitli bilim dallarında genellikle evlenmeleri yasaklanmış aile bireyleri arasındaki her türlü cinsel eylemi kapsayacak biçimde genişletilerek kullanılmaktadır.⁸⁸

Aile içinde gerçekleşmesi nedeniyle ensest genellikle “çocuğun aile içi cinsel istismarı” olarak algılanmaktadır. Gerçekten, failin mağdur çocuk üzerinde sahip olduğu hakimiyeti –kan bağı unsurunun yardımıyla– kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin hatalı bir biçimde ensest olarak adlandırıldığı,⁸⁹ hatta TCK’nın 103/3-c maddesinin “ensest düzenlemesi” olarak yorumlandığı görülmektedir.⁹⁰ Benzer bir düşünce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin 104. maddenin 2. fıkrası bakımından da ileri sürülmektedir.⁹¹ Yaygın kavram karışıklığına açıklık getirebilmek adına, öncelikle ceza hukuku bağlamında ensestin nasıl yorumlandığı üzerinde durulmalıdır.

Ceza hukuku anlamında ensest, aralarında belirli derecede yakınlık bulunan ergin aile bireyleri veya akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri ifade etmektedir.⁹² Bir başka ifadeyle, ensestin varlığından söz edebilmek için cinsel ilişki niteliğindeki bir davranış, aralarında evlenme yasağı bulunan *ergin* aile bireyleri veya akrabalar arasında ve *karşılıklı rızaya dayalı olarak* gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu bağlamda ensest, üç özelliği ile çocuğun cinsel istismarından ayrılmaktadır:

a) *Davranış cinsel ilişki niteliğinde olmalıdır*: Önceki başlıklarda belirttiğimiz gibi, çocuğun cinsel istismarı geniş anlamda bedensel temas içeren veya içermeyen

⁸⁷ POLAT, *Tanımlar*, s.174.

⁸⁸ Şura GENÇ-Seçil COŞKUN, “Ensest”, TBB Dergisi, S:106, (Y.:2013), s.216; Ensest hakkındaki diğer tanımlar için bkz. POLAT, *Tanımlar*, s.176 vd.

⁸⁹ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.12.

⁹⁰ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.17 vd.; Türkan YALÇIN SANCAR-Tuğçe Nimet YAŞAR, “Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı”, TBB Dergisi, S:80, (Y.:2009), s.247; GENÇ-COŞKUN, “Ensest”, s.218 vd.

⁹¹ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.21; Fahri Gökçen TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), s.380.

⁹² Ensest hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.16 vd.

geniş kapsamlı bir cinsel davranış yelpazesini ifade eder.⁹³ Ensest olgularında ise bu yelpazede yer alan cinsel davranışlardan yalnızca biri (cinsel ilişki) gerçekleşir.

b) Cinsel ilişki, aralarında evlenme yasağı bulunan ergin akrabalar arasında gerçekleşmelidir: Ensest ile çocuğun aile içi cinsel istismarını birbirinden ayıran en önemli özellik, cinsel ilişkinin aralarında evlenme yasağı bulunan *ergin akrabalar* arasında gerçekleşmiş olmasıdır. Türk hukuku kapsamında erginlik ve evlenme yasakları, TMK hükümlerine göre belirlenecektir. Çocuğun cinsel istismarında ise ergin olma şartı bulunmadığı gibi, TCK erken erginlik durumunda dahi çocuk sıfatını korumaktadır.

c) Karşılıklı rıza bulunmalıdır: Ensest kapsamındaki cinsel ilişki, aralarında evlenme yasağı bulunan ergin aile bireylerinin karşılıklı rızaları ile gerçekleşmelidir. Çocuğun cinsel istismarında ise cinsel davranış, ensestten farklı olarak cinsel rıza ehliyeti bulunmayan veya bulunsu dahi söz konusu eyleme rıza göstermeyen çocuğa yöneliktir. Bu kapsamda, çocuğun cinsel istismarında çocuk mağdur iken, ensest ilişkide mağdur kavramı bulunmayıp her iki taraf da fail durumundadır.⁹⁴

TCK düzleminde cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlar bakımından kural olarak cinsel özgürlüğün negatif yönü, yani “rızasızlık” esas alınmıştır. Bir başka ifadeyle, yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemler, hukuka uygunluk sebebinin bulunması nedeniyle (TCK m.26/2) ceza hukukunun ilgi alanına girmemektedir. Kanımızca ensestin rızaya dayalı, bir başka ifade ile cinsel özgürlüğün –ceza hukukunun müdahale alanı dışındaki– pozitif yönüne ilişkin olması nedeniyle cinsel dokunulmazlığa değil olsa olsa genel ahlak veya aile düzeninin korunmasına yönelik bir ihlal teşkil ettiği ileri sürülebilir.⁹⁵

Özetle, ensest ile çocuğa yönelik aile içi cinsel istismar birbirinden tamamen farklı kavramlar olup, çocuğa yönelik cinsel eylemin aile içinde gerçekleşmesi halinde bu davranış somut olayın özelliğine göre TCK m.103/3 veya TCK m.104/2 kapsamında *cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren hal* olarak düzenlenmiştir. Buna

⁹³ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.19.

⁹⁴ GENÇ-COŞKUN, “*Ensest*”, s.219.

⁹⁵ Ensestin suç olarak düzenlendiği ceza kanunlarında suçla korunan hukuksal yarar genellikle *genel ahlak, ailevi menfaatler, gelecek nesillerin korunması* şeklinde ifade edilmiştir, bkz. YALÇIN SANCAR-YAŞAR, “*Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı*”, s.249; Karş. ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.174 vd.

karşılık, ergin yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkinin açıkça suç olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle, kanunilik ilkesi uyarınca TCK kapsamında ensest suç oluşturmamaktadır.

Öte yandan, şayet kanun koyucunun ensesti suç kapsamına alma yönünde bir irade sergilemesi halinde, buna ilişkin düzenlemenin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında değil *genel ahlaka karşı suçlar* veya *aile düzenine karşı suçlar* başlığı altında yer alması, kanaatimizce suçla korunmak istenen hukuksal yararın niteliğine daha uygun düşecektir.⁹⁶



⁹⁶ Benzer yönde ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.317 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA MAĞDURU ÇOCUK OLAN CİNSEL SUÇLAR

I. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

Çocukların cinsel istismarı suçu, TCK'nın 103. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

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

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

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

anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(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.”

Mağduru bakımından özgü bir suç tipi olan çocukların cinsel istismarı, mağdur süjesinin “çocuk” olması ve bu fiiller karşısındaki direncinin zayıflığı göz önüne alınarak çocukların yetişkinlerden farklı, özel bir korumaya tabi kılınması düşüncesiyle⁹⁷ 102. maddeden bağımsız bir suç tipi olarak ihdas edilmiştir. Uluslararası düzenlemelerle uyumlu olarak TCK’da da “çocukların cinsel istismarı” başlığı altında ayrı bir suç tipinin yer alması, terminolojik anlamda eylemin sömürü niteliğine dikkat çekerek davranışın olumsuzluğunu vurgulaması nedeniyle⁹⁸ bizce de isabetli bir tercihtir.

⁹⁷ M. Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-M. Emin ALŞAHİN-Kerim ÇAKIR, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, ed. M. Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.377.

⁹⁸ ERDEN TÖTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.12; benzer yönde bkz. Fatih Selami MAHMUTOĞLU, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Görüş” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, ed. Teoman ERGÜL, (TBB Yayınları: Ankara, 2004), s.373.

Maddenin birinci fıkrası, çocukların cinsel istismarı suçunun basit şeklini düzenlemektedir. Eylemin sarkıntılık düzeyinde kalması, daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir. Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar eyleminin bir çocuk tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise soruşturma ve kovuşturma mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine tabi tutulmuştur. Mağdurun on iki yaşından küçük olması ise 6763 sayılı Kanunun 13. maddesiyle cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak eklenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokma suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İlk fıkradaki düzenlemeyle paralel biçimde mağdurun on iki yaşından küçük olması 103/2. madde bakımından da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli haldir.⁹⁹

Üçüncü fıkarda, cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak suçun maddede belirtilen özel ilişki ve sıfatların kullanılması suretiyle işlenmesi düzenlenmiştir.

Dördüncü fıkarda, eylemin, 103/1. maddenin (a) bendinde belirtilen çocuklara karşı cebir veya tehditle, (b) bendinde belirtilen çocuklara karşı ise silah zoruyla

⁹⁹ 6763 s. Kanun değişikliğinden önce, 103. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin düzenleme aşağıdaki şekildedir:

“(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.”

Söz konusu düzenlemenin, henüz 15 yaşını geçmiş olması ve 15 yaşını bitirmesine çok az bir süre kalması halinde aynı yaştaki mağdura karşı gerçekleştirilen aynı eylem sonucu faile verilecek ceza arasında aşırı orantısızlık bulunduğu gerekçesi ile iptali istenmişti. Anayasa Mahkemesi iptal istemi üzerine yaptığı incelemede, söz konusu 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 kaldırdığı 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 bulunduğu, bu haliyle ölçüsüz bir hukuk yaptırımı öngördüğünden Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. AYM, 2015/26 E. – 2015/100 K., K.T. 12.11.2015, RG Tarih/No:11.12.2015/29559, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 24.04.2020).

gerçekleştirilmesi cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, uygulanan cebrin en fazla *kasten yaralama suçunun basit şeklini oluşturacak düzeyde* olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, cinsel istismar eylemi için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde, beşinci fıkra gereği gerçek içtima uyarınca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin ayrıca uygulanması gerekecektir.

Suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak altıncı fıkra düzenlenmektedir.

Bu noktada, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile kaldırılan *suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı* şeklindeki düzenlemeden kısaca bahsetmekte yarar görüyoruz. Gerçekten, değişiklik öncesinde söz konusu hüküm gereği mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespit edilmesi her bakımdan uzun ve zorlu bir süreç olup ayrıca yargılamanın hatırı sayılır nispette uzamasına yol açmaktaydı. Bununla birlikte, çocuk mağdurlarda ruhsal travmaların olaydan hemen sonra olabileceği gibi aylar hatta yıllar alabilecek uzun vadelerde ortaya çıkma olasılığı da söz konusudur.¹⁰⁰ Neticede yargılama sürecinin önemli ölçüde uzamasına neden olan bu hüküm, yerinde bir gerekçeyle kaldırılmıştır.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cinsel istismarın erken ve geç dönemde ortaya çıkan ruhsal belirtilerle ilişkisi için bkz. Ahmet Hamdi ALPASLAN, “Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar”, Kocatepe Tıp Dergisi, C.:15, S.:2, (Y.:2014), s.198 vd.; Gençler üzerinde yapılmış geniş olgu sayısına sahip çalışmalardan elde edilen sonuçlar için bkz. Beyza URAZEL-Saniye Tülin FİDAN-Tarık GÜNDÜZ-Meryem ŞENLİKLİ-Bengisu ÖZÇİVİT ASFUROĞLU, “Çocuk ve Ergen Cinsel İstismarlarının Değerlendirilmesi” Osmangazi Tıp Dergisi, C.:39, S.:2, (Y.:2017), s.24; Cinsel istismara uğrayan çocukların önemli bir kısmının intihar girişiminde bulunmasına dair veriler için bkz. Sebla GÖKÇE İMREN-Ayşe Burcu AYAZ-Canan YUSUFOĞLU-Ayşe RODOPMAN ARMAN, “Cinsel İstismara Uğrayan Çocuk ve Ergenlerde Klinik Özellikler ve İntihar Girişimi ile İlişkili Risk Etmenleri”, Marmara Medical Journal, C.:26, S.:1, (Y.:2013), s.14 vd.

¹⁰¹ 6545 sayılı Kanunun değişiklik gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin TCK m.102 değişiklikleri için belirtilen mülahazalarla kaldırıldığı belirtilmiştir. TCK m.103 için de geçerli olan söz konusu gerekçede “*mağdurların defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olması, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekle birlikte ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmaması*” değişikliğin sebebi olarak ifade edilmiştir. Madde gerekçesi için bkz. GERÇEKER, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu - Cilt 1, s.1008.

A. Cinsel Davranış Kavramı

1. Tanım ve Sınırlandırma Sorunu

“Cinsle ilgili, cinse ait, erkeklik ve dişilikle ilgili davranış”¹⁰² anlamına gelen ve esasen hukuki nitelik taşımayan cinsel davranış kavramı hakkında net bir çerçeve çizebilmek oldukça güçtür. Zira cinsellik algısı ülkeden ülkeye, toplumdan topluma ve hatta bireyden bireye değişiklik gösterebilen muğlak bir kavramdır.¹⁰³ Haliyle cinsel davranış kavramına evrensel bir sınır belirleyebilmek mümkün değildir. Kültürden kültüre farklılık arz etmekle birlikte, en genel anlamıyla cinsel davranış *cinsel içerikli konuşma veya yazışmalar, cinsel organın gösterilmesi* gibi temas içermeyen ani yahut sürekli hareketlerden *cinsel amaçlı dokunma veya dokundurma, okşama, öpme* ya da *cinsel ilişkiye* kadar uzanan temaslı eylemlerin bütünüdür. Bu noktada geniş anlamda cinsel davranış, *temas içermeyen ani yahut sürekli hareketlerden vücuda organ veya sair cisim duhulüne dek uzanan temaslı eylemlerin tamamını kapsayan cinsel çağrışımlı hareketler bütünü* olarak ifade edilebilir.

İkinci bir kişinin cinsellik alanına müdahale niteliği taşıyan bu davranışların karşılıklı rızaya dayanarak gerçekleştirilmesi halinde, kural olarak ceza hukukunu ilgilendiren bir yön bulunmamaktadır. Ancak cinsel davranışın karşılıklı rıza olmaksızın veya kanunun özel durumlarını gözeterek özel koruma altına aldığı bir gruba karşı gerçekleştirilmesi durumunda, istenmeyen cinsel davranışa maruz kalan bireyin “cinsel eylemde bulunmama” özgürlüğü –başka bir deyişle suçla korunan hukuksal yararı– ihlal edilmiş olduğundan, söz konusu kavramın ceza hukuku düzleminde de bir karşılık bulmasını gerektirmektedir. Bu ihtiyaç, cinsel davranış kavramından hukuki zeminde ne anlaşılacağı tartışmasını beraberinde getirmektedir.

Bilindiği gibi, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan *kanunilik* ilkesi aynı zamanda devletin öngörülemez müdahalelerine karşı normun uygulanma alanının belirlenmiş olmasını (*lex certa*) gerektirir.¹⁰⁴ Şu halde, suçun sınırlarını belirleyebilmek için cinsel davranış kavramı üzerinde en azından ulusal düzeyde bir konsensüs sağlanması zorunludur. Kanunların en nihayetinde toplumsal bağlayıcılığı

¹⁰² Ali PARLAR-Mustafa ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018), s.99

¹⁰³ Cinsel davranış kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.94 vd.

¹⁰⁴ ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.45.

bulunan metinler olduğu düşünülduğünde, TCK açısından da uygulanabilirliğin sağlanması için bu konsensüsün toplumdan kopuk olmayacağı ve toplumsal cinsellik algısıyla büyük ölçüde paralellik göstereceği şüphesizdir.

2. Türk Ceza Kanununun 103. Maddesi Kapsamında Cinsel Davranış Ölçütleri

TCK'nın 103/1. maddesine bakıldığında, kanun koyucunun cinsel istismar niteliğindeki davranışları *on beş yaş* ekseninde bir ayrıma tabi tuttuğu görülmektedir. Anılan düzenlemede, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından *her türlü cinsel davranış* cinsel istismar sayılırken (TCK m.103/1-a), on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinde sorun bulunmayan çocuklar bakımından *cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı cinsel davranış* cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Düzenlemeye göre çocukların cinsel istismarı suçundan söz edebilmek için, her şeyden önce ortada bir cinsel davranış bulunması gerektiği şüphesizdir. Peki ama, bu davranış ceza hukuku kapsamında hangi ölçütlere göre belirlenecek ve hukuk düzeni bu davranışa ne oranda müdahale edebilecektir?

a. Fiziksel Temas Bulunmalıdır

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK açısından bakıldığında “cinsel davranış” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda açık bir tanımlama yer almamaktadır.¹⁰⁵ Kanuni düzenlemede yer alan *on beş yaş* eksenli ayırım ise ne yazık ki belirleyici olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçuna ilişkin madde gerekçesinden¹⁰⁶ hareketle, suçun basit şeklini oluşturan cinsel

¹⁰⁵ Cinsel davranış kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda açıklık bulunmamasına ilişkin eleştiriler için bkz. Nevzat TOROSLU-Yüksel ERSOY, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, ed. Teoman ERGÜL, (TBB Yayınları: Ankara, 2004), s.17; Mustafa AVCI, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu – II*, ed. Teoman ERGÜL, (TBB Yayınları: Ankara, 2004), s.212.; Bahri ÖZTÜRK, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu (Panel Konuşması) in. *Türk Ceza Kanunu Reformu – I*, ed. Teoman ERGÜL, (TBB Yayınları: Ankara, 2004), s.143.

¹⁰⁶ 102. maddenin gerekçesinde, suçun oluşabilmesi için “*cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi*” aranmıştır. Suçun maddi unsuru ise “*kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar*” olarak belirtilmiştir. Hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunması yeterlidir, cinsel arzuların fiilen tatmin edilmiş olması aranmaz. Gerekçe için bkz.

davranışın her iki bent kapsamındaki çocuklara yönelik “fiziksel temas içeren, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki düzeyine varmayan davranışlar” olarak ifade edilmesi mümkündür.¹⁰⁷ Belirtelim ki, davranışın cinsel ilişki düzeyine ulaşması halinde, somut olayın özelliklerine göre nitelikli cinsel istismar (TCK m.103/2) veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan (TCK m.104) söz edilecektir. Bu varsayımlara ilişkin açıklamalarımız çalışmamızın sonraki başlıklarında yapılmıştır.

Bu noktada belirsizlik yaratan bir başka sorun, hangi tür cinsel davranışların bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz gibi, cinsel davranış temas içermeyen ani yahut sürekli hareketlerden vücuda organ veya sair cisim duhulüne dek uzanan temaslı eylemlerin tamamını içeren cinsel çağrışımlı hareketler bütünüdür. Peki 103. madde, bu denli geniş kapsamlı bir kavramın hangi kısmına uygulanacaktır?

Özellikle 103/1. maddenin (a) bendindeki çocuklara yönelik “her türlü cinsel davranış” ifadesinin yol açtığı bu belirsizlik, fiziksel temas içermeyen cinsel davranışların da bu madde kapsamında olup olmadığı konusunun doktrinde uzunca bir süre tartışılmasına¹⁰⁸ neden olmuştur. Uygulamada ise Yargıtay “her türlü cinsel

GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1010. Suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde gerçekleştirilen nitelikli haline ilişkin açıklamada ise (TCK m.102/2), temel şeklinin aksine, “nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.” denilerek, cinsel arzuların tatmini amacı aranmamıştır. Aynı kabul, 103. maddede düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da söz konusudur. Bir başka ifadeyle, TCK’nın 102. ve 103. maddesinde yer alan suçların basit halinin gerçekleşebilmesi için hareketin bedensel temas içermesi, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması ve fakat cinsel ilişki düzeyine varmaması gerekmektedir. Her iki suçun nitelikli halinde ise, vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşmiş bir bedensel temas şartı aranmakla birlikte, söz konusu hareketin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması şartı aranmamıştır.

¹⁰⁷ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.135.

¹⁰⁸ “Her türlü cinsel davranış” ifadesini geniş yorumlayarak, basit cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik cinsel bir davranışın yeterli olduğu ve 103. madde hükmünün fiziksel temas zorunluluğu aramadığı gerekçesi ile temas içermeyen cinsel davranışların da 103. madde kapsamında basit cinsel istismar olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Durmuş TEZCAN- Mustafa Ruhan ERDEM-R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.433; İlhan ÜZÜLMEZ, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, EÜHFD, C:IV, S:2, (Y:2009), s.31; İbrahim DÜLGER, “Çocukların Cinsel İstismarı”, Fasikül Hukuk Dergisi, Uluslararası Kolokyum Yargıtay Özel Sayısı, S.6, (Y.:2010), s.41; Denizhan HOROZGİL, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli”, TBB Dergisi, S:93, (Y:2011), s.123; Cinsel davranışın “vücut bütünlüğünün ihlali” suretiyle gerçekleşeceği yönündeki 102. madde gerekçesinden hareketle, söz konusu kavramın dar yorumunu dikkate alarak, çocuğun vücut bütünlüğünü ihlal etmeyen ve dolayısıyla temas içermeyen cinsel davranışların TCK m.105 kapsamında “cinsel taciz” olarak değerlendirilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. Ersan ŞEN-Tuğçe BAŞARIR, *Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın* in. *Yorumluyorum – II*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), s.127-128; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.307 vd.; Mehmet Emin ARTUK, “Cinsel Taciz Suçu”, CHD, S.6, (Y.: 2008), s.11.

davranış” ifadesini dar anlamıyla değerlendirmekte ve bedensel temas içermeyen cinsel davranışlara *cinsel taciz* hükümlerine göre yaptırım uygulamaktaydı.¹⁰⁹

Söz konusu belirsizliğe ilişkin tartışmaları sona erdirmek amacıyla 28.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6545 sayılı *Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* yürürlüğe girmiştir. 6545 sayılı Kanunun, TCK’nın 102. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 58. madde gerekçesinde¹¹⁰ basit cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasındaki ayrımın fiziksel temas olduğu vurgulandıktan sonra, aynı kanunun 61. maddesiyle yapılan değişiklik neticesinde cinsel taciz suçunu oluşturan eylemlerin çocuklara karşı işlenmesi halinde ceza artırımı öngörülmek suretiyle çocuklara yönelik bedensel temas içermeyen cinsel davranışların 105. madde kapsamında cinsel taciz olarak kabul edileceği kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Böylelikle çocuklara yönelik bedensel temas bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışların 105. madde çerçevesinde cinsel taciz olarak değerlendirilmesi yönündeki Yargıtay uygulaması yasal zemin kazanmıştır.¹¹¹

¹⁰⁹ Sanığın oluşı uygun olarak işlediği kabul edilen "yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesiyle mağdureye yaklaşıp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynayarak göstermekten" ibaret eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 5. CD, 2007/3731 E. – 2007/4315 K., K.T.: 04.06.2007, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.04.2020); “...Sanığın, köy camisinin yanında bulunan mağdurenin pantolonunu indirtip ve üzerindeki eşofmanını kaldırtıp hiçbir bedensel temas olmaksızın cinsel organına ve göğüslerine bakmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2011/5751 E. – 2012/9819 K., K.T. 11.10.2012, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T.: 12.04.2020).

¹¹⁰ 6545 s. Kanunun 58. maddesiyle getirilen değişikliğin gerekçesi şöyledir: “(...) Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayrım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır.(...)” Gerekçe için bkz. GERÇEKER, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I, s.1008-1009.

¹¹¹ “Suça sürüklenen çocuğun, babasına ait markette bilgisayarda film izlediği sırada alışveriş yapmaya gelen on üç yaşı içerisindeki mağdureye herhangi bir fiziki temasta bulunmaksızın pantolonunun fermuarını açıp cinsel organını gösterdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda yapılan düzenleme de nazara alınıp belirlenecek lehe Kanuna göre cinsel taciz suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 105/1. maddesi gereğince cezalandırılması yerine oluşı uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle çocuğun basit cinsel istismarı suçundan beraatine hükmedilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2016/6967 E. – 2016/5789 K., K.T.: 10.06.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.04.2020).

Özetle, TCK'nın 103. maddesi kapsamında cinsel davranışın temel olarak *fiziksel temas bulunması* ve *mağdurun yaşı* olmak üzere iki ölçüte göre değerlendirildiği görülmektedir.¹¹² Bedensel temasla gerçekleştirilen cinsel davranışın mağduru bir yetişkin ise *cinsel saldırı* suçunun (TCK m.102); bir çocuk ise, koşullarına göre *çocukların cinsel istismarı* (TCK m.103) veya *reşit olmayanla cinsel ilişki* suçunun (TCK m.104) oluşacağı düzenlenmiştir. Cinsel davranışın bedensel temas olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde ise, TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen *cinsel taciz* suçu gündeme gelmektedir. Görüldüğü gibi, bedensel temasın bulunup bulunmaması davranışın cinselliğini değiştirmemekte, yalnızca suç vasfına etki etmektedir.

b. Davranış Objektif Olarak Cinsel Nitelikte Olmalıdır

TCK'nın 102. madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, kanun koyucu TCK m.103/1 çerçevesinde cinsel davranış, *fiziksel temas içeren, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar* olarak kabul etmektedir. Cinsel arzuları tatmin amacı, en nihayetinde failin iç dünyasına ilişkin bir tespit içermektedir. Öte yandan, önceki başlıklarda açıkladığımız sebeplerden ötürü, sergilenen davranışın cinsel olup olmadığını şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirleyecek evrensel bir ölçüt de bulunmamaktadır. Bu noktada, davranışın cinselliği konusunda bir değerlendirme yapabilmek için objektif veya sübjektif esaslara dayalı birtakım görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden objektif esası benimseyen görüş, cinsel davranışın tespitinde kullanılabilecek genel geçer ölçütler bulmaya çalışarak davranışın bu ölçütlere göre cinsellikle ne oranda ilişkilendirilebildiğine odaklanmaktadır.¹¹³ Objektif görüşe göre cinsel davranış tıp, sosyoloji, psikoloji ve antropoloji bilimlerinin verileri ile örtüşecek biçimde cinsel hisleri uyandırabilecek nitelikteki davranışları ifade eder.¹¹⁴ Bir başka

¹¹² “Görüldüğü üzere, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçu arasındaki en temel fark vücuda temas noktasındadır. Bir eylemin, cinsel taciz sayılması için vücuda dokunulmadan gerçekleştirilmiş olması gerekir. Vücuda temasla gerçekleştirilen eylemlerde mağdurun yaşına göre cinsel istismar veya cinsel saldırı suçlarından söz edilir.” Yar. CGK, 2013/14-97 E. – 2013/331 K., K.T.05.07.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 26.04.2020).

¹¹³ TANER, “Kadının Eşitlik Mücadelesinde Ceza Kanunlarında Cinsel Suçlar Dönüşürken Aslında Ne Değişti?”, Kadın/Woman 2000-Kadın Araştırmaları Dergisi, C.:16, S.:2, (Y:2015), s.70.

¹¹⁴ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.387; Erdal BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.96; Objektif görüşün değerlendirme

deyişle, objektif görüş failin içsel dünyasına odaklanan “cinsel arzuları tatmin amacı” yerine, davranışın objektif verilere göre cinsel arzuları tatmin amacıyla bağlantılı olup olmadığını dikkate almaktadır.

Sübjektif esaslı görüşe göreyse, davranışın cinselliğinden söz edebilmek için failin o davranışı şehvet hisleriyle gerçekleştirmiş olması gerekir. Fail dışa vuran eylemleri ile şehvi hislerini tatmin isteğini açığa vuruyorsa cinsel bir davranıştan söz edebilmek mümkündür.¹¹⁵

Türk öğretisinde ise ağırlıklı görüş, objektif görüş doğrultusunda davranışın cinsellikle bağlantısının mümkün olduğunca genel geçer ölçütlere göre değerlendirilmesi ve failin cinsel arzularını fiilen tatmin etmesinin şart olmadığı yönündedir.¹¹⁶ Gerçekten, cinsellik algısının değişkenliği dikkate alındığında, değişken ölçütlere göre hareket edilmesinin aynı davranışın suç niteliğini kişiden kişiye değiştirerek belirlilik ilkesine aykırılık sonucunu doğurur ki, bu durumun keyfiliğe ve adaletsiz sonuçlara yol açması kaçınılmazdır.¹¹⁷ Davranışların cinsel arzuları tatmini ile bağlantılı olması fiilin objektif niteliği bakımından yeterlidir.¹¹⁸

ölçütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.98 vd.

¹¹⁵ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.105.

¹¹⁶ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.359; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.411; Handan YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.112; YOKUŞ SEVÜK, “6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, CHKD, C.:3, S.:2, (Y.:2015), s.124; Nur CENTEL, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.:99, (Y:2012), s.273; ŞEN-BAŞARIR, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, s.127.

¹¹⁷ “Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bireylerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilmesi için fiili kanunun “açıkça” suç sayması gerektiğinden, suç ve cezaların şekli bakımından kanunla düzenlenmesi yeterli olmayıp, içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Ceza hukukunda ‘belirlilik’ ilkesi olarak tanımlanan ilkeye göre, suç ve ceza içeren kanun maddesinde hangi davranışların suçu oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” Yar. CGK, 2018/310 E. – 2019/62 K., K.T: 05.02.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T: 18.04.2020).

¹¹⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.387.

Başka bir ifadeyle, cinsel haz almaya elverişli hareketlerle mağdurun cinsel bütünlüğüne haksız bir müdahalede bulunulmuş olmalıdır.¹¹⁹

Öte yandan, cinsel suçlara konu eylemlerin birçoğunda cinsel amacın varlığı bariz olsa da bazı hallerde davranış objektif olarak mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal eder nitelik taşımasına rağmen, failin amacı her zaman cinsel arzularını tatmin etmek olmayabilir. Özellikle sarılma, dokunma,¹²⁰ elin omza atılması,¹²¹ okşama,¹²² öpme¹²³

¹¹⁹ Nur CENTEL-Hamide ZAFER, “Cinsel Saldırı Suçu” in. Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan, ed. Mahmut KOCA, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.234.

¹²⁰ “Doktor olan sanığın, aşamalarda tıbbi muayenenin gerektirdiği temas veya dokunma dışında mağdurenin vücuduna cinsel amaçlı temasta bulunmadığını savunması karşısında ... mağdurenin bedeni üzerinde yapılan eylemlerin tıbbi gereklere uygun olup olmadığı, bunu aşacak şekilde ve cinsel arzuları tatmin amacıyla yapıp yapılmadığı hususlarında katılında mevcut hastalık konusunda uzman bilirkişiden rapor alınıp gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorularak neticesine göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı...” Yar. 14. CD., 2017/1622 E. – 2017/4611 K., K.T: 10.10.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T: 26.04.2020); “Dosya kapsamına göre sanığın, 2015 yılı Kasım ayı içerisinde mağdure ... bacaklarına dokunma şeklindeki ilk eyleminden sonra başka bir tarihte mağdurenin alnına elini koyarak ateşin var demesi ve 2015 yılının Aralık ayında voleybol oynarken mağdurenin omzuna elini koyması şeklindeki eylemlerinin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olup olmadığının sabit olmaması karşısında, sanığın yalnızca 2015 yılı Kasım ayı içerisinde gerçekleştirdiği ilk eylemi nedeniyle çocuğun basit cinsel istismarı suçundan dolayı TCK’nın 103/1-c. 1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken hakkında koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 43. maddesinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini ...kanuna aykırı...” Yar. 14. CD., 2017/1689 E. – 2017/2514 K., K.T. 09.05.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T: 26.04.2020).

¹²¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.149.

¹²² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.149; “...sanığın aralarında akrabalık bulunmayan ve rızası geçersiz olan mağdureyi aldatıcı davranışlarla götürdüğü evinde üçüncü bir kişi geldiğinde mağdureyi dolaba saklaması şeklindeki hayatın olağan akışına uygun düşmeyen davranışları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın para verip bilgisayarını kullanırdığından bahisle evine götürdüğü mağdureyi cinsel arzularını tatmin amacıyla kucağına oturtturarak saçlarını okşamaması suretiyle hileyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işlediği anlaşılmıştır” Yar. CGK, 2018/429 E. – 2019/33 K., K.T. 22.01.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T: 26.04.2020).

¹²³ “Arkadaş olup yaşları birbirine yakın olan SSÇ ile mağdurenin, suç tarihinde buluşarak bir süre gezdikten sonra akşam saatlerinde ayrıldıkları sırada yanak yanağa öpüştiklerini gören mağdurenin annesinin şikayeti üzerine intikal eden olayda, suça sürüklenen çocuğun cinsel arzularını tatmin amacıyla mağdureyi öptüğüne dair cezalandırılmasına yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2014/530 E. – 2016/90 K., K.T.: 12.01.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:12.06.2020); “Tüm dosya içeriğine göre; sanığın, mağdur ...’yi evinde iken birden fazla yanağından öpmesi, ayrıca bebeğin tarzında sözlerle dudağından öpmeye çalışması şeklindeki eylemleri ile mağdur ...’ı havuzda bulunduğu sırada kendisine doğru çekerek kucağına oturmaya çalışması, bunun dışında da evde bulunduğu farklı zamanlarda mağduru yanağından öpmesi şeklindeki eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, eylemlerin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz ettiği ve bu haliyle sanığın mağdurlara yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK’nın 103/1-I. cümlesinde düzenlenen zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hükümler kurulması (...) kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2016/826 E. – 2016/5317 K., K.T.: 31.05.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi>

gibi¹²⁴ günlük hayat içerisinde sıkça rastlanan ve arkadaşça olabilecek davranışlarda ya da mağduru küçümseme ve aşağılama amacıyla vücuduna organ veya sair cisim sokulması gibi fiillerde durum böyledir. Veya aksine, normal koşullarda cinsel olarak nitelendirilemeyecek bir davranış, failden kaynaklanan birtakım kişisel sebeplerle (örneğin failin fetişist olması veya yüksek cinsel duyarlılığa sahip olması) cinsel arzularını tatmin etmesi için yeterli olabilir. Bununla birlikte, failin iç dünyasına ilişkin soyut bir tespiti ilişkin olan cinsel arzuları tatmin amacının –özellikle somut olayın niteliğine göre birden fazla anlam yüklenebilecek davranışlar bakımından– ispatı neredeyse imkansızdır. O halde söz konusu varsayımlarda, cinsel dokunulmazlığa ilişkin bir suçun varlığı hangi görüş esas alınarak değerlendirilecektir?

Bu noktada biz, her iki görüşün de tek başına adil bir denge kurmaya yetmeyeceği düşüncesindeyiz. Gerçekten, sübjektif görüşün tek başına esas alınması failin niyeti, mağdurun algısı, olayı değerlendiren yargı mercii görevlilerinin yorumu gibi birden çok değişkene bağlı olması nedeniyle keyfi yorumlarla belirlilik ilkesinin zedelenmesine yol açacaktır. Öte yandan, salt objektif görüşün esas alınması halinde davranışın “teknik” anlamı ön planda tutulduğundan, önceki paragraflarda örneklediğimiz üzere cinsel nitelikli olduğu düşünülebilen ancak günlük hayat içerisinde belki nezaket, belki arkadaşlık ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilen bazı davranışların da cinsel tatmin amacının güdülmediği halde hayatın olağan akışına aykırı biçimde “cinsel istismar” olarak değerlendirilme riski söz konusu olmaktadır. Bu varsayımlarda failin bu fiilleri başka bir amaçla değil cinsel arzularını tatmin amacıyla yapması önemlidir,¹²⁵ dolayısıyla basit cinsel istismar suçuna ilişkin değerlendirme somut olaydaki başkaca verilerle de desteklenerek titizlikle

BankasiIstemciWeb/>, (E.T.: 12.06.2020); “Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre sanığın, mağdurenin yanağından öpme ve sırtına dokunma şeklindeki eylemlerini cinsel saikle gerçekleştirdiğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yar.14.CD, 2016/12328 E. – 2017/2756 K., K.T.: 22.05.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T. 27.04.2020).

¹²⁴ “(...) sanığın, mağdurenin kolunu sıkmasının da cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olmadığı, bu itibarla sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından (...) müstet suçtan beraatine...” Yar. 14. CD, 2018/10129 E. – 2019/8281 K., K.T.: 18.03.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T: 26.04.2020).

¹²⁵ Murat AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s.38.

yapılmalıdır. Faildeki kastın cinselliğe yönelik olduğunun kesin olarak tespit edilebilmesi gerekir.¹²⁶

Açıkladığımız nedenlerle, her somut olay bakımından suça konu davranışın tarafları arasındaki kişisel ilişki de¹²⁷ dikkate alınarak dokunulan bölge, hareket sayısı ve failin kastının bir bütün olarak değerlendirilmesinin,¹²⁸ bir başka ifadeyle objektif görüşün somut olayın sübjektif unsurlarıyla desteklenmesinin yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim, bu konuda TCK'nın 102. ve 103. madde gerekçelerine birlikte bakıldığında, basit cinsel istismar suçuna vücut veren hareketin *fiziksel temas ile gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlar* olduğu anlaşılmaktadır.¹²⁹ Bu kapsamda, failin yukarıda örneklediğimiz *yüksek cinsel duyarlık* veya *fetişizm* gibi cinsel sapkınlıkları söz konusu ise, davranışın objektif olarak mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹³⁰ Çift anlama gelebilecek davranışlar için de davranışın fail ile mağdur arasındaki sosyal münasebet çerçevesinde ve olayın gerçekleşme koşullarına göre mutlak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir.

Özetle, TCK 103. madde kapsamındaki cinsel davranışın, mağdur çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve objektif olarak cinsellik ve cinsel arzuların dış dünyaya fiili olarak açıklanması veya ifade edilmesi niteliği taşıyan davranışlar olarak anlaşılması mümkündür.¹³¹

c. Mağdurun Yaşı

Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından, mağdur her halükarda ancak on sekiz yaşını tamamlamamış bir çocuk olabilir. Bununla birlikte kanun koyucu, yasal düzenlemeyi mağdur çocuğun 0-15 (TCK m.103/1-a) ve 15-18 (TCK m.103/1-b) yaş

¹²⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.387.

¹²⁷ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.149.

¹²⁸ Bkz. Yusuf PAKIR, *Cinsel Saldırı Suçu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s.92; Alaattin ŞİMŞEK, *“Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”*, CHD, S.28, (Y.:2015), s.312.

¹²⁹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.35.

¹³⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.113; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.387. Yazarlar, cinsel duyarlılığı anormal biçimde gelişmiş bir failin örneğin mağdurun ayakkabısından tahrik olması durumunda, davranış objektif olarak cinsel nitelik taşımadığından burada bir cinsel davranıştan söz edilemeyeceği görüşündedir.

¹³¹ Behiye KÖSE ŞAHİN, *“Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı”*, Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.49.

grubunda olmasına göre kendi içinde kategorilere ayırmış, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olmasını ise verilecek cezanın alt sınırını artırıcı neden olarak düzenlemiştir. Bahsettiğimiz yaş kategorilerine ilişkin açıklama çalışmamızın “Mağdur” başlığı altında yapılacaktır.

On sekiz yaşını tamamlamadan evvel evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış çocukların bu suçun mağduru olup olamayacağı hususunda öğretide bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş, TCK m.6/1-c düzenlemesi uyarınca erken erginlik halinde dahi on sekiz yaş henüz tamamlanmadığından çocukluk halinin devam ettiği, dolayısıyla çocuk her ne şekilde ergin kılınmış olursa olsun bu suçun mağduru olabileceği yönündedir.¹³² Zira 103. madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, kanun koyucu söz konusu suça ilişkin düzenlemeyi erginlik değil *çocukluk* üzerine kurmuştur.

Evlenme yoluyla ergin kılınmış çocuklar bakımından bu suçun eş tarafından işlenip işlenemeyeceği konusunda ise görüş ayrılığı mevcuttur. Öğretide bir görüş, evlenme ile ergin kılınmış kişinin rızası hilafına vücuda organ veya sair cisim sokma biçimindeki eylemlerin üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi halinde eylemin nitelikli cinsel istismar (TCK m.103/2) olarak değerlendirileceği; ancak aynı eylemin eş tarafından gerçekleştirilmesi halinde eşe karşı nitelikli cinsel saldırı (TCK m.102/2) suçundan söz edileceği yönündedir.¹³³ Uygulamada Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır.¹³⁴ Diğer görüşe göreyse, kişi evlenme yoluyla ergin kılınmış olsa dahi TCK m.6/1-c kapsamında çocuk statüsü on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar devam ettiğinden, eşi tarafından mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin olarak 103. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹³⁵

¹³² TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.428; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.143; GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1044; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.379; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanlar Cinsel İlişki Suçu*, s.30; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.147; Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), s.354; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.171.

¹³³ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.379; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.172; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.354.

¹³⁴Yar. 14. CD, 2014/582 E. – 2014/14622 K., K.T.: 22.12.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:28.04.2020).

¹³⁵ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.144; Nurullah KANTARCI, “*Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu*”, CHD, S.:33 (Y.:2017), s.169; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.148; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.432.

Cinsel suçlara ilişkin olarak mağdurun yaşı konusundaki TCK düzenlemeleri bir bütün halinde incelendiğinde, açıkça zikredilmemekle birlikte, 103. ve 104. madde hükümlerinin birlikte ele alınması sonucunda cinsel ilişki dışındaki cinsel davranışlara rıza gösterebilmek için on beş yaşın sınır olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹³⁶ Bir başka ifadeyle kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamış çocukların yalnızca cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlar bakımından cinsel olgunluğa ulaştığını kabul etmektedir. Kanımızca, çocuğun ergin kılınması onun aynı zamanda cinsel ilişkiye rıza gösterebilecek olgunluğa da eriştiği anlamına gelmemektedir.¹³⁷ Kanunen ergin kılınmış olsa bile, çocuğun cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek psikolojik ve cinsel erginliğe henüz erişememiş olması kuvvetle muhtemeldir.¹³⁸ Hal böyleyken, erken yaşta evlendirilen çocukların cinsel ilişkiye anlam ve sonuçlarını kavrayarak rıza göstermeleri düşük bir ihtimal olmakla beraber, özellikle evlilik birliği içerisinde direncinin kırılması bir yetişkine göre çok daha kolaydır. Ceza hukuku anlamında cinsel ilişkiye rıza gösteremeyeceği kabul edilen ve rızasıyla girdiği cinsel ilişki dahi TCK 104. madde hükümleri gereği yaptırıma tabi tutulan “çocuğun” kural olarak 17, önemli sebeplerin varlığı halindeyse mahkeme kararıyla 16 yaşında evlenmesine izin verildiği takdirde evlilik içinde cinsel ilişkiye rıza gösterebileceği kabulünü anlamak güçtür.

Bununla birlikte, çelişki yaratan asıl durum TCK m.103 uyarınca yine bir çocuk tarafından gerçekleştirilen sarkıntılık niteliğindeki davranışlar hariç olmak üzere cinsel istismar niteliğindeki her türlü davranış re’sen soruşturulup kovuşturulurken, 102. maddeye göre eş tarafından gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırının şikayete tabi olmasıdır.¹³⁹ Kişi ceza hukuku anlamında on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar

Yazarlara göre evlenme veya başka bir yolla çocuğun ergin kılınmış olması 103. maddede düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması bakımından önem taşımamaktadır, ancak bu durumun bazı sorunlara yol açması söz konusudur. Yine bkz. ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.355. Yazarlar, rıza dışı cinsel davranışlar bakımından TCK 103. maddede belirtilen çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağı ancak TMK hükümlerine göre yapılmış resmi nikaha dayalı evliliklerde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışların, evlenmenin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu gerekçesiyle suç oluşturmayacağı görüşündedir.

¹³⁶ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.168.

¹³⁷ Benzer yönde bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.363; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.159.

¹³⁸ Benzer yönde bkz. ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.385.

¹³⁹ Özlem YENERER ÇAKMUT, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF HAD, C:22, S:1, (Y.: 2016), s.44.

çocuktur ve kanunun nitelikli korumasına muhtaçtır. O halde bu noktadaki temel sorun, mağdurun eş sıfatının mı yoksa çocuk sıfatının mı dikkate alınması gerektiği noktasındadır.

Kanaatimizce mağdurun “eş” sıfatının öne çıkarılması, aynı mağdura (çocuk) karşı işlenen aynı fiilin özünde “istismar” niteliğini taşıdığı halde şikayet edilmeyerek karanlık sayı olarak kalmasına yol açabilecektir. Özellikle ülkemizde yasal evlenme yaşının altındaki çocukların resmi nikah olmaksızın sözde “evlendirilmeleri” gibi kangren bir sorunla karşı karşıyayken, çocuğun “eş” sıfatını öne çıkaran bu yaklaşım bizce çocuk statüsünü açık bir şekilde erginliğe değil yaşa bağlamış olan TCK’nın “nitelikli koruma” amacına uygun düşmemektedir. Bu savımızın hem mağdurun hem de failin çocuk olduğu çocuk evlilikleri bakımından lehe sonuç doğurmayacağı düşünülse de kanaatimizce böyle bir varsayımda her iki tarafın da “istismar edildiği” açık olup fail ve mağdur sıfatının aynı kişide birleşemeyeceği ilkesinden¹⁴⁰ yola çıkılarak yeni bir düzenleme ile çocuklar bakımından şahsi cezasızlık sebebi ihdas edilmesi; buna karşılık suç niteliğindeki bir eyleme kasten aracılık etmeleri dolayısıyla her iki çocuğun da velayet hakkını haiz ebeveyninin “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulması sorunu büyük ölçüde çözecektir.¹⁴¹

Bu noktada, son birkaç yıldır “çözüm” adı altında aralıklarla gündeme getirilen ve kamuoyunda haklı olarak tepkiyle karşılanan “fail ile mağdurun evlenmesi halinde cezanın kaldırılmasına” yönelik önergelerin mevcut soruna çözüm olmak şöyle dursun, sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getirerek yeni yaralar açacağını özellikle belirtmek isteriz.¹⁴² Modern ceza hukuku anlayışıyla ve çağın gerekleriyle hiçbir şekilde bağdaşmayan bu tarz önerilerin bir daha gündeme getirilmemek üzere rafa kaldırılmasını, çözümün insan onuruna ve çocuk haklarına yakışan “yapıcı” düzenlemelerde aranmasını ümit ediyoruz.

¹⁴⁰ Bu konudaki bazı görüşler için bkz. AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.26-27.

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. A. Timur DEMİRBAŞ, “Çocuk Gelinler ve Türk Ceza Kanunu”, in. *Hukuki Boyutuyla Çocuk Gelinler Konferansı: Bildiriler*, ed. S. Alp LİMONCUOĞLU-Mine KASAPPOĞLU TURHAN, (İzmir: İEÜ Yayınları, 2014), s.79; TANER “*Anayasa Mahkemesinin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi*”, TBB Dergisi, S:124, (Y.: 2016), s.239 vd.

¹⁴² Aynı yönde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.426; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.314.

Sonuç olarak, yukarıda izah ettiğimiz gerekçelerle ister mağdur ister fail konumunda olsun; görüşümüz çocuğun daima “çocuk” sıfatının öncelikle gözetilmesi ve hangi yolla ergin kılınmış olursa olsun bir çocuğa karşı gerek eşi gerekse üçüncü şahıslarca gerçekleştirilecek nitelikli cinsel davranışların 103. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Basit cinsel istismar niteliğindeki cinsel davranışların da 103/1-b hükmüne uygun olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanması halinde bu suçu oluşturacağı düşüncesindeyiz.¹⁴³

B. Cinsel Davranışın Sarkıntılık Düzeyinde Kalması

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde çocuklara yönelik sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışlara ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Yargıtay organ ve sair cisim sokma düzeyinde olmayan cinsel amaçlı tüm temasları yoğunluğu, sayısı ve gerçekleşme süresi fark etmeksizin basit cinsel istismar kapsamında değerlendirmekteydi.¹⁴⁴ Uygulama, her ne kadar sarkıntılık niteliğindeki ani ve kesintili cinsel eylemler için alt sınırdan, yoğunluk arz eden eylemler içinse alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayini¹⁴⁵ yönündeyse de Yüksek Mahkemenin bu kabulü

¹⁴³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.35; Eşler arasında basit cinsel istismar suçunun işlenemeyeceğine dair bkz. Didem YELDAN, *Uygulamada Cinsel Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.216.

¹⁴⁴ “Olay tarihinde sanığın bisikletle giderken yolda yürümekte olan mağdurenin arkasından gelerek mağdurenin kalçasına onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketle dokunması şeklinde gerçekleşen olayda; eylemin TCK’nın 103/1-b maddesinin yollamasıyla aynı Kanunun 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2012/8907 E. – 2014/892 K., K.T.: 27.01.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); “Sanığın mağdureye karşı sol bacağıyla kalça kısmından eliyle dizine doğru sıvazlayarak sarkıntılık şeklinde, üzerine atılı TCK’nın 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği halde yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı...” Yar.14 CD, 2012/15220 E. – 2014/10082 K., K.T.: 17.09.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:14.06.2020).

¹⁴⁵ “Sanığın, adres sorma bahanesiyle aracına bindirdiği mağdurenin önce bacaklarını ve göğüslerini ellediği, akabinde cinsel organını çıkararak mağdureden ellemesini istediği, mağdurenin kabul etmemesi üzerine mağdurenin elini tutarak cinsel organını ellettirdiği olayda TCK’nın 103/1. maddesi uyarınca temel cezanın sanığın eyleminin ani ve kesik nitelikte olmaması, süreklilik arz etmesi, sanığın kastının yoğunluğu ve suçun işleniş şekli nedeniyle asgari haddten uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği...” Yar. 14. CD, 2012/9614 E. – 2014/6384 K., K.T.:09.05.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:14.06.2020). Kararda, bahsedilen durum gözetilmeden eksik ceza tayin edildiği Özel Dairece belirtilmesine rağmen karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.; Öğretide benzer yönde görüş için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.158; “Yerel mahkeme direnme kararından sonra 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde yapılan değişiklikle birinci fıkraya; ‘Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir’ ibaresinin eklenmesi ve mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması halinde artırım öngören düzenlemenin ise yürürlükten kaldırılması karşısında, suç

sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışlar için hareketin ağırlığıyla orantılı olmayan aşırı cezalara yol açması nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁴⁶

En nihayetinde kanun koyucu, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile gerek cinsel saldırı gerek çocukların cinsel istismarı suçları bakımından sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel davranışları “daha az ceza tayini gerektiren hal” olarak madde metnine eklemiştir.¹⁴⁷

Bu noktada sarkıntılık ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz. Mülga TCK döneminde ayrı bir suç tipi olarak yer alan sarkıntılık (765 sayılı TCK m.421), uygulamada “*bedensel temas içermeyen sırnaşık davranışlar ile bedensel temas içeren ani nitelikteki kesik ve devamlı olmayan cinsel davranışlar*”¹⁴⁸ olarak tanımlanmıştı. Bu kapsamda, temas içermeyen ve 5237 sayılı TCK’nın 105. madde çerçevesinde cinsel taciz olarak kabul ettiği *sırnaşık davranışlar* da eski TCK uygulamasında sarkıntılık olarak kabul edilmekteydi. Yürürlükteki TCK uygulamasında ise, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde¹⁴⁹ cinsel

tarihinde mağdurenin bacaklarını bir kez okşayan sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla; yerel mahkeme direnme hükmünün, 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde karar tarihinden sonra yapılan kanuni değişikliğin değerlendirilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesi amacıyla diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.” Yar. CGK, 2013/797 E. – 2014/408 K., K.T.: 30.09.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁴⁶ 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde, aynı eksiklik 102. maddede yer alan cinsel saldırı suç bakımından da söz konusuydu. TCK tasarısı hakkındaki değerlendirmelerde bu konuda yapılmış eleştiriler için bkz. Duygun YARSUVAT-Köksal BAYRAKTAR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU-Erdoğan BÜLBÜL-Ümit KOCASAKAL-E. Eylem AKSOY-Pınar MEMİŞ-Gülşah KURT-Çağla TANSUĞ-Didem YILMAZ, “TCK Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, in. *Türk Ceza Kanunu Reformu – II*, ed. Teoman ERGÜL, (Ankara: TBB Yayınları, 2004), s.308.

¹⁴⁷ Düzenlemenin yerinde olmadığına dair aksi görüş için bkz. Erdener YURTCAN, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.124.

¹⁴⁸ Suat ÇALIŞKAN, “Sarkıntılık Suçu ve Yargıtay Uygulaması”, <<https://www.hukukihaber.net/sarkintilik-sucu-ve-yargitay-uygulamasi-makale.5953.html>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁴⁹ 6545 sayılı Kanunun söz konusu değişikliğe dair gerekçesi şu şekildedir: “*Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla "sarkıntılık" ibaresinin yerine "suçun ani hareketle işlenmesi" ibaresi tercih edilmiştir.*” Belirtelim ki, gerekçede sarkıntılık yerine “suçun ani hareketle işlenmesi” ibaresinin

saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz suçları arasındaki ayrımın açık bir şekilde yapılmış olması karşısında; sarkıntılık niteliğindeki cinsel davranışlar *cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli, ani gelişen ve süreklilik arz etmeyen (kesiklik gösteren) davranış* olarak tanımlanmaktadır.¹⁵⁰ Buna göre, mağdurun kalçasını sıkma,¹⁵¹ göğüslerine dokunma,¹⁵² öpmeye çalışma,¹⁵³ bacaklarına dokunma¹⁵⁴ gibi kısa süreli bedensel temas içeren ve ısrarlı biçimde sürdürülmeyen hareketlerin somut olaydaki gerçekleşme biçimine göre sarkıntılık olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Failin

tercih edildiği ifade edilmiş ise de düzenleme, madde metninde “sarkıntılık” ibaresi kullanılarak yasalaşmıştır. Gerekçe için bkz. GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1009.

¹⁵⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.161.

¹⁵¹ “Saniğin, olay günü katılan mağdurenin kıyafetinin içine elini sokarak omzuna dokunma ve kalçasını sıkma şeklindeki eyleminin, 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK’nın 103/1-2. cümlesindeki sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2019/4048 E. – 2020/33 K. (K.T.: 06.01.2020), <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); Saniğin, simit almak için sırada olan mağdurenin arkasından gelerek kalçasına dokunma şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14 CD., 2016/1771 E. – 2020/82 K., K.T.:07.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁵² “Saniğin, değişik tarihlerde dükkanına alışverişe gelen on beş yaşındaki mağdureye sarılıp kalçasından tutma, dudağından öpme, göğsüne dokunma şeklindeki fiziksel temas içeren eylemlerinin ani hareketle gerçekleştirilip, kısa süreli olması ve kendiliğinden sonlandırılması karşısında eylemlerin sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14 CD., 2019/2767 E. – 2019/10004 K., K.T.:17.06.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); “Saniğin, on bir yaşındaki mağdurenin yanağından öperek göğsüne dokunma şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14 CD., 2019/416 E. – 2019/13226 K., K.T.:11.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁵³ “Saniğin, on üç yaşındaki mağdurenin bacaklarına dokunma ve öpmeye çalışma şeklindeki fiziksel temas içeren eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14 CD., 2018/6162 E. – 2019/13636 K., K.T.:25.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); “SSÇ’nin olay günü mağdureyi öperek vücudunun değişik yerlerine elle dokunma şeklindeki eyleminin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14. CD, 2015/8278 E.- 2019/12385 K., K.T.: 12.11.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁵⁴ “Saniğin, mağdurenin yanına gelerek pijamasını indirip kıyafetinin üzerinden bacaklarına dokunma ve sarılma şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14. CD, 2019/2488 E. – 2019/11184 K., K.T.:01.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); “Mağdurenin soruşturma evresinde sosyal hizmet uzmanı ile yaptığı görüşmede ve benzer şekilde duruşmada alınan beyanında; saniğin, bacağına ve omzuna dokunmasını taciz amacıyla mı yoksa teselli amacıyla mı yaptığını ayırt edemediğini belirtmesi ve sanık ...’nın tüm aşamalarda suçlamayı kabul etmemesi karşısında, saniğin eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdiği hususunun şüphede kaldığı gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi...” Yar. 14. CD, 2014/9057 E. – 2017/1279 K., K.T.13.03.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T. 27.04.2020).

mağduru cinsel temasa zorlaması (örneğin mağduru zorlayarak kendini öptürmesi) halinde de sarkıntılık suçu oluşacaktır.¹⁵⁵

Belirtelim ki, vücutta temas edilen bölgenin suçun oluşumu bakımından önemi yoktur.¹⁵⁶ Şu halde, cinsel davranış ölçütlerini açıklarken de bahsettiğimiz öpme,¹⁵⁷ sarılma,¹⁵⁸ kolunu omzuna atma¹⁵⁹ gibi kişiler arasındaki sosyal münasebet derecesine göre farklı anlamlar yüklenebilecek davranışlar bakımından sarkıntılıktan söz edebilmek için eylemin cinsel amaçlarla gerçekleştirildiği somut olayın bütününden açıkça anlaşılabilir olmalıdır.¹⁶⁰ Eylemin ısrarlı biçimde sürdürülmesi halindeyse

¹⁵⁵ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.368.

¹⁵⁶ M. Emin ARTUK-M. Emin ALŞAHİN, “Sarkıntılık Fiili”, AÜHFD, C.:65, S.:4, (Y.:2016), s.3255.

¹⁵⁷ “Sanığın, on iki yaşından küçük mağdureye sarılma ve yanağından öpme şeklindeki eylemlerinin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14. CD, 2018/10557 E. – 2019/10005 K., K.T.: 17.06.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁵⁸ “Sanığın, apartmandan içeriye giren on bir yaşındaki mağdureye sarılmasının ardından kalçasına eliyle dokunması şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14. CD, 2019/2564 E. – 2019/12936 K., K.T.: 03.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); “Sanığın, markette bulunan mağdureye cinsel amaçla sarılıp yanağına dokunarak öpmeye çalışması eyleminin ani, kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu...” Yar. 14. CD, 2016/1930 E. – 2020/444 K., K.T.: 15.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁵⁹ “Mağdurenin aşamalarındaki ifadeleri, kamera görüntüleri, tanık anlatımı ile savunma nazara alındığında sanığın olay günü gördüğü mağdurenin boynuna koluyla sarılıp kısa bir müddet onunla yürüdüğü sırada birkaç kez yanağından öpmesi şeklindeki eyleminin ani, kısa süreli ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” Yar. 14. CD, 2019/2840 E. – 2019/10986 K. K.T.: 23.09.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020).

¹⁶⁰ “Mağdurenin sanığın poposuna tokatlar şeklinde vurduğunu söyleyip, bunun dışında dokunma ya da okşama olarak anlatılmayan aşamalarındaki ifadeleri, sanığın işletmekte olduğu bakkal dükkanına gelen ve dükkanı karıştıran çocuklara dışarı çıkmaları için elimle ittim şeklindeki kolluk savunması karşısında sanığın dükkanına giren mağdureyi poposuna tokat vurarak dışarı çıkarması şeklindeki sübuta eren eyleminin cinsel amaçla yapıldığına yönelik her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği anlaşıldığından, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2014/6134 E. – 2016/5080 K., K.T.: 24.05.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 27.04.2020); “...sanığın aşırı samimi davranışlarından rahatsız olan mezun öğrencilerin söylemlerinin diğer öğrencilerin de sanığa karşı önyargılı ve olumsuz bir tutum izlemelerine yol açtığı, cinsel istismarın olduğunu kesinleştirecek davranışların tespit edilemediği sanığın, mağdurelerin sırtına veya beline dokunma, alışveriş nedeniyle para alır veya para üstü verirken ellerini tutma, ellerini omuzlarına atma şeklinde gerçekleştirdiği temaslının cinsel kastla yapıldığına dair, savunmanın aksine cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2017/5604 E. – 2017/5022 K., K.T. 25.10.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 27.04.2020); “Mağdurelerin aşamalarındaki çelişkili anlatımları, savunma, olayın ortaya çıkış şekli, sanığın dokunma şeklindeki eylemlerinin cinsel amaçla gerçekleştirildiğine dair delil bulunmaması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın atılı suçu işlediği hususunda mağdurelerin soyut beyanları dışında

artık sarkıntılık boyutunun aşıldığı ve suçun basit şeklinin olduğu kabul edilmelidir.¹⁶¹

Çalışmamızın konusu gereği üzerinde duracağımız son husus, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturmanın mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine tabi kılınmış olmasıdır. Öğretide bu durumda veli ve vasinin yanında mağdur çocuğun da bağımsız bir şikayet hakkına sahip olduğu görüşü ifade edilmektedir.¹⁶² Bununla birlikte, veli veya vasi ile mağdurun şikayet iradelerinin çatışması halinde, sezgin olması şartıyla mağdur çocuğun iradesine öncelik tanınması gerekir.¹⁶³ Ayırt etme gücü olmayan yahut yaşı iradesine itibar edilemeyecek kadar küçük olan mağdurlar bakımından ise şikayet hakkı veli veya vasi tarafından kullanılmalıdır.¹⁶⁴

Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun failinin de bir çocuk olması, TCK m.103/1 bakımından re'sen soruşturulma ve kovuşturulma kuralının tek istisnasıdır. 6545 sayılı Kanun ile getirilen bu değişikliğin; tam olarak çalışmamızın

cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle suçun sübutunun şüphe aşamasında kalıp şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi de gözetildiğinde atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..." Yar. 14. CD, 2015/1555 E. – 2018/3676 K., K.T. 15.05.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T. 27.04.2020).

¹⁶¹ Aynı yönde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.393.

¹⁶² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.354.

¹⁶³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.428; Yar. İBK, 1940/14 E. – 1942/9 K, K.T.: 15.04.1942, HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, (E.T.: 03.07.2020).

¹⁶⁴ "Olay günü mağdurenin, diğer mağdure ... beraber ekmek almak için gittiği fırında çalışan SSÇ'nin, mağdurenin eteğini kaldırıp külotunun üzerinden cinsel organına dokunması şeklinde gerçekleşen olayda küçük mağdurenin yaşı itibarıyla dokunmanın okşama boyutuna ulaşmış olmadığı konusunda bilgi vermeyip ne kadar sürdüğü hususunda yöneltilen soruya da "5 saat sürdü" şeklinde cevap vermesi karşısında, bu durumun SSÇ lehine değerlendirilerek dokunma eyleminin 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenip sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu ve aynı maddenin üçüncü cümlesi gereğince soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı olup mağdurenin babası ...'ın kovuşturma evresinde alınan ifadesinde şikayetçi olmadığını beyan ettiği gözetilerek kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilerek ilk derece mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine, yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi kanuna aykırı..." Yar. 14. CD, 2018/6827 E. – 2018/6143 K., K.T.: 18.10.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 14.06.2020); "Yargılama sırasında mağdure ile velisi olan annesinin suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olmadıklarını bildirmeleri karşısında iddianamede suça sürüklenen çocuğun, mağdureyi dudağından öpmek suretiyle basit cinsel istismarda bulunduğu iddia edilmesi sebebiyle mağdure ile suça sürüklenen çocuktan, öpme eyleminin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği, süreklilik arz edip etmediği sorularak eylemin sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığı hususunda değerlendirme yapıldıktan sonra suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı..." Yar. 14. CD, 2017/5543 E. – 2018/4457 K., K.T.: 19.06.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 15.06.2020).

konusunu oluşturan, akran sayılabilecek çocuklar arasında gerçekleşen ve hukuken geçerli olmayan bir rızaya dayanan cinsel davranışlardaki SSÇ sorunu özelinde değerlendirildiğinde, yetersiz olmakla beraber yerinde bir adım olduğu düşüncesindeyiz.¹⁶⁵ Bu husustaki değerlendirme ve önerilerimiz, konu bütünlüğünü bozmamak adına çalışmamızın Üçüncü Bölümünde yapılmıştır.

C. Korunan Hukuksal Yarar

TCK sistematğinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar üst başlığı ile korunmak istenen hukuki yarar “bireyin cinsel dokunulmazlığı” olarak ifade edilmektedir.¹⁶⁶ Öğretideki yaygın görüş, “cinsel dokunulmazlığa ilişkin suç” ile korunan hukuksal yararın “kişinin cinsel özgürlüğü” olduğu yönündedir.¹⁶⁷ Cinsel özgürlük, en genel anlamıyla kişinin cinsel eylemde bulunma veya bulunmama serbestisini ifade eder.¹⁶⁸ Kanun koyucunun cinsel dokunulmazlığa karşı suç ile korumayı amaçladığı hukuki değer, özü itibarıyla kişinin rızası hilafına gerçekleşecek cinsel müdahalelerden

¹⁶⁵ Hükmün yalnızca 15 yaşını doldurmuş çocuklara yönelik sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar eylemlerini kapsayacağı ve suça sürüklenen çocuklar bakımından sınırlı bir uygulama alanı doğurduğuna ilişkin eleştiriler için bkz. YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.145-146; Söz konusu düzenlemenin yarattığı benzer ve farklı sorunlar için bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.427-428.

¹⁶⁶ 765 sayılı mülga TCK sistematğinde cinsel dokunulmazlığa karşı suç kavramıyla korunan hukuki değer genel ahlak ve aile düzeni olduğu anlayışı kabul görmekteydi. Nitekim bu anlayışın bir uzantısı olarak mülga TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında yer almaktaydı. 5237 sayılı TCK’nın ise mülga kanundan farklı olarak, cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddenin “*Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.*” şeklindeki gerekçesiyle cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçların her şeyden evvel bireyin negatif cinsel özgürlüğüne yönelik bir saldırı olduğu anlayışını temel aldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu suçların ‘birey’ ekseninde değerlendirildiği bir sistematğin yerleşmesi, kanaatimizce modern ceza hukuku anlayışına daha uygun düşen isabetli bir değişiklik olmuştur.

¹⁶⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.373; Cinselliğin bir bireysel özgürlük sorunu olarak algılanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.49,75-80; YOKUŞ SEVÜK, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, S.:57 (Y.:2005), s.246; CENTEL, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, s.271.

¹⁶⁸ TANER, cinsel özgürlük kavramını “*hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe (herhangi bir dış müdahaleye maruz kalmaksızın) yapabilme özgürlüğü*” olarak tanımlamaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.32.

korunması ve dolayısıyla cinsel eylemde bulunmama hakkı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁶⁹

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki yarar konusunda ise öğretide çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutularak cinsel gelişimini engelsiz bir biçimde sürdürmesi,¹⁷⁰ çocuğun iyiliği ve yüksek yararı ile gelişiminin korunması,¹⁷¹ çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri¹⁷² olduğu yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Kanımızca, cinsel istismar suçu, mağdur süjesinin “çocuk” olması nedeniyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde bir özellik arz etmektedir. Zira yaş küçüklüğü, bedensel ve zihinsel gelişimini henüz tamamlamamış olması, karşı koyma iradesinin yeterince gelişmemesi gibi özellikleri, çocuğu istismara karşı her bakımdan savunmasız hale getirmektedir. Öyle ki mağdur, kendisine yönelik davranışların cinsel amaçlı olduğunun dahi farkına varamayabilir.¹⁷³ İşte bu sebeple çocuk, yetişkinlerden farklı olarak gerek maddi gerekse manevi anlamda kanun koyucunun nitelikli korumasına muhtaçtır. Bu bağlamda çocuğun kendisine yönelik her türlü tehditten ve dahi gerekirse kendisinden bile korunması elzemdir. Fiziksel ve ruhsal gelişimin temellerinin oluştuğu çocukluk çağında yaşanan cinsel istismarın, çocuğun duygusal olarak derinden sarsılmasına neden olarak yaşantısını köklü bir biçimde değiştireceği ve sağlıklı gelişimini sekteye uğratacağı muhakkaktır.¹⁷⁴ Bütün bu gerekçelerle, doktrindeki diğer görüşlerin haklılık payı bulunduğunu kabul etmekle birlikte, suçla korunan hukuki yararın çocuğu erken cinsel deneyimden uzak tutarak sağlıklı bir gelişim süreci sürdürmesinin sağlanması olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.

¹⁶⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.65 vd.

¹⁷⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.385; YENERER ÇAKMUT, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, s.44.

¹⁷¹ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.144.

¹⁷² ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.352.

¹⁷³ ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.352; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.377.

¹⁷⁴ BULUT, “Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme”, s.139; Çocuklarda cinsel istismarın tıbbi anlamda uzun dönemde ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçlar hakkında bkz. Nimet OVAYOLU-Özlem UÇAN-Selver SERİNDİAĞ, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, *Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi*, C:2, S:4, (Y.:2007), s.18 vd.

D. Fail

Bu suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir.¹⁷⁵ Kanun koyucu, failin cinsiyeti bakımından herhangi bir kısıtlama öngörmemiştir. Suçun oluşması için fail ile mağdurun farklı cinsiyetlerde olması da şart değildir.¹⁷⁶

Maddenin yaş bakımından bir kısıtlama getirmemesi sebebiyle, failin bir yetişkin olabileceği gibi bir çocuk da olması mümkündür. Önceki başlıklarımızda ifade ettiğimiz gibi, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile, faili çocuk olan sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar suçu bakımından soruşturma ve kovuşturma mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.¹⁷⁷ Buna karşın, eylemin sarkıntılık düzeyini aşması veya 103/2’de düzenlenen nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda suçun sübutuna ilişkin bir özellik bulunmaması nedeniyle failin –veya çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında kullanmayı tercih ettiğimiz tabirle SSC’nin– yalnızca ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hallerden *yaş küçüklüğü* (TCK m.31) veya *haksızlık yanılması* (TCK m.30/4) hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün görünmektedir.¹⁷⁸

Çocuklar arasında –hukuken geçerli sayılmasa da– karşılıklı rıza çerçevesinde gerçekleşen ve 103. madde kapsamında cinsel istismar olarak değerlendirilen eylemlerde fail konumundaki SSC’ye ilişkin sorunlar ve buna ilişkin çözüm önerilerimiz ise, çalışmamızın esasını oluşturması sebebiyle konu bütünlüğünü bozmamak adına Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Failin üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen; vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim

¹⁷⁵ “Sanık Emine’nin, nüfus kayıt örneğine göre 12 yaş 10 aylık olan mağdur Hüseyin’in cinsel organını kendi cinsel organına sokturduğu, sanık tarafından işlenen bu olayda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmadığı, sanığın bu eyleminin, TCK’nın 103/1. maddesinde yer alan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu...” Yar. 14. CD, 2013/7470 E. – 2013/10266 K., K.T.: 08.10.2013, HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, (E.T.: 22.06.2020).

¹⁷⁶ ARTUK ve ark, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.427.

¹⁷⁷ Söz konusu düzenlemenin ancak çocuk olan failin yine çocuk olan mağduru cinsel davranışa zorlaması halinde uygulama alanı bulacağı yönünde bkz TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.427;

¹⁷⁸ Söz konusu çözümün yetersizliğine ilişkin eleştiri için bkz. TANER, “Anayasa Mahkemesinin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, TBB Dergisi, S.:124, (Y.: 2016), s.235.

yükümlülüğü bulunan; kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiren bir kişi olması ise, 103/3 uyarınca verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren haller olarak düzenlenmiştir.

E. Mağdur

Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar olabilir. Belirtelim ki, önceki başlıklarda on sekiz yaşını doldurmadan evvel ergin kılınmış çocukların durumuna ilişkin olarak detaylı açıklamada bulunduğumuzdan, burada tekrara düşmemek adına ilgili açıklamalarımıza¹⁷⁹ atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Mağdurun cinsiyetinin ise suçun sübutuna etkisi yoktur.¹⁸⁰ Eylemin kız veya erkek çocuğa karşı gerçekleştirilmesi önem arz etmemektedir.

Kanımızca cinsel davranışın niteliği ve suçun gerçekleşmesi bakımından üzerinde durulması gereken konu, birinci fıkrada düzenlenen on beş yaş eksenli ayrımdır. Gerçekten, kanun koyucu cinsel istismardan ne anlaşılabileceği noktasında temelde iki grup mağdur tanımlanmıştır. Buna 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* (TCK m.103/1-a), diğer çocuklara karşı ise *sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar* (TCK m.103/1-b) cinsel istismar olarak değerlendirilmektedir.

Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olmasının ise 103/1-a hükmü kapsamında bulunmakla birlikte, 6763 sayılı Kanun değişikliği ile “cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal” olarak maddeye ayrıca eklendiğini ifade edelim. Eylemin basit veya nitelikli cinsel istismar olmasının bir önemi yoktur, söz konusu artırım her iki varsayımda da uygulanmaktadır.¹⁸¹

Önceki başlıklarımızda da değindiğimiz üzere, söz konusu düzenleme çalışmamızın devamında ele alacağımız *reşit olmayanla cinsel ilişki* suçuna ilişkin 104. madde hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun çocuğa on beş

¹⁷⁹ Bkz. yuk. “Mağdurun Yaşı”, s.62 vd.

¹⁸⁰ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.146.

¹⁸¹ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.31.

yaşını tamamlamasıyla birlikte *sınırlı cinsel rıza ehliyeti* tanıdığını söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış ve algılama yetenekleri gelişmiş çocukların kendi rızalarıyla cinsel ilişkiye varmayan “basit cinsel davranışlarda” bulunması kanunen suç oluşturmayacaktır. Mağdurun yaşına ve davranışın niteliğine göre suçun sübutuna etki eden bu kabulün kanımızca çocuk-yetişkin ve çocuk-çocuk arasında gerçekleşecek cinsel davranışlar bakımından ayrı ayrı titizlikle yorumlanması gerekir. Bu nedenle söz konusu bentlerde yer alan bu ayrımı biraz daha detaylı incelemekte yarar görüyoruz.

1. On Beş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklar

Önceki başlıkta ifade ettiğimiz gibi, belli bir yaşa ulaşan çocukların cinsel farkındalıklarının artmasını dikkate alan kanun koyucu, bu farkındalık yaşını “on beş” olarak kabul etmiş ve on beş yaşını tamamlamış çocukların –hukuken geçerli rızaya dayanmak şartıyla– cinsel ilişkiye varmayan birtakım cinsel eylemlerde bulunmasına müsaade etmiştir.

Ancak 103/1. maddenin (a) bendindeki on beş yaş eşiğine ulaşmamış çocukların kendilerine yönelik *hiçbir* cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti yoktur. Kanun koyucu, on beş yaşına kadar olan çocukların algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul etmektedir.¹⁸² Çocuk, kendisine yönelik cinsel davranışa rıza göstermiş olsa dahi mevcut düzenleme karşısında bu rıza kanun nazarında geçersizdir ve suçun oluşmasına engel değildir.¹⁸³

Eylemin, rıza beyanına hukuki değer atfedilmeyen bu yaş grubundaki çocuklara karşı ayrıca cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi ise 103/4 uyarınca cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haldir.¹⁸⁴ Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere

¹⁸² Ayşe NUHOĞLU, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, GSÜHFD, C.:9, S.:1, (Y.:2010), s.292; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.430; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.290.

¹⁸³ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.379.

¹⁸⁴ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.62. “Suç tarihinde on beş yaşını tamamlamayan mağdurun (...) ağzını kapatıp belini sıkmak suretiyle cebir kullanarak işleyen suça sürüklenen çocuk hakkında TCK’nın 103/4. maddesinin uygulanmaması neticesinde eksik ceza tayini...” Yar. 14. CD, 2016/5963 E. – 2020/491 K., K.T.: 20.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:18.06.2020). Söz konusu kısım, hakkında aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır; “Sanığın, olay günü on beş yaşından küçük

burada uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak düzeyde olması gerekmektedir. Uygulanan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerinden birine yol açması halinde ise 103/6. madde gereği gerçek içtima söz konusu olup fail hakkında kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler ayrıca uygulanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımızın tamamı, on beş yaşını tamamlamış ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayama yeteneği gelişmemiş çocuklar için de geçerlidir. Buradaki “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ifadesinin “*fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek zihinsel gelişim düzeyinde olma*” olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.¹⁸⁵ Mağdurun, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın bedeni üzerindeki anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek düzeyde olması yeterlidir.¹⁸⁶ Zira bir çocuktan gerçekleşen fiilin “hukuki” anlam ve sonuçlarını bilmesini beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir.¹⁸⁷

Söz konusu bentte yer alan *her türlü cinsel davranış* ifadesinden ne anlaşılaacağı konusuna önceki başlıklarımızda detaylıca yer verdiğimizden, burada tekrara düşmemek adına yalnızca *çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel sömürü teşkil eden, bedeninin kötüye kullanıldığını gösteren cinsel davranışların* suçun temel

mağdureyi inşaatın içerisine sokmasının ardından yere itekleyerek cinsel istismarda bulunduğu olayda ilk derece mahkemesince eylemin cebir kullanmak suretiyle gerçekleştirildiği nazara alınarak sanığın cezasında 5237 sayılı TCK'nın 103/4. maddesi ile artırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2019/6298 E. – 2019/13175 K., K.T.: 10.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020); “*Sanığın mağdureyi kardeşlerine ve ailesine zarar vereceğinden bahisle tehdit etmek ve kameraya kayıt ettiği ilişki görüntülerini mağdureye izletip tehdit aracı olarak kullanmak suretiyle yeniden ilişkiye zorladığının anlaşılması karşısında sanık hakkında belirlenen cezanın TCK'nın 103/4. maddesi uyarınca arttırılmaması gerektiği yönünde bozma isteyen tebliğname görüşüne iştirak edilmemiştir.*” Yar.2014/5884 E. – 2014/12148 K., K.T.: 04.11.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

¹⁸⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.429-430; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.292. Yazar kanunda yer alan ifadenin çocuğun cinsel olgunluğa ulaşmış olmasını da kapsayan “*fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*” olarak değiştirilmesi gerektiği görüşündedir.

¹⁸⁶ Söz konusu ifade bazı Yargıtay kararlarında “*mağdurun eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği*” şeklinde de ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Yar. 14. CD, 2016/5541 E. – 2016/8369 K., K.T.: 08.12.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

¹⁸⁷ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.135-136.

şeklini oluşturacağını¹⁸⁸ belirtmekle yetiniyoruz. Bu konuda daha önce yaptığımız açıklamalar¹⁸⁹ maddenin (a) bendindeki çocuklar bakımından aynen geçerlidir

2. On Beş Yaşını Tamamlamış Çocuklar

TCK m.103/1-b kapsamında bulunan on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumdaki çocuklar bakımından, *sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar* cinsel istismar olarak değerlendirilmektedir.

Madde metninden yapılabilecek ilk çıkarım, on beş yaşını bitirmiş ve eylemin anlam ve niteliğini kavrama konusunda herhangi bir sorunu bulunmayan çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan basit cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın hukuken geçerli kabul edileceğidir.¹⁹⁰ Kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumdaki çocuklara cinsel özgürlükleri üzerinde sınırlı bir tasarruf yetkisi tanımıştır. Eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle rıza hilafına gerçekleşmesi suçun unsuru olduğundan, burada çocuğun rızası tipikliğe etki edecek¹⁹¹ ve fiili suç olmaktan

¹⁸⁸ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.152; benzer yönde KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.357.

¹⁸⁹ Bkz. “TCK 103. Madde Kapsamında Cinsel Davranış Ölçütleri”, yuk., s.52 vd.

¹⁹⁰ ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.369; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.137; Berrin AKBULUT, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği*”, CHD, C.:14, S.:40, (Y.:2019), s.279; Zeynep SÜMER, “*Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, (2019), s.40.

¹⁹¹ AKBULUT, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği*”, s.280; Selman DURSUN, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış*”, CHD, S.:24, (Y.:2014), s.63; Ersin ŞARE, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası*”, DEÜHFD, C.:21, S.:2, (Y.:2019), s.993; Rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı yönünde bkz. HOROZGİL, “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli*”, s.129; “*15 yaşından büyük olan mağdure ile arkadaşı ...'nın kaldıkları yurttan ayrıldıktan sonra sanık ... ve tanık ... ile buluşup bir eve gittikleri, sanığın mağdurenin göğüslerini ellemeye ve öpmeye çalıştığı, rıza ile başlayan eylemin sonradan mağdurenin devam etmek istememesi üzerine son bulduğu olayda, cebir, tehdit ya da hile kullanılmaksızın gerçekleştirilen bu eylemin suç teşkil etmeyeceği gözetilerek sanığın beraati yerine, yazılı şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs kabul edilerek şikayet bulunmadığından bahisle düşme kararı verilmesi kanuna aykırı...*” Yar.14. CD, 2013/3732 E. – 2014/13594 K., K.T.:02.12.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020); “*Mağdurun aşamalarda cinsel ilişkiden bahsetmediği gibi, 09.04.2010 günlü iddianamede tanımlanan eylemlerin mağdurun 15 yaşından küçük olması veya 15-18 yaş arasında bulunan çocuğa karşı zorla gerçekleştirilmesi halinde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, dosya kapsamına göre, sanığın iddia konusu eylemleri 16 yaş içinde bulunan mağdura karşı cebir, hile veya tehdit olmaksızın gerçekleştirdiği ve buna göre atılı suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi kanuna aykırı...*” Yar. 14. CD, 2013/8105 E. – 2015/7367 K., K.T.: 18.06.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

çıkacaktır. Rızaya dayalı cinsel ilişki halinde ise, çalışmamızın devamında ele alacağımız reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) gündeme gelebilecektir.¹⁹²

Maddeden anlaşılan ikinci husus ise failin cebir, tehdit, hile veya çocuğun iradesini etkileyecek başka bir nedene başvurusu halinde eylemin cinsel istismar niteliğinde olacaktır. Bir başka ifadeyle, bu grup çocuklar bakımından eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanarak işlenmesi suçun unsuru olarak düzenlenmiştir.¹⁹³ Dolayısıyla birinci fıkranın (a) bendinde belirtilen çocuklardan farklı olarak, bu grup çocuklar bakımından cebir veya tehdidin TCK m.103/4 kapsamında nitelikli hal olarak uygulanması söz konusu değildir.¹⁹⁴ Ancak aynı fıkra bu grup çocuklara karşı cinsel istismarın *silah kullanmak suretiyle* gerçekleştirilmesi nitelikli hal sayıldığından, sadece bu ihtimalde TCK m.103/4 uygulama alanı bulabilecektir.¹⁹⁵ Silah deyiminden ne anlaşılabileceği TCK'nın 6/1-f maddesinde belirtilmiştir.

¹⁹² “Sanığın, suç tarihinde on altı yaşı içerisinde bulunan mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiğine dair soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...” Yar. 14. CD, 2016/173 E. – 2020/155 K., K.T.:08.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

¹⁹³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.437.

¹⁹⁴ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.381; “Kayden 02.01.1993 doğumlu mağdurenin suç tarihinde on yedi yıl sekiz ay on dört günlük olduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 103/4. maddesinin amir hükmüne göre bu yaş grubundaki mağdurlara yönelik cinsel istismar eylemlerinin cebirle işlenmesinin atılı suçun kamuni unsuru olup, sadece suçun silahla işlenmesi halinde söz konusu madde uyarınca temel cezada artırım yapılabileceği gözetilmeden, mağdurenin yaşında yanılığa düşülüp olay günü on beş yaşından küçük olduğu kabul edilerek suça sürüklenen çocuklar haklarında belirlenen temel cezaların aynı Kanunun 103/4. maddesi ile artırılması kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2016/5382 E. – 2019/13490 K., K.T.: 23.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020); “Suç tarihi itibarıyla cebir, tehdit veya hilenin on beş yaşını tamamlamış çocuklara karşı işlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun unsuru olup, olay tarihinde on yedi yaşındaki mağdureye karşı işlenen çocuğun cinsel istismarı suçundan dolayı TCK'nın 103/2. maddesi gereğince hükmedilen cezanın aynı maddenin 4. fıkrasıyla artırılmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde söz konusu maddenin tatbik edilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/8934 E. – 2019/12980 K., K.T.: 03.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

¹⁹⁵ “SSÇ'nin, olay günü altı yaşı içerisinde bulunan mağdureyi yolda görerek para istediği, aldığı olumsuz yanıt üzerine yakınlardaki ağaçlık alana zorla götürdüğü mağdureyi darp edip bıçak gösterdiği, ellerini arkadan bağladığı, mağdurenin direncini bu şekilde kırdıktan sonra soyup cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürüttüğü (...) SSÇ'nin eylemine uyan TCK'nın 103/1, 103/4, 31/3. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yar.14. CD, 2017/6641 E. – 2018/1268 K., K.T.:22.02.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020).

a. Cebir

Bu suç bakımından cebir, suçu işleme amacına yönelik olarak çocuğun direncini kırarak nitelikte fiziki güç kullanılmasını ifade eder.¹⁹⁶ TCK m.103/1-b uyarınca cebirden söz edebilmek için cebrin eylem süresince gerçekleştirilmiş olması ya da mağdurun cebirden kurtulmasının imkansız olması veya sürekli karşı koymaya çalışması şart değildir.¹⁹⁷ Hatta, mağdurun kademeli cinsel rızası söz konusu ise, yani cinsel davranışa belli bir aşamaya kadar izin vermiş (sözelimi yalnızca öpme gibi) ancak fail rıza kapsamının dışında hareket etmişse, burada da mağdurun rızası hilafına hareket etmeye zorlanması nedeniyle suçun oluştuğundan söz edilebilecektir.¹⁹⁸

Bir önceki başlıkta da belirttiğimiz gibi, cebir 103/1-b hükmü uyarınca suçun bir unsuru olduğundan TCK m.103/4'ün bu grup çocuklar bakımından ayrıca uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, cebrin ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde 103/5. maddenin uygulanmasına engel yoktur. Bu ihtimalde gerçek içtima söz konusu olup fail hakkında kasten yaralama suçundan ayrıca hüküm kurulacaktır.

b. Tehdit

Failin, cinsel davranışa rıza göstermediği takdirde mağdurun kendisine veya yakınlarına bir kötülükte bulunacağını, zarara uğratacağını bildirmesi TCK m.103/1-b anlamında tehdit suretiyle işlenen cinsel istismar eylemini oluşturmaktadır. Tehdidin objektif olarak ciddi ve mağdur üzerinde korku yaratarak istenen sonucu almaya elverişli olması gerekmektedir birlikte, somut olay bakımından özgürce karar alma serbestisini etkileyecek nitelikte olup olmadığı araştırılırken mağdurun çocuk olduğu ve tehdidin ağırlığı ile eylem arasındaki orantıyı bir yetişkin gibi kuramayabileceği, direncinin ortalama bir yetiştikten daha çabuk kırılabileceği hatırlanmalıdır.¹⁹⁹

¹⁹⁶ PARLAR-ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.100.

¹⁹⁷ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.43; ÜZÜLMEZ, *“Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”*, s.32.

¹⁹⁸ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.43-44; Özge SİRMA, *“Türk Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası”*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, (2011), s.187.

¹⁹⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.304; Karş. Devrim AYDIN, *“Tehdit Suçu”*, CHD, C.:15, S.:42, (Y.:2020), s.16-17.

Failin mağdura cinsel amaçlı şantaj yapması durumunda da cinsel istismar suçunun tehdit unsuru gerçekleşmiş olacaktır.²⁰⁰ Tehdit, cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla suçun işlendiği sırada ya da öncesinde var olmalıdır. Belirtelim ki, failin cinsel istismar eylemini gerçekleştirdikten sonra (sözgelimi eylemden kimseye bahsetmemesi için) mağduru tehdit etmiş olması varsayımında TCK m.106 çerçevesinde ayrıca tehdit suçu oluşacaktır.²⁰¹

6545 sayılı Kanun ile TCK m.103/4'e eklenen ve suçun silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda ceza artırımı öngören değişiklik öncesinde, birinci fıkranın (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanımı zaten tehdit kapsamında sayıldığından suçun bir unsuru olarak kabul edilmekte ve artırım nedeni olarak görülmemektedir. Söz konusu değişiklik ile spesifik olarak silah kullanımı tehdit kapsamından çıkarılmış ve ayrı bir artırım nedeni haline getirilmiştir. Silahlı tehdidin mağdurun direnci üzerinde (sözgelimi sözlü bir tehditten) daha ağır bir etki yaratacağı açık olduğundan, bu bent kapsamında kalan çocuklar bakımından madde metnine nitelikli hal olarak ayrıca eklenmesi bizce de yerinde bir değişikliktir.²⁰²

c. Hile

Hile, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermesini sağlamak amacıyla mağdurun iradesini yönlendirmeye elverişli vasıtalarandır.²⁰³ Fail, aldatıcı davranışlarla mağdura yanlış bir düşünce uyandırmakta ve onu cinsel davranışa rıza göstermeye

²⁰⁰ “Suça sürüklenen çocuklar haklarında şantaj eyleminin nitelikli cinsel istismar suçunun tehdit unsurunu oluşturduğu kabul edilerek, şantaj suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...” Yar.14. CD, 2016/4860 E. – 2016/6351 K., K.T.: 28.06.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020); Öğretide bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.383; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.304; TANER, “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu”, TBB Dergisi, S.:92, (Y.:2011), s.135.

²⁰¹ Doğukan NİŞANCI, “6545 sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, TBB Dergisi, S.:120, (Y.:2015), s.219; “Sanığın cinsel istismar eylemini işlenmesinden sonra, olanları babasına anlatmaması için mağdureye “İkimizi de öldürür” şeklinde sözlerle tehdit ettiği, sanığın bu tehdit sözlerinin cinsel istismar suçlarında direncin kırılması için kullanılan tehdit fiiline ilişkin öngörülen TCK’nın 103/4. maddesi kapsamında kabul edilmeyeceği, sanığın cinsel istismar suçlarından sonraki tehdit eylemlerinin TCK’nın 106/1. maddesinde yer alan tehdit suçunu oluşturduğu...” Yar. 14. CD, 2014/6499 E. – 2014/13221 K., K.T.: 25.11.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:18.06.2020).

²⁰² Benzer yönde bkz. YOKUŞ SEVÜK, “6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, s.132; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.438.

²⁰³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s. 45.

sürüklemektedir.²⁰⁴ Mağdurun yaşı, tecrübesizliği, içinde bulunduğu korku ve endişe hâli gibi nedenlerle esasen hür iradesi ile kabul etmeyeceği bir hususun vaat edilerek iradesinin kırılması durumunda hilenin varlığı kabul edilmelidir.²⁰⁵

Bu noktada evlenme vaadinin hile sayılıp sayılamayacağı hususuna öğretide baskın görüş, evlenme vaadinin tek başına hile olarak kabul edilemeyeceğidir.²⁰⁶ Yargıtay uygulaması da aynı doğrultudadır.²⁰⁷

²⁰⁴ “Mahkemece, sanığın İSKİ’den geldiğini söyleyip, apartman boşluğundaki vanaları sıkarken kendisine yardım etmesini istediği 16 yaşı içerisindeki mağdureye yapması gerekenleri tarif ettiği, ancak biraz sonra bu şekilde olmadığını söyleyerek mağdureden bir tabure getirip üzerine çıkmasını istediği ve bu sırada vanayı nasıl sıkacağını göstermek bahanesiyle mağdurenin kalçasını tutup eteğini yukarı doğru topladığı ve vücudunun çeşitli yerlerini okşadığının oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, hile ile kendisine yardım etme mağdurenin onayı olmaksızın bedensel temas içeren cinsel içerikli davranışlarda bulunan sanığın, eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek TCK’nın 103/1. maddesine göre cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde beraatine hükmolunması kanuna aykırı...” Yar.14. CD, 2012/4755 E. – 2014/4707 K., K.T.:08.04.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020).

²⁰⁵ Yar. CGK, 2018/488 E. – 2020/105 K., K.T.: 18.02.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020);

²⁰⁶ Yener ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, in. II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, ed. Yener ÜNVER, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), s.38; AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.45; NİŞANCI, “6545 sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s.220; karşı. TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.304; Aksi yönde bkz. YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.111; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.384.; Karş. Mustafa ÖZEN, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) s.422.

²⁰⁷ “SSÇ’nin suç tarihlerinde 15-18 yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, SSÇ’nin evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK’nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2014/1552 E. – 2015/5994 K., K.T.: 30.04.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020); “sanığın suç tarihlerinde 15-18 yaş aralığında bulunan ve dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girme eyleminin, sanığın mağdureye kendisiyle evleneceğini söylemesi hile olarak kabul edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu...” Yar. 14. CD, 2012/7531 E. – 2014/515 K., K.T.: 20.01.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020); Karş. Yar. 14. CD, 2011/7694 E. – 2013/1175 K., K.T.: 12.02.2013, akt. BAYTEMİR, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.83 (dn. 81). Söz konusu kararın Özel daire çoğunluğunun ‘çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun oluşmadığı’ gerekçesiyle verdiği bozma kararına ilişkin karşı oy yazısında, “mağdurenin yaş küçüklüğü ve hayat tecrübesizliği, sanığın evli olup sanık ve mağdurenin yaş durumları, günümüzde sanal ortamın yanıltıcı etkisi birlikte değerlendirildiğinde ortada bir hilenin var olduğu (...), mağdurenin ‘eğer evli olduğunu bilseydim kesinlikle böyle bir şey yapmazdım’ şeklindeki samimi beyanı karşısında sanığın mağdurenin rızasını sadece evlenme vaadiyle değil kişisel durumuyla ilgili yalan beyanda bulunarak hile ile elde ettiği” düşüncesiyle çoğunluğun bozma yönündeki kararına iştirak edilmemiştir.

Mağdurun cinsel istismar suçu işlenmeden önce ve fakat bu suçun işlenmesini sağlamak amacıyla hileli davranışlarla özgürlüğünden yoksun bırakılmasının ise TCK m.109 kapsamında ayrı bir suç oluşturduğu kabul edilmelidir.²⁰⁸ Buna karşılık, yalnızca cinsel istismar suçu işlenirken özgürlüğün sınırlandırıldığı durumlarda fikri içtima söz konusu olup failin ayrıca TCK m.109'dan cezalandırılması söz konusu değildir.²⁰⁹

d. İradeyi Etkileyen Başka Bir Neden

Öğretide muğlaklığı sebebiyle oldukça eleştirilen²¹⁰ bu ifadenin, mağdurun *geçici bir nedenle ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle* davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin önemli ölçüde etkilenmiş olması şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır.²¹¹ Sağır veya dilsizliğin de iradeyi etkileyen neden kapsamında sayılabileceği ifade edilmektedir.²¹²

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu bu suç bakımından iradenin tamamen ortadan kalkmış olmasını aramamıştır. Bu kapsamda, örneğin

²⁰⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.419; Reşit KARAARSLAN, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi”, *AndHD*, C.:4, S.:1, (Y.: 2018), s.9; “Sanığın olay günü yaşı küçük mağduru kendi oğluyla birlikte oynaması bahanesiyle çağırarak eve gelmesini sağlayıp, içeri girdikten sonra kapıyı kilitleyerek çıkmak isteyen mağduru engelledikten sonra çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği bu haliyle sanığın eyleminin TCK'nın 109/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu...” Yar. 14. CD, 2019/1454 E. – 2019/11572 K., K.T.: 10.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020); “Sanığın, istismar amacıyla mağduru kuruyemiş yemek ve film izlemek bahanesiyle kulübeye çağırıp cinsel istismarda bulunduğu olayda, hürriyetten yoksun kılma eyleminin hileyle gerçekleştirilmesi nedeniyle TCK'nın 109/2,3-f.5. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2017/655 E. – 2017/2047 K., K.T.: 13.04.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020).

²⁰⁹ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.384; “SSÇ'lerin cinsel eylemi süresiyle sınırlı olmak üzere mağdureyi yanlarında tutma eylemlerinin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun unsuru niteliğinde bulunduğu ve mevcut haliyle olayda ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2014/2027 E. – 2016/1725 K., K.T.: 24.02.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020).

²¹⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.431; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.303; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.138; Mustafa ARSLANTÜRK, *TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.419.

²¹¹ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.150; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.431; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.303; Ersan ŞEN-Filiz DEMİRBÜKER, “15 Yaşını Tamamlamış Çocuklara Basit Cinsel İstismar ve Sarkıntılık” in. *Yorumluyorum – 19*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s.84-85.

²¹² HOROZGİL, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli”, s.126; Damla SEÇGİN, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Çankaya Üniversitesi, (2018), s.88.

mağdurun uyku halinde olması, uyuşturucu madde etkisinde olması, sarhoşluğu veya baygınlığı gibi durumlar iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilebilecektir.²¹³ Belirtelim ki, iradesizlik haline mağdurun kendisinin yol açması cinsel davranışa ilişkin “rıza” niteliği taşımaz. Failin, mağdurun bu durumundan yararlanmış olması önemli ve yeterlidir.²¹⁴ İradeyi etkileyen nedenin fail ya da mağdurun kendisi tarafından yaratılmış olması suçun oluşmasında önem arz etmemektedir.

“İkna” suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından ise öğreti, suç tipinin uygulama alanının kanunilik ilkesine aykırı biçimde ölçüsüzce genişletilmemesi amacıyla iknanın iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilmeyerek iradeyi etkileyen nedenlerin yalnızca yukarıdaki durumlarla sınırlı tutulması gerektiği düşüncesindedir.²¹⁵

15-18 yaş grubundaki çocuklara karşı ani hareketlerle işlenen cinsel istismar suçu bakımından Yargıtay, davranışın *mağdurun iradesini açıklamasına olanak tanımadan gerçekleştirilmesi* gerekçesiyle eylemin iradeyi etkileyen nedene dayanarak işlendiğini kabul etmektedir.²¹⁶

²¹³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.46; ŞARE, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası*”, s.1007.

²¹⁴ “Mağdurenin babası olan sanık R. ile birlikte diğer sanıkların da bulunduğu Aydın ili Çine ilçesi yolu üzerinde bulunan lokantaya gittikleri, bu esnada sanık N. 'nin mağdureyi dudağından öptüğü, bu olaydan 2-3 gün sonra mağdurenin yine babası olan sanık R. ve diğer sanıklar ile birlikte sanık Y. evinde alkol ve esrar aldığı, akabinde sanık N. 'nin rızası dışında mağdure ile cinsel ilişkiye girdiği anlaşılmakla sanık N. hakkında zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” Yar. 14. CD, 2014/6236 E. – 2014/10652 K., K.T.: 30.09.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 18.06.2020)

²¹⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.431; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.303.; Ceren ŞARMAN, “*Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, (2012), s.53.

²¹⁶ “Mağdurenin suç tarihinde 17 yaşı içerisinde olduğunun anlaşılması karşısında, olay günü sanığın motosikletiyle seyir halindeyken yol kenarında yürüyen mağdureye yaklaşarak kalçasını ellemeye kalkışması şeklindeki mağdurenin vücuduna onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketle gerçekleştirdiği eyleminin, cebir, tehdit ve hile içermese bile iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak İşlendiğinin kabulüyle, fiilin TCK'nın 103/1-b. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu” Yar. 14. CD, 2013/1842 E. – 2014/12249 K., K.T.: 05.11.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020); “Sanığın, olay tarihinde 16 yaşı içerisinde bulunup TCK'nın 6/1-b maddesine göre çocuk kabul edilen mağdura yönelik, onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketle gerçekleştirdiği eylemin, cebir, tehdit, hile içermese bile iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlendiğinin kabulüyle 5237 sayılı TCK'nın 103/1-b maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu” Yar. 14. CD, 2013/882 E. – 2014/11896 K., K.T.: 30.10.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020); “Dosyadaki nüfus kayıt örneğine göre 30.03.1989 doğumlu mağdurenin suç tarihinde 18 yaşı içerisinde

F. Eylemin Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokulması Suretiyle Gerçekleştirilmesi

TCK'nın 103. ve 104. maddelerinde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, on beş yaşını bitirmemiş veya bitirmiş olsa bile algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar her türlü cinsel davranışa karşı mutlak bir koruma altına aldığı; on beş yaşını tamamlamış ve algılama yetenekleri gelişmiş çocuklara ise *cinsel ilişki düzeyine varmayan basit cinsel davranışlarla sınırlı* olarak cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, on beş yaşını bitirmiş ve algılama yetenekleri normal olan bir çocuğun ergenlik dönemindeki cinsel gelişim özellikleri de dikkate alınarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanmaksızın basit cinsel davranışlara rıza gösterebilecek düzeyde cinsel olgunluğa sahip olduğu kabul edilmektedir.

Buna karşın, vücuda organ veya sair cisim duhulü suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından –kanaatimizce eylemin yoğunluğu ile çocuğun psiko-sosyal ve cinsel gelişim evreleri göz önünde bulundurularak– çocuğun bu eylemi yaşamak için gereken olgunluğa sahip olmadığı öngörülmüştür. Kanun koyucu, birinci fıkranın (a) bendinde ifade edilen çocuklar bakımından vücuda organ veya sair cismin duhulü suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışları doğrudan nitelikli hal kapsamında değerlendirerek daha ağır bir yaptırıma tabi tutmuştur. Bununla birlikte, (b) bendi kapsamında bulunan çocuklar bakımından da cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak vücuda organ veya sair cisim duhulü TCK m.103/2. madde kapsamında nitelikli cinsel istismar suçunu oluştururken, bu çocukların –yaşları gereği cinselliğe eğilimlerinin artacağını dikkate alarak erken cinsel deneyimin yaratabileceği fiziksel ve zihinsel tahribattan koruma amacıyla– rızalarıyla

olduğunun anlaşılması karşısında, mağdureye yönelik olarak sanığın ayaklarına kapanıp kafasını kasiğine yaslama, mağdurenin ittirip arkasını dönmesi üzerine de arkasından gelerek sarılıp göğüslerini sıkma şeklindeki mağdurenin vücuduna onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketlerle yapılan eylemin, cebir, tehdit ve hile içermese bile iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirildiğinin kabulüyle, TCK'nın 103/1-b. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2012/4977 E. – 2014/5219 K., K.T.: 17.04.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 20.06.2020).

cinsel ilişkide bulunmalarını 104. madde kapsamında şikayete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Nitelikli cinsel istismar suçuna ilişkin madde gerekçesinde, TCK'nın 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçunun gerekçesine atıf yapılmaktadır. Uygulamada bu atıf, 103/1. madde kapsamında kalan basit cinsel davranışların "cinsel arzuların tatminine yönelik" olması gerekirken aynı koşulun m.103/2'de düzenlenen nitelikli hal bakımından aranmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.²¹⁷ Bir başka ifadeyle, fail cinsel arzularını tatmin amacı gütmese dahi, ikinci fıkrada öngörülen tipik hareket çerçevesindeki cinsel nitelikli davranışlar bu suçu oluşturmaktadır.²¹⁸

Söz konusu nitelikli hal bakımından her somut olay özelinde değerlendirilmesi gereken husus, organ veya cismin niteliği ile bunların sokulduğu vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ kurulup kurulamayacağıdır.²¹⁹ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında *vücuda sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiğini* ifade etmektedir.²²⁰ Bazı durumlarda (sözelimi cinsel ilişki, cinsel organın ağıza sokulması²²¹) cinsel bağın varlığı açık ve nettir. Ağıza parmak veya dil gibi organların sokulması gibi durumlar ise yerleşik Yargıtay içtihatlarında bu nitelikli hal kapsamında

²¹⁷ "Bu suçun, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen basit hâli, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın organ ya da sair bir cisim sokulmadan vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde işlenmesi ve kastın da cinsel arzuları tatmin amacına yönelmesi bakımından ikinci fıkrada hüküm altına alınan nitelikli hâlden ayrılır. İkinci fıkradaki nitelikli hâlde maddi unsur, vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması olup failin kastının da bu tür bir eylemin gerçekleştirilmesine yönelik olması gerekmektedir. Suçun temel şeklinin aksine, ikinci fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için eylemin cinsel arzularının tatmini amacına yönelik olması şart değildir." Yar. CGK, 2019/201 E. – 2020/287 K., K.T.: 11.06.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 02.01.2021).

²¹⁸ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.363; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.335; Karş. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.435 vasıtasıyla 411, (dn.249). Yazarlar, TCK m.102'ye ilişkin değerlendirmelerinde suçun basit hali için aranan bir koşulun nitelikli hal için aranmaması yönündeki açıklamaların dayanaksız olduğu görüşünde olup 102/1 ile 102/2'yi birbirinden bağımsız suç tipleri olarak nitelendirmektedir. Kanımızca, 102. madde için ileri sürülen bu görüş, kanun koyucunun benzer bir sistematikte ihdas ettiği 103/1 ve 103/2 bakımından da kabul edilebilirdir.

²¹⁹ ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.332; TANER aynı sonuca ulaşmakla birlikte, "cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli davranış" ölçütünden hareket etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.164.

²²⁰ Yar. 14. CD, 2017/8397 E. – 2018/1186 K., K.T.: 20.02.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

²²¹ Yar. 14. CD, 2016/380 E. – 2016/4036 K., K.T.: 21.04.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

değerlendirilmemektedir.²²² Öğretide, ağıza parmak sokulmasının tek başına cinsel davranış olarak nitelenemeyeceği ve fakat somut olayın bütününe göre objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.²²³ Buna karşılık ağıza dil sokulmasının *öpmenin ileri götürülmesi* şeklinde değerlendirilmesi ve TCK m.103/1 kapsamında –davranışın sürekliliğine göre– sarkıntılık veya suçun basit hali olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²²⁴

Bu nitelikli hal bakımından failin cinsel arzularını tatmin amacı aranmadığından sözgelimi küçük düşürmek amacıyla vajinaya kalem sokulması²²⁵ ya da vajinal veya anal boşluklara parmak²²⁶, fırça sapı²²⁷, şişe²²⁸ sokulması varsayımlarında da davranışın gerçekleşme şekli ile cinsellik arasında bir bağ kurulabilmesi sebebiyle nitelikli cinsel istismardan söz edilecektir. Öte yandan, sözgelimi acı vermek için kulağın içine çubuk sokulması veya gözaltındaki bir kimsenin direncini kırmak için

²²² “Her somut olayda hangi organ veya cismin vücudun hangi bölgesine sokulmaya çalışıldığı, sokulmak istenen organ veya cisim ile 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 ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde ise de ağıza parmak sokulması veya somut olayda olduğu gibi öperken dilin ağıza sokulması vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyecektir. (...) Failin mağdureyi zorla öperken dilini ağzına sokması vücuda organ sokulması niteliğinde olmadığından iddianamede anlatılan eylemin 5237 sayılı TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturmaya mümkün değildir.” Yar. CGK, 2013/294 E. – 2013/615 K., K.T.: 17.12.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020); Yar. 14. CD, 2014/3281 E. – 2014/7140 K., K.T.: 28.05.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

²²³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.164-165; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.398; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.117.

²²⁴ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.166; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.332.

²²⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.398.

²²⁶ Yar. 14. CD, 2019/6951 E. – 2019/13470 K., K.T.: 19.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

²²⁷ Yar. 14. CD, 2013/9580 E. – 2015/11052 K., K.T.: 26.11.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

²²⁸ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.118.

ona zorla iğrenç bir madde yedirilmesi²²⁹, ağza şişe sokulması²³⁰ gibi durumlarda cinsel bir nitelik söz konusu olmadığından 103/2. maddenin uygulanma alanı yoktur.

İkinci fıkranın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde düzenlenmesi sebebiyle, sözgelimi failin mağdur çocuğun cinsel organını kendi vücut boşluklarına sokturması halinde bu durum suçun basit şekli kapsamında (TCK m.103/1) değerlendirilmektedir.²³¹ Kanımızca, çocuğun vücutuna organ veya sair cisim sokulması ile çocuğun bir başkasına organ veya sair cisim sokmaya zorlanması arasında eylemin haksızlık içeriği açısından bir fark bulunmamaktadır. Neticede her iki durumda da anti sosyalliği aynı oranda yüksek bir eyleme dahil edilen çocuğun cinsel dokunulmazlığı da aynı ağırlıkla ihlal edilmekte, en nihayetinde çocuğu erken cinsel deneyimden uzak tutma amacı sekteye uğramaktadır. Bu noktada biz, maddenin ikinci fıkrasına “*çocuğun bir başkasının vücutuna organ veya sair cisim sokmaya zorlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur*” cümlesi eklenmesinin gerek suçla korunan hukuki yarar gerekse vicdani kanaat bakımından yerinde olacağı düşüncesindeyiz.²³²

G. Manevi Unsur

Çocukların cinsel istismarı suçü kasten işlenebilir bir suç olup olası kastla da işlenmesi mümkündür.²³³ Failin kastının suç tipinde belirtilen tüm unsurlara yönelik olması gerekir.

²²⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.398.

²³⁰ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.116

²³¹ KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.361-362; “Sanıkların, on beş yaşını bitirmeyen mağdurların penislerini ağızlarına alma ve anal yoldan kendilerine organ sokturma şeklinde geliştiğı sübut bulan eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 103/2. maddesi kapsamında mağdurların vücutuna organ veya sair cisim sokulması olarak kabulünün mümkün olmadığı, bu haliyle aynı Kanunun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı...” Yar. 14. CD, 2016/380 E. – 2016/4036 K., K.T.: 21.04.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 22.06.2020).

²³² Karş. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.396. Yazarlar, cinsel istismar suçunun yetişkinler için düzenlenmiş hali olan 102. maddenin 2. fıkrasında vücuda organ ya da cisim sokmak veya sokturmak şeklinde değişiklik yapılmasını önermektedir. Kanımızca cinsel saldırı suçu için yapılan değişiklik önerileri de dikkate alındığında, 103. maddeye önerdiğimiz biçimde bir cümle eklenmesi isabetli olacaktır.

²³³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.438; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.154; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.369; Suçun olası kastla işlenemeyeceğı yönünde aksi görüş için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.322.

Suçun genel kastla mı yoksa özel kastla mı işleneceği konusu ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre,²³⁴ 103/1. madde kapsamında kalan basit cinsel istismar için özel kastın varlığı gerekirken ikinci fıkra düzenleneni nitelikli hal bakımından ise genel kast yeterli görülmüştür. Uygulamada Yargıtay'ın da bu görüş doğrultusunda karma bir anlayış benimsediği görülmektedir.²³⁵ Buna karşılık diğer görüşe göre²³⁶ gerek birinci gerekse ikinci fıkra bakımından genel kastın varlığı suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir.

Bilindiği üzere, kanun koyucu bazı suçlar bakımından *failin belirli bir amaçla hareket etmesini* arayarak tipikliği sınırlandırabilir ve suçun ancak belirli maksatla işlenebileceğini hüküm altına alabilir.²³⁷ Kanımızca TCK m.103 bağlamında bu tartışmayı yaratan husus, bu suç bakımından kanun koyucunun muradının belli bir maksat belirlemek olup olmadığıdır. Buna ilişkin bir açıklama ise bakıldığında ne 103. maddenin lafzında ne de madde gerekçesinde yer almaktadır.

²³⁴ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.381-382; Ahmet Ceylani TUĞRUL-Fevzi ELMAS, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” in. II. Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokiyumu İkinci Oturum: Çocukların Cinsel İstismarı, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:6, (Y.:2010), s.29.

²³⁵ Yerleşik Yargıtay uygulamasında, madde gerekçesindeki atıf 103/1. madde bakımından cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket (özel kast) olarak yorumlanmaktadır. 103/2. maddedeki nitelikli hal bakımından ise yine aynı yorum doğrultusunda genel kast yeterli görülmektedir: “*Maddenin ilk fıkrasında çocuğun cinsel istismarı suçunun temel şekli, ikinci fıkrasında ise cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hâl olarak yaptırma bağlanmıştır. Bu suçun, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen basit hâli, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın organ ya da sair bir cisim sokulmadan vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde işlenmesi ve kastın da cinsel arzuları tatmin amacına yönelmesi bakımından ikinci fıkra hüküm altına alınan nitelikli hâlden ayrılır. İkinci fıkradaki nitelikli hâlde maddi unsur, vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması olup, failin kastının da bu tür bir eylemin gerçekleştirilmesine yönelik olması gerekmektedir. Suçun temel şeklinin aksine, ikinci fıkra tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için eylemin cinsel arzularının tatmini amacına yönelik olması şart değildir.*” Yar. CGK, 2015/208 E. – 2019/666 K., K.T: 26.11.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T: 26.04.2020).

²³⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.410-411. Yazarlar, 102. madde özelinde yaptıkları değerlendirmede, suçun basit hali için aranan bir koşulun aynı suçun nitelikli hali için aranmamasının mümkün olmadığı görüşündedir. Bu noktada 102/1 ve 102/2'nin ayrı suç tipleri olarak yorumlamaktadırlar, (bkz. s.411, dn. 249).; Benzer yönde Pınar MEMİŞ KARTAL, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, (İstanbul: Der Yayınları, 2014), s.214. Yazara göre cinsel istismar suçu bakımından “*şehvi hislerini giderme amacının*” aranmamış olması, kanun koyucunun cinsel istismar suçunu cinsel saldırıdan farklı olarak ele aldığını göstermektedir. Dolayısıyla bu suç bakımından failin cinsel istismarda bulunduğu bilinciyle hareket etmesi ve davranışlarının objektif olarak cinsel nitelikli olması aranmalıdır. Bu noktadan hareket edildiği takdirde yazar, hem 103/1. maddede yer alan basit cinsel istismar suçunun hem de 103/2'de düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun genel kast ile işlenebileceği sonucuna varmaktadır.; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.182-183; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.78.

²³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.303.

Bize göre karışıklığa neden olan husus, madde gerekçesinin 102. maddenin gerekçesi ile bağlantılı düzenlenmiş olması ve 102. madde gerekçesinde cinsel davranış kavramı açıklanırken “*cinsel arzuları tatmin amacına yönelik*” ifadesinin kullanılmasıdır. Söz konusu ifade gerek 102/1. gerekse 103/1. madde bakımından adeta bir “maksat belirteci” gibi yorumlanmışsa da kanaatimizce kanun koyucu bu ifadeyle maksada değil cinsel davranışın niteliğine yoğunlaşmakta, bir başka ifadeyle cinsel davranışın ne amaçla gerçekleştiğini değil nasıl gerçekleştiğini izaha çalışmaktadır. Dolayısıyla biz bu noktada “cinsel arzuları tatmin amacına yönelik” şeklindeki ifade ile esasen kanun koyucunun “cinsel arzuları tatmin edebilecek nitelikteki” hareketleri vurgulamak istediği düşüncesindeyiz. Şu halde, 103. maddenin her iki fıkrası bakımından da özel kastın benimsendiğine ilişkin bir kabul bizce mümkün görünmemektedir. Netice olarak, ikinci görüş doğrultusunda bu suçun hem 103/1 hem de 103/2. madde bakımından genel kastla işlenebileceği düşüncesindeyiz.

Faildeki kastın niteliği doğrultusunda hata hükümlerinin uygulanabilirliği konusu, çalışmamızın Üçüncü Bölümünde ele alınmaktadır.

II. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

TCK’nın “*Reşit olmayanla cinsel ilişki*” kenar başlıklı 104. maddesine göre:

“(1) *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(3) *Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”*

Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunulması bağımsız bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Suçun temel şekli, cebir, tehdit ve hile bulunmaksızın on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklarla rızaları dahilinde cinsel ilişkide bulunulmasıdır. On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumdaki çocukların ise

rızalarına itibar edilemeyeceğinden, bu çocuklarla cinsel ilişkiye girilmesi halinde 103/2. maddede düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçu oluşacaktır.²³⁸

TCK'nın yürürlüğe giren ilk metninde, 104. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır” şeklindeki hüküm, Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 tarihli kararı²³⁹ ile iptal edilmiştir. Daha sonra, 6545 sayılı Kanunun 60. maddesiyle, suçun temel şekline ilişkin ceza arttırılmış, ikinci fıkra yeniden düzenlenmiş ve üçüncü fıkra maddeye eklenmiştir.

Yeniden düzenlenen ikinci fıkra uyarınca, aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri halinde suç şikayete bağlı olmayıp re'sen kovuşturulmaktadır. Düzenleme belirli ve sınırlı ölçüde ensest suçuna²⁴⁰ ilişkin gibi görünmekle birlikte, aralarında evlenme yasağı bulunan ergin akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere yönelik bir yaptırım getirmemesi sebebiyle kanaatimizce ensest olgularını kapsamamaktadır.²⁴¹

Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, eylemin çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, bu kişilerin çocuk üzerinde belli bir nüfuza sahip oldukları göz önünde bulundurularak soruşturma ve kovuşturma için şikayet şartı aranmamıştır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu diğer cinsel suçlardan farklı kılan nokta, rızanın suçun oluşmasını sağlayacak biçimde tipikliğe etki ediyor olmasıdır.²⁴² Gerçekten, çalışmamızın konusu dışında kalan cinsel saldırı suçu (TCK m.102) ile TCK m.103/1-b hükmü ile sınırlı kalmak kaydıyla çocukların cinsel istismarı suçunda temel unsur eylemin hukuken geçerli bir rıza bulunmadan gerçekleştirilmiş olmasıyken TCK m.104 bakımından diğer cinsel suç düzenlemelerinin aksine cinsel

²³⁸ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 168.

²³⁹ bkz. AYM, 2005/103 E. – 2005/89 K, K.T: 23.11.2005, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T: 28.04.2020).

²⁴⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.447; 6545 s. Kanunun madde gerekçesinde, 104/2. maddede düzenlenen nitelikli hal “ensest ilişki” olarak ifade edilmiştir.

²⁴¹ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.21.

²⁴² AKBULUT, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, s.284.

ilişkinin *rıza dahilinde* gerçekleşmesi suçun bir unsuru olarak düzenlenmiştir.²⁴³ Öte yandan, rızalı cinsel ilişkinin şikayet halinde cezalandırılması da suç düzenlemesinin kendi içinde çelişmesine neden olmaktadır.²⁴⁴

İfade edelim ki, hukuken geçerli bir rıza bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki, bu suç kapsamında değerlendirilmeyip TCK m.103/2’de yer alan çocukların nitelikli cinsel istismarı suçuna vücut verecektir. On beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ise rıza açıklamaları bulunsa dahi “rızasızlık karinesi” söz konusu olduğundan, eylem yine 103. madde kapsamında değerlendirilecektir.²⁴⁵ Bu konuda “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu” başlığı altında yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

A. Korunan Hukuksal Yarar

Kanun koyucu, çocukların belirli bir yaşa kadar sağlıklı cinsel tercihlerde bulunamayacağı varsayımıyla, on beş yaşın altındaki çocukların hiçbir cinsel davranışın süjesi olamayacağını aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul etmiştir. 15-18 yaş grubundaki çocukların ise cinsel yönden belli bir olgunluğa ulaştıkları kabul edilmekle birlikte, bu olgunluğun cinsel ilişkiye rıza göstermeyi kapsamayacağı kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, 15-18 yaş grubunda olup algılama yetenekleri gelişmiş çocukların cinsel özgürlükleri üzerindeki tasarruf yetkileri, TCK m.103 ve

²⁴³ “İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun on beş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı, dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü, ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikayet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır ... İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM, 2006/17 E. – 2009/33 K, K.T.: 26.02.2009, R.G. Tarih/Sayı: 02.06.2009/27246, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 09.05.2020).

²⁴⁴ ARSLANTÜRK, *TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s.516.

²⁴⁵ “Sanığın 10.02.2013 tarihli kolluk ifadesinde mağdureyle ilk cinsel ilişkisinin 2012 yılı ocak ayında yaşandığını belirtmesi ve tüm dosya içeriği nazara alındığında suç tarihinde mağdurenin on beş yaşından küçük olduğu gözetenilerek sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi ... kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2016/6846 E. – 2019/11173 K, K.T.: 30.09.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 11.05.2020).

m104'ten anlaşıldığı üzere kural olarak cinsel ilişkiye varmayacak davranışlarla sınırlanmıştır. Öğretide bu suçla korunan hukuksal yararın çocuğun cinsel dokunulmazlığı²⁴⁶, cinsel özgürlüğü²⁴⁷, doğru ve düzgün cinsel gelişimi²⁴⁸ olduğu konusunda farklı görüşler savunulmaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında, korunan hukuksal yarara ilişkin herhangi bir açıklama yapılmadığı görülmektedir.

Kanun koyucu, bu yaş grubunda bulunan algılama yeteneği gelişmiş çocukların cinsel dürtüleri üzerinde yeterli hakimiyeti kuramamalarından ötürü fiziksel ve psikolojik anlamda yeteri kadar hazır olmadan anlık bir merakla deneyimledikleri cinsel ilişkinin, öngöremeyecekleri ağır sonuçlara neden olmasını ve çocukların sağlıklı cinsel gelişimlerine zarar gelmesini engellemek düşüncesiyle, rızaları bulunsa dahi, cinsel ilişkiden uzak tutulmasını amaçlamaktadır.²⁴⁹ Bu nedenle biz, suçla korunan hukuksal yararın cinsel farkındalık döneminde bulunan ancak bu gelişimini henüz tamamlamamış çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutularak doğru ve düzgün cinsel gelişiminin sekteye uğramasını önlemek olduğu düşüncesindeyiz.

B. Terminoloji Değişikliğinin Yarattığı Bir Tartışma: Cinsel İlişki Kavramı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturan fiilin, diğer cinsel suç düzenlemelerinden farklı olarak, *on beş yaşını bitirmiş çocukla cebir tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunulması* olduğunu önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Kanaatimizce bu suç tipine ilişkin tartışmaların ana kaynağını, kanun

²⁴⁶ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.385; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.371; Gökhan TANERİ-Gani KAMIŞLI, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), s.351; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.101; Enver AKSAKAL, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.88, S.2, (Y:2014), s.258.

²⁴⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.448; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.170; PARLAR-ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.539; Pınar MEMİŞ KARTAL, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*”, *AÜHFD*, C.:65, S.:4, (Y:2016), s.2086; Halil POLAT, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, *CHD*, C:5 S:13 (Y:2010), s.190.

²⁴⁸ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.366.

²⁴⁹ Hale AKDAĞ, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.9, (Y:2017), s.171; “*İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.*” AYM, 2006/17 E. – 2009/33 K, K.T.: 26.02.2009, R.G. Tarih/Sayı: 02.06.2009/27246, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 09.05.2020).

koyucunun terminolojik açıdan farklı bir tercih yaparak suça konu davranışı “*cinsel ilişkide bulunma*” olarak ifade etmesi oluşturmaktadır.

Cinsel ilişki kavramı geniş anlamıyla ele alındığında *kişinin cinsel arzularını tatmin amacıyla karşısındaki kişi ile kuracağı, kendisini veya onu tatmine yarayan ve cinsel arzuları tatmine elverişli organlara girme ile sonuçlanan tüm eylemler* olarak anlaşılmaktadır.²⁵⁰ Bu anlayıştan yola çıkıldığı takdirde, söz gelimi vücuda sair cisim sokma veya sokturma yahut oral ilişki şeklinde gerçekleşecek eylemlerin de “cinsel ilişki” olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, cinsel ilişkinin dar anlamda “*üreme organlarının anal veya vajinal boşluklarla duhul niteliğinde birleşmesi*”²⁵¹ olarak kabul edilmesi halinde, söz gelimi vajinal veya anal boşluklara sair cisim duhulü yahut oral ilişki halinde cinsel ilişkiden söz edebilmek mümkün görünmemektedir.

Cinsel ilişki kavramı “*Çocukların Cinsel İstismarı*” suçunu açıklarken ele aldığımız “cinsel davranış” kavramına kıyasla daha somut ve belirlenebilir gibi görünüyorsa da en nihayetinde bireylerin cinsellik algısına ilişkin bir durumu ifade ettiğinden, hangi hal ve hareketlerin cinsel ilişki olarak kabul edildiği hususunun, tıpkı cinsel davranış kavramında olduğu gibi, toplumun ve hatta bireylerin cinsellik algısına göre farklılık arz etmesi kaçınılmaz olacaktır. Yukarıda örneklerle açıklamaya çalıştığımız üzere, gerçekleştirilen eylem aynı olmasına rağmen, cinsel ilişkinin bir tanımına göre bu madde kapsamında suç oluşturacakken diğer tanımına göre suç kapsamında sayılamayacaktır. Bir başka ifadeyle, kabul edilen tanımın kapsamına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun sınırları da genişlemekte yahut daralmaktadır. Öte yandan, TCK’ya bakıldığında ne 104. maddede ne de gerekçesinde cinsel ilişki hakkında herhangi bir tanımlama yer almamaktadır.

Kanımızca kanun koyucu, cinsel ilişkinin kapsamı ve ne şekilde yorumlanacağına ilişkin gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde herhangi bir açıklamada bulunmayarak sosyolojik etkiler sonucu kavrama yönelik algıların değişmesi ve bu değişikliklerin zaman içerisinde hükmü işlevsiz bırakması ihtimaline binaen bu konuda sınırlandırma yapmamayı tercih ederek bilinçli bir boşluk yaratmak istemiş olabilir. Zira hukuk normunun değişen koşullara uyduurulabilmesi için belli

²⁵⁰ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.103.

²⁵¹ ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.380.

ölçüde esneklik kabul edilebilirdir.²⁵² Bu esneklik payının kanunların mahkemelerce uygulanma biçimiyle şekillendirilebilmesi mümkündür, ancak mahkemelerin aşırı belirsiz kavram ve kriterler kullanması halinde kanunilik ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.²⁵³ Şu halde, söz konusu tehlikenin bertaraf edilebilmesi adına, cinsel ilişki kavramının kanunilik ilkesinin çizdiği sınırlar dahilinde şekillendirilmesi zorunlu bir hal almıştır.

Cinsel ilişki kavramı, içeriği konusunda tartışmalar olmakla birlikte, öğretideki baskın görüşe göre dar anlamıyla yorumlanarak *erkek cinsel organının vajinal veya anal boşluklara sokulması veya sokturulması* şeklinde tanımlanmaktadır.²⁵⁴ Şu halde, TCK m.104 anlamında cinsel ilişkiden söz edebilmek için taraflardan birinin mutlaka erkek olması şartı aranacaktır.²⁵⁵ Bu bakımdan, söz konusu vücut boşluklarına tenasül organı dışında sair organ (örneğin parmak²⁵⁶) veya cisim (örneğin yapay penis) sokulması veya sokturulması ya da cinsel organın anal ve vajinal boşluklar dışındaki bir boşluğa duhulü (örneğin oral ilişki)²⁵⁷ halinde reşit olmayanla cinsel ilişki

²⁵² ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.42.

²⁵³ Can YAVUZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, TBB Dergisi, S.:145, (Y.:2019), s.49

²⁵⁴ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.454; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.162; ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.501; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.176; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.372; Özgür BEYAZIT, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, TAAD, S.1, (Y:2010), s.300; Aksi yönde bkz. ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.48, Yazara göre cinsel ilişki, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle gerçekleştirilen her türlü eylemi kapsamaktadır.

²⁵⁵ Recep DOĞAN, “Anamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, ABD, (2017/1), s.134.

²⁵⁶ Yar. 14. CD, 2012/6729 E. – 2014/5373 K., K.T.: 21.04.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.06.2020); “Anüse parmak sokmanın TCK’nın 104/1. maddesinde yazılı cinsel ilişki suçunu oluşturamayacağı gözetilmeden sanığın bu madde ile mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2011/6606 E. – 2012/12803 K, K.T.: 11.12.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 25.06.2020).

²⁵⁷ “Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıması nedeniyle olayda 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilerek beraati gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/1067 E. – 2018/5323 K, K.T.: 20.09.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.06.2020).

suçundan bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁵⁸ Yerleşik Yargıtay içtihatlarında da oral ilişki 104. madde kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirilmemiştir.²⁵⁹

Kanaatimizce, 104. maddeye esas alınan dar tanımın 765 sayılı TCK anlayışının etkisiyle “klasik cinsel ilişki” ile sınırlı kalması, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mülga TCK’nın 416/son maddesinde yer alan “ırza geçme” suçunun yeni TCK’daki yansması gibi algılanmasına yol açmaktadır.²⁶⁰ Halbuki, bahse konu iki suç tipi lafzi anlamda benzerlik gösteriyorsa da gerek bulundukları kanun sistematigindeki yerleri gerekse korudukları hukuksal yararlar bakımından birbirlerinden tamamen farklıdır.²⁶¹ Bununla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından failin kadın veya erkek olabileceği kabul edilmiş ise de cinsel ilişkinin mülga TCK’daki “ırza geçme” eylemini çağrıştıran biçimde yorumlanması, uygulamada suçun failinin bizzatı “erkek” olması gibi eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bir sonuç yaratmaktadır.

²⁵⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.454; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.176; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.372-373; Aksi yönde bkz. AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.107; ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.380-381. Yazarlar cinsel ilişki kavramının oral ilişkiyi de kapsayacak biçimde anlaşılması gerektiği görüşündedir. PARLAR-ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.541. Yazarlar, cinsel ilişki ifadesinin “normal olmayan ilişki” şeklinde ifade ettikleri oral ilişkiyi de kapsadığı görüşündedir.

²⁵⁹ “Sanığın mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşınamaması nedeniyle olayda TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14 CD, 2014/6744 E. – 2017/1914 K, K.T.: 10.04.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> (E.T.: 14.05.2020).

²⁶⁰ Mülga maddenin TCK m.104 üzerindeki etkileri hakkında bkz. KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.374; DOĞAN, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.134; “İrza geçme suçu; aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi ile oluşur” Yar. CGK, 2002/5-44 E. – 2002/175 K., K.T.19.02.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 17.05.2020); “(765 sayılı) TCY’nin 416. maddesine, 15.7.1953 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 6123 sayılı Yasa ile, ‘Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır’ hükmünü içeren 3. fıkra ilave olunmuştur (...) TCY’nin 416/son maddesinin uygulanabilmesi için;

a) Mağdurenin reşit olmaması,
b) Cinsel ilişkide bulunulması,
c) Cinsi münasebetin, mağdurenin rızasıyla olması,
d) Suçun genel kasıt altında işlenmesi

gerekir. (...) Türk Ceza Yasasının 416 /son maddesinin uygulanabilmesi için mağdure ile cinsel ilişkide bulunulması şarttır.” Yar. CGK, 1990/5-105 E. – 1990/128 K., K.T.14.05.1990, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 17.05.2020).

²⁶¹ 765 s. TCK’nın 416. maddesinde düzenlenmiş ırza geçme suçu, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” babında yer almaktaydı. Buna paralel olarak suçla korunan hukuksal değer de genel ahlak ve aile düzeniydi. Halbuki 5237 s. TCK reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” babında düzenlemekte ve suç ile çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimini korumayı amaçlamaktadır. Benzer yönde bkz. DOĞAN, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.126.

Öte yandan, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince ceza kanunlarının failin aleyhine olacak biçimde geniş yorumlanamayacağı hususu dikkate alındığında, mevcut düzenleme karşısında cinsel ilişki kavramının dar yorumlanarak vücuda sair cisim sokma veya sokturma şeklinde gerçekleşen eylemlerin TCK m.104 kapsamında cezalandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır.²⁶² Bu konuda yeri gelmişken, TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçunun “organ veya sair cisim sokulması” şeklinde düzenlenmesine karşın kanun koyucunun 104. maddeyi neden spesifik olarak “klasik cinsel ilişki” ile sınırlı tuttuğunu anlamakta güçlük çektiğimizi belirtmek isteriz.²⁶³ Nitekim, kanun koyucunun suçla korumayı amaçladığı hukuksal yarara verdiği zarar birbiriyle eş değer olan eylemlere salt terminoloji değişikliği ile farklı sonuçlar bağlamış olması öğretide de haklı olarak eleştirilmektedir.²⁶⁴ Sözelimi 15-18 yaş grubunda bulunan bir kız çocuğuna karşı failin erkek olduğu bir senaryoda, her iki tarafın da rızası ile aralarında anal veya vajinal yoldan bir ilişki yaşandığı varsayımında yalnızca cinsel ilişkinin bir tarafının erkek olması nedeniyle şikayet halinde 104. madde kapsamında soruşturma ve kovuşturma yapılması söz konusudur. Öte yandan, aynı mağdura karşı bu kez kadın bir failin “organ veya sair cisim” ithal etmesi yahut oral ilişkide bulunması halinde, kabul edilen cinsel ilişki tanımına göre TCK m.104 kapsamında suç oluşmayacağı sonucuna varılmaktadır. Gerçi her iki ihtimalde de somut olayın özelliklerine göre TCK 103/2. maddenin uygulanma ihtimali tartışılabilirse de temelde aynı haksızlık içeriğine sahip ve netice itibarıyla çocuğun cinsel gelişiminde birbirine eş değer zararlara yol açan iki eyleme yalnızca farklı cinsiyetler tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle farklı sonuçlar bağlanması bize göre toplum ve kanun nezdinde eşitlik ilkesini zedeleyen bir durumdur. Zira suçla korunan hukuki yarar ifade edildiği gibi mağduru erken cinsel deneyimden korumak ise her iki durumda da mağdur erken cinsel deneyime dahil edilmiş olmaktadır.

²⁶² Benzer yönde ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.165; Aksi yönde bkz. DOĞAN, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İnkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.133 vd.

²⁶³ Benzer yönde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.455.

²⁶⁴ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.455; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.162-163; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.386; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.176; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.382; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.103; Mehmet Nihat KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, DEÜ HFD – Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e ARMAĞAN, C.:16, (Y.:2014), s.4159-4160. Yazar, cinsel ilişki kavramının yalnızca cinsel uzuv duhulü olarak yorumlanmasının hakkaniyet ve eşitliğe aykırı sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir.

Bu noktadaki eleştirimiz, oral ilişkinin 104. madde kapsamında cinsel ilişki olarak kabul edilmemesi bakımından da aynı gerekçe ile geçerlidir.

Özetle, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız sorunların kaynağı kanaatimizce kanun koyucunun terminoloji değişikliği ile getirdiği cinsel ilişki kavramını boş bırakması ile bu boşluğun yarattığı belirsizliğin mülga TCK anlayışının izleri ile doldurulmaya çalışılmasıdır. Öğretide gerekliliği dahi tartışılan bu düzenleme, ifade etmeye çalıştığımız eksikleriyle enikonu garabet halini almaktadır. Bu noktada önerimiz, şayet kanun koyucu tarafından böyle bir suç tipinin varlığı mutlak surette gerekli görülüyor ise, 104. madde metninin 5237 sayılı TCK'nın da benimsediği modern anlayış doğrultusunda organ ve sair cisim ithali ile oral ilişkiyi de cinsel ilişki kapsamına alacak biçimde yeniden düzenlenmesi yönündedir.

C. Fail

Öğretide, madde metninde faile ilişkin ayrı bir düzenleme yer almadığından, bu suçun failinin kadın veya erkek herkes olabileceği kabul edilmektedir.²⁶⁵ Bununla birlikte 104/2. madde bakımından fail ile mağdur arasında evlenme yasağı bulunması, 104/3. madde bakımındansa failin evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan bir kişi olması gerektiğinden, ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenen nitelikli haller bakımından ise özgü faillik söz konusudur.²⁶⁶ Kimler arasında evlenme yasağı bulunduğu TMK hükümlerine göre tespit edilecektir.

Kanun koyucunun suça konu eylemi “cinsel ilişkide bulunmak” şeklinde düzenlemesi ve cinsel ilişkinin öğreti ve uygulamada kabul edilen tanımı gereği suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenemeyeceği ifade edilmektedir.²⁶⁷ Bu kapsamda, örneğin bir kadın failin 15-18 yaş aralığında bulunan ve reşit olmamış bir kız çocuğuna rızası dahilinde oral ilişkide bulunması veya cinsel organına parmağını

²⁶⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.448; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.376; ARTUK ve ark, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.386; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.369.

²⁶⁶ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.370.

²⁶⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.449; PARLAR-ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.540; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.368; Aksi yönde AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.103; KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.4146.

sokması halinde TCK m.104 anlamında suç oluşmayacaktır. Buna karşın, cinsel ilişkinin erkek cinsel organının vajina veya anüse *sokulması veya sokturulması* eylemlerinden oluşması nedeniyle, kadınların da 15-18 yaş aralığında reşit olmamış bir erkek mağdura karşı bu suçun faili olabileceği ifade edilmektedir.²⁶⁸ Bu varsayımda ilk bakışta erkek (mağdur) aktif ve kadın (fail) pasif taraf gibi görünse de 104. maddeye esas alınması gereken ölçütün aktiflik-pasiflik durumundan ziyade “duhul” olması ve duhulün “sokma veya sokturma” suretiyle sağlanabileceği göz önünde bulundurulduğunda, failin kadın ve mağdurun erkek olması bizce de mümkündür.

Failin cinsiyeti noktasındaki tartışmalar bakımından görüşümüz, eylemin niteliği ve haksızlık içeriği gözetilerek, 104. maddenin cinsel ilişki kavramından “oral ilişki” ile “cinsel organ dışındaki organ veya sair cisim” duhulü de anlaşılabilecek biçimde yeniden düzenlenmesidir. Esasen bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz üzere gerek fiil gerekse fail noktasındaki tartışmalar ekseriyetle kanun koyucunun terminolojik bir değişikliğe gitmesi ancak tercih ettiği kavramın içeriğini doldurmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Madde metninde bir önceki başlıkta önerdiğimiz biçimde yapılacak bir değişikliğin, 104. maddenin uygulamasından kaynaklanan sorunların en azından failin cinsiyeti noktasındaki sorunları çözmeye yardımcı olacağı kanaatindeyiz.

TCK m.104 bakımından suçun faili konusundaki sorunlar yalnızca failin cinsiyeti ile sınırlı değildir. Öğreti ve uygulamada bu suç bakımından en çok tartışılan konulardan biri de failin yaşıdır. Aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte,²⁶⁹ madde metninde failin yaşına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından çocukların da bu suçun faili olabileceği kabul edilmektedir.²⁷⁰ Bu noktada belirtelim ki, fail ile mağdur arasında beş yaştan fazla fark olması halinde suçu şikayete tabi olmaktan çıkaran ve Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E.- 2005/89 K. sayılı

²⁶⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.454; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.162; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.369; Karş. BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.485. Yazar, kadınların suçun doğrudan faili olamayacağı, ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebileceği görüşündedir.

²⁶⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.370; İzzet ÖZGENÇ, “Cinsel Suçlar: Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, AHBVÜ HFD, C.:XXIV, S.:1, (Y.:2020), s.265 vd.; KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.4147; AKSAKAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.261-262.

²⁷⁰ ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.386; ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.376; MEMİŞ KARTAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, s.2087.

kararı²⁷¹ sonrasında iptal edilen düzenleme de suçun çocuklar arasında gerçekleşmesine dair bir çözüm getirmemekteydi.

Öte yandan, her ikisi de 15-18 yaş grubunda yer alan iki çocuğun cinsel ilişkide bulunması halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı konusu da tartışmalıdır. Uygulamada sıkça rastlanan ve çalışmamızın da konusunu oluşturan bu tartışma hakkındaki ayrıntılı değerlendirmemiz Üçüncü Bölümde yer almaktadır.

D. Mağdur

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru on beş yaşını bitirmiş ve reşit olmamış kız veya erkek çocuk olabilir. Mağdurun aynı zamanda fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine de sahip olması gerekmektedir.²⁷²

²⁷¹ İptal kararı öncesinde 104/2. madde hükmü “Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır” şeklindeydi. AYM, mezkur kararında “aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yarattığı” gerekçesi ile söz konusu hükmü iptal etmiştir.

²⁷² Bu durumda Yargıtay uygulaması, mağdurdaki zeka geriliğinin dışarıdan anlaşılıp anlaşılamayacağı hususuna göre suç vasfının belirlenmesi gerektiği yönündedir. “Mağdure hakkında Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince düzenlenen 19.12.2008 tarihli raporda sınır zeka kapasitesinin olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalının 31.05.2010 tarihli raporunda orta düzeyde zeka geriliği saptandığı ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 10.06.2011 tarihli muayene kaydında ise hafif mental retardasyon rahatsızlığı bulunduğu belirtilmesi karşısında; tüm bu çelişkili raporlar eklenerek olay tarihinde mağdurede akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı varsa bunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği hususlarında Adli Tıp Kurumu Kanununun 15. maddesine göre Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi...” Yar.14. CD, 2014/6020 E. – 2016/8447 K., K.T.: 12.12.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (E.T.: 30.06.2020); “İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.08.2015 tarihli raporunda, mağdurede hafif-orta derecede zeka geriliği saptandığı, kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabilirliği ancak yakın çevresinde yaşayanlar ile kendisini tanıyanlarca ve tekrarlayan görüşmelerle anlaşılabilirliğinin belirtildiği ve dosya kapsamında göre sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun, on beş yaşını tamamlamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağduredeki zeka geriliğini bildiklerine dair dosyaya yansıyan yeterli delil bulunmadığı anlaşılmakla, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 104/1, 234/3. maddelerinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, suça sürüklenen çocuğun eyleminin ise TCK'nın 104/1. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması...” Yar. 14. CD, 2016/7450 E. – 2016/8623 K., K.T.: 20.12.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 30.06.2020); “Mağdurenin hastane raporunda hafifi zeka geriliği izlenimi verdiği belirtilmesi karşısında, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar

Maddenin kenar başlığında “reşit olmayan” mağdura vurgu yapılmasına rağmen madde metninde “on beş yaşını bitirmiş olan çocuk” ile cinsel ilişkide bulunulması suç sayılmıştır. Madde başlığı ile metin arasındaki farklılık nedeniyle, konuyla ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce 104. madde bakımından belirleyici olduğunu düşündüğümüz *yasal erginlik yaşı*, *cinsel olgunluk* ve *cinsel ilişkiye rıza yaşı* kavramlarına kısaca değinmek istiyoruz.

Çalışmamızın bir önceki bölümünde de ifade ettiğimiz gibi, TMK hükümleri uyarınca erginlik kural olarak on sekiz yaşın doldurulması ile kazanılmakta, ancak on sekiz yaşın doldurulmasından önce de mahkeme kararı yahut evlenme yolu ile “erken erginlik” söz konusu olabilmektedir.²⁷³ Buna karşın, cinsel davranışa rıza yaşı, kanaatimizce yasal erginlik yaşından ziyade *cinsel olgunluk* kavramı ile bağlantılıdır. Cinsel davranışa rıza gösterme yaşı ile erginlik yaşı birbirinden farklı kavramlardır.²⁷⁴ Zira yasal erginlik yaşına erişmemiş olmalarına rağmen, özellikle ergenlik döneminde hızlanan cinsel gelişime paralel biçimde artan cinsel farkındalıkla ortaya çıkan merak ve ilgi, çocukların cinselliği tanıma ve öğrenme çabalarını artırmaktadır.²⁷⁵ Bu kapsamda çocuklarda cinsel farkındalığın artış gösterdiği cinsel olgunluk yaşı ile yasal erginlik yaşının çoğunlukla birbirini karşılamadığını söylemek mümkündür. Nitekim,

edilip edilemeyeceği, akıl hastalığı veya zayıflığının hekim olmayanlarca veya tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir.” Yar. 14. CD, 2016/2896 E. – 2016/3319 K., K.T.: 05.04.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 30.06.2020); “Sanığın mağduru eve götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eylemi; 5237 Sayılı TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanuni tanımında “vücuduna organ veya sair cisim sokulması” şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirilmediğinden anılan Kanunun 103/2. maddesinde yer alan çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı, dolaylı fail durumunda olan sanığın, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştikleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK’nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, eylemin TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı...” Yar. 14. CD, 2013/6245 E. – 2015/2305 K., K.T.: 02.03.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 30.06.2020).

²⁷³ TMK hükümleri uyarınca erginliğin kazanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ZEYTİN-ERGÜN, *Türk Medeni Hukuku* s.84; Murat TOPUZ-Osman Gökhan ANTALYA, *Medeni Hukuk – Cilt I*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.250.

²⁷⁴ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.157; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.363.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel ÖKSÜZ, “Cinsel Eğitim” in. *Cinsel Sağlık Eğitimi*, ed. Kurtman ERSANLI-Hatice KUMCAĞIZ, (Ankara: Pegem Akademi, 2020), s.30; Ayşe Dilek ÖĞRETİR ÖZÇELİK-Gülhan YILMAZ BURSA, “Cinsel Gelişim” in. *Çocuk Gelişimi*, ed. Ayşe Dilek ÖĞRETİR ÖZÇELİK, (Ankara: Pegem Akademi, 2019), s.176.

Türkiye'nin de dahil olduğu birçok ülke için yasal erginlik yaşı on sekiz olarak belirlenmişken, Dünya Sağlık Örgütü'nün cinsel suç mağduru çocuklar üzerinde yaptığı bir araştırmaya göre, dünya genelinde çocukların rızaları ifsat edilmeksizin cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşının 14-18 yaş arasında değiştiği tespit edilmiştir.²⁷⁶

Konuya Türkiye açısından yaklaştığımızda, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kanun koyucu çocukların ergenlik dönemi ile artış gösteren cinsel farkındalıklarını dikkate alarak, 15 yaşını tamamlamış çocukların basit cinsel davranışlara rıza gösterebileceğini düzenlemiştir. Bir başka ifadeyle, ülkemizde on beş yaşını tamamlamış çocukların sınırlı cinsel olgunluğa eriştiği kabul edilmektedir. Buna karşın, cinsel farkındalık dönemine girmiş olsalar dahi bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişkinin sonuçlarını tam olarak kavrayamayacağı ve eylemin sorumluluğunu alamayacağı düşüncesiyle²⁷⁷ cinsel olgunluk yaşının cinsel ilişkiye rıza göstermeyi kapsamadığı kabul edilerek, bu çocuklarla rızaları dahilinde cinsel ilişkide bulunulması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.²⁷⁸

Kanaatimizce bu suç bakımından mağdurun belirlenmesine ilişkin sorun, madde başlığında reşit olmayan çocuğa vurgu yapılmasına karşın madde metninde reşitlikle ilgili herhangi bir kavrama yer verilmemesi ve düzenlemede sadece belirli bir yaş aralığına vurgu yapılmış olmasından kaynaklanmaktadır.²⁷⁹ Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, esasen birbirinden farklı anlamlar taşıyan *erginlik* ve *cinsel ilişkiye rıza yaşı* kavramlarının tek bir düzenlemede birleştirilmesi, 104. madde kapsamında mağdur kavramının sınırlarının belirsizleşmesine neden olmuştur. Nitekim başlık ile metin arasındaki bu farklılık, öğretide mağdurun erken ergin kılınması halinde bu suçun mağduru olup olamayacağının tartışılmasına yol açmıştır. Bu noktada belirtelim ki, evlenme suretiyle erginlik yalnızca TMK hükümlerine göre gerçekleştirilen resmi evlilikler için söz konusu olup resmi olmayan “evlenme” ile erginliğin kazanılması söz

²⁷⁶ ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.159; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.363.

²⁷⁷ ARSLANTÜRK, *TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s.526; AKDAĞ, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, s.170.

²⁷⁸ ÖZGENÇ, “*Cinsel Suçlar: Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*”, s.263-264.

²⁷⁹ ÜNVER, “*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi*”, in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.43.

konusu olmadığından, bu tip birliktelikler çerçevesinde gerçekleşen cinsel ilişkilerin TCK m.104 kapsamında suç oluşturacağı kuşkusuzdur.²⁸⁰

Bir görüşe göre, on beş yaşını bitirmiş ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk reşit olsa bile bu suçun mağduru olabilecektir.²⁸¹ Suçun oluşumu bakımından kişinin hangi suretle ergin kılındığını dikkate alan bir başka görüş evlenme yolu ile ergin kılınmış çocukların evlilik içinde rızaen gerçekleşen cinsel ilişkiler bakımından bu suçun mağduru olamayacağı ancak çocuğun bir meslek veya sanatı icra etmek üzere mahkeme kararı ile ergin kılınması halinde, kazai rüştün cinsel ilişkiye rıza gösterebilme ehliyetiyle ilgili olmadığı gerekçesiyle bu suçun mağduru olabileceğini ileri sürmektedir.²⁸² Nihayet üçüncü bir görüşe göre ise 15-18 yaş grubunda olmakla birlikte evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış kişiler bu suçun mağduru olamayacaktır.²⁸³

Konuyla ilgili 104. maddenin gerekçesine bakıldığında, yalnızca “reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunmanın” bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Bu noktada, kanun koyucunun “reşit olmuş” çocukları 104. maddenin

²⁸⁰ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.174.

²⁸¹ ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.46; AKDAĞ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s.173; MEMİŞ KARTAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, s.2088; YENERER ÇAKMUT, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, s.46. Yazara göre, evlenme ile ergin kılınmış kişiler bakımından da suç oluşmakla birlikte, rızanın varlığı ve şikayet hakkının kullanılmaması fiilin takibini önleyecektir; DOĞAN, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.138; ŞARE, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, s.1017. Yazar evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışlarda bu suç bakımından hata hükümlerinin uygulanabileceği görüşündedir.

²⁸² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.368-369; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.380. Yazarlar evliliğin varlığı halinde cinsel ilişkinin TCK m.104 kapsamında suç oluşturmayacağını belirtmekle birlikte, doğru çözümün evlenme yaşının 18 olarak belirlenmesi olduğunu ifade etmektedir.; KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.4161-4162. Yazar evlenmeyle ergin kılınmış çocukların eşleri ile gerçekleştireceği cinsel ilişki bakımından evliliğin sadece eş bakımından “hakkın kullanılması” gibi hukuka uygunluk sebebi oluşturduğundan bahisle suçun mağduru olmayacaklarını ancak eşleri dışında üçüncü kişilerle gerçekleştirecekleri cinsel ilişkilerde hukuka uygunluk sebebi oluşmadığından bu suçun mağduru olabilecekleri görüşündedir.

²⁸³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.453; ARTUK ve ark, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.387; GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1077; YELDAN, *Uygulamada Cinsel Suçlar*, s.391; PAKIR, *Cinsel Saldırı Suçu*, s.62; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.105; BAYTEMİR, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.487; YOKUŞ SEVÜK, “6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, s.137; DÜLGER, “Çocukların Cinsel İstismarı”, s.41; BEYAZIT, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” s.296; POLAT, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s.192; AKSAKAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.264-265.

kapsamı dışında tutmayı amaçladığı sonucu çıkarılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TMK hükümleri uyarınca erginliğin geçerli bir sebebin varlığı halinde en erken 15 yaşında kazanılabildiği göz önüne alındığında²⁸⁴ kanun koyucunun evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış çocukları bu suç kapsamına alma niyeti bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, mağdurun erginliğini kazanma biçiminin suçun oluşumuna etkisi bakımından açık bir ayırım da yapılmamıştır. Şu halde, yürürlükteki hukuk bakımından (*de lege lata*) hangi suretle olursa olsun ergin kılınmış çocukların bu suçun mağduru olması bizce de mümkün görünmemektedir. Uygulamada Yargıtay'ın da benzer yönde kararları mevcuttur.²⁸⁵

Öte yandan, TMK hükümleri uyarınca kural olarak 17, önemli sebebin varlığı halinde ise 16 yaşını doldurmakla evlenmesine izin verilebilen bir çocuğun evlendiği an itibarıyla cinsel ilişkiye rıza gösterebilecek olgunluğa eriştiği kabul edilirken, aynı çocuğun evli olmadığı ve dolayısıyla reşit de olmadığı varsayımında neden cinsel ilişkiye rıza gösterecek olgunluğa ulaşmadığı kabulünü anlamak güçtür. Bilindiği üzere TCK m.104'ün ihdas edilme amaçlarından biri çocuğun cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını üstlenmeye yetecek cinsel olgunluğa sahip olmadığı kabulünden hareketle erken cinsel deneyimden korunmasıdır. Peki cinsel ilişkiye rıza gösterecek düzeyde cinsel olgunluk, “evlilik cüzdanı” ile bir günde edinilebilen bir özellik midir? Kaldı ki, kanun koyucunun çocuğun kendi iradesiyle cinsel ilişkiye rıza gösteremeyeceğini göz önüne aldığı halde –özellikle kırsal kesimde sıkça görüldüğü üzere aile baskısı, töre, berdel gibi nedenlerle– kendi iradesiyle evlenmek istemeyebileceğini göz ardı etmiş olması kanaatimizce bu suç bakımından bir eksikliktir. Hal böyleyken, aynı çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterip gösteremeyeceğinin salt medeni durum farkıyla belirlenmesinin de suçla korunan hukuksal yarar ile bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

Özetle, suçun mağduru konusunda yürürlükteki hukuk bakımından herhangi bir suretle ergin kılınmış çocuğun bu suçun mağduru olamayacağının kabulü zorunlu

²⁸⁴ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, “Türk Ceza Kanunu”, s.21 vd.

²⁸⁵ “...dosya içeriğinden sanığın katılan ile rızası dâhilinde cinsel ilişkide bulunduğu anlaşılmaması, suç tarihinden önce katılanın evli olması ve Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin ‘evlenme kişiyi ergin kılar’ hükmü karşısında, reşit olan kişiyle rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yar. 18. CD, 2015/15750 E. – 2016/7611 K., <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>>, K.T: 13.04.2016, (E.T.: 30.06.2020); Aynı yönde Yar. 14. CD, 2011/12610 E. – 2012/460 K, K.T.: 19.01.2012, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>>, (E.T.: 30.06.2020).

olmakla birlikte, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından nihai görüşümüz TMK anlamında evlenme yaşının 18'e yükseltilmesi ve maddenin kenar başlığı ile metninin erginlik kavramı dikkate alınmaksızın "15-18 yaş grubundaki çocukları kapsayacak biçimde" birbiriyle uyumlu hale getirilmesi yönündedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun her ikisi de 15-18 yaş grubunda bulunan ve reşit olmamış çocuklar arasında işlenmesi halinde ise kimin fail kimin mağdur olacağı noktasındaki belirsizlik öğretide tartışma yaratan bir başka husustur. Çalışmamızın esasını oluşturan bu konu hakkındaki tartışmalar ve değerlendirmemiz Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak ifade edilecektir.

E. Şikayet Hakkı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin TCK düzenlemesinde, fiilin *şikayet üzerine* cezalandırılacağı belirtilerek suçun takibi şikayet şartına bağlı kılınmıştır. Esas itibarıyla bir ceza muhakemesi kurumu olan şikayet, ihbardan farklı olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlanmış suçlarda sadece suçtan zarar görenin bildirimidir.²⁸⁶ Başka bir ifadeyle, şikayete bağlı bir fiil hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, fiilden zarar görenin şikayet hakkını kullanmasına bağlıdır.²⁸⁷ TCK m.104 bakımından şikayet hakkının kullanılması hususunda tartışma yaratan nokta ise, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suçtan zarar görenin kim olduğu sorunudur.

Suçun mağdurunun "reşit olmamış" çocuk şeklinde düzenlenmiş olması karşısında şikayet hakkının kim tarafından kullanacağı sorunu gündeme getirmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız baskın görüşe göre bu suç bakımından şikayet hakkı suçtan zarar gören sıfatıyla mağdur çocuğun kendisine aittir.²⁸⁸ Şikayet

²⁸⁶ Cumhur ŞAHİN-Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.62.

²⁸⁷ ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN AKCAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK VILLEMIN-TOK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.46.

²⁸⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.459; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.377, Yazarlara göre mağdurun şikayetçi olmadığını beyan etmesi halinde anne ve babanın şikayetçi olması mümkün değildir.; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.390; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.389 vd.; GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1076. Yazar cinsel dokunulmazlığın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle şikayet hakkının öncelikle mağdur çocuğa ait olduğu ancak çocuğun kanuni temsilcisi tarafından da kullanılabileceği görüşündedir; Ersan ŞEN, "Reşit

hususunda mağdur ile velisinin iradeleri çeliştiği takdirde ise mağdurun iradesi esas alınmalıdır.²⁸⁹ Zira bu suçla korunan hukuksal yarar genel ahlak ve aile düzeni olmayıp çocuğun erken cinsel deneyimden korunması olduğuna göre, suçtan doğrudan zarar gören mağdur çocuk şikayet hakkını da münhasıran kullanabilmelidir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁹⁰ Öte yandan, aksi görüş tarafından şikayet hakkının

Olmayanla Cinsel İlişki”, in *Yorumluyorum* – 12, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), s.258 vd. Yazar şikayet hakkının öncelikle mağdur çocuğa ait olduğunu kabul etmekle birlikte hakkın mağdur çocuk ve kanuni temsilcisi tarafından birlikte veya bağımsız olarak kullanılmasının mümkün olduğu görüşündedir; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.109. Yazara göre mağdurun velisi veya vasisinin şikayette bulunma hakkı yoktur; YENERER ÇAKMUT, “*Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış*”, s.47; KANBUR, “*6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, s.4192-4193; MEMİŞ KARTAL, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*”, s.2096. Yazara göre şikayet hakkı mağdur çocuğa ait olmakla birlikte, ebeveyn tarafından kullanılması halinde de şikayet geçerli kabul edilmelidir; Aksi yönde bkz. PARLAR-ÖZTÜRK, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s.543. Yazarlar bu suç bakımından şikayet hakkını kullanmaya yetkili kişilerin mağdur çocuğun hukuki statüsüne göre veli, vasi, kayyım veya yetkili başka bir organ olabileceği görüşündedir; ÜNVER, “*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi*”, in *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.50. Yazar şikayetin reşit olmayan çocuk adına kanuni temsilcisi tarafından yapılabileceği görüşündedir.

²⁸⁹ ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.386; GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1076; KANBUR, “*6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, s.4194; Anayasa Mahkemesinin 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda, “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 5237 sayılı Kanunda kişilere karşı suçları hüküm altına alan ikinci kısmın ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit halinin takibi şikayete tabidir. Şikayet hakkı ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değer sahibi olan çocuğa aittir. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler, mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikayet hakkına sahiptirler. Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikayet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikayet hakkı suçun mağduru çocuğun şikayet hakkından bağımsız bir hak değildir. Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır*” denilmektedir. Kararın tamamı için bkz. AYM, *Hacı Polat*, B. No.:2014/15959, K.T.: 08.03.2018, pr.56, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 04.07.2020); “*Olay tarihinde on yedi yaş içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.06.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma sırasında yeniden beyanı alınarak şikâyetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikâyetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi...*” Yar. 14. CD, 2013/7341 E. – 2015/6190 K., K.T.: 07.05.2015; <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 01.07.2020).

²⁹⁰ “*Sanığın üzerine atılı bulunan suçun şikâyet tabi suçlardan olmasına, mağdurenin suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olup şikâyet hakkına sahip olmasına rağmen, beyanına başvurulup şikâyeti sorulmadan, mağdurenin velisinin şikâyetçi olunması ile yetinilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yar. 14. CD, 2013/1058 E. – 2014/11126 K., K.T.: 15.10.2014, <<https://www.hukukmedeniyesi.org/karar/430688/yargitay-14-ceza-dairesi-e-2013-1058-k-2014-11126/?v=list&arayan=mahalli>>, (E.T.: 01.07.2020); “*Suç tarihi itibarıyla 17 yaş içinde bulunan mağdurenin hazırlıktaki beyanında sanıktan şikâyetçi olmaması nedeniyle rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı yasanın 104/1. Maddesi kapsamında olup 73/4. maddesi gereğince de takibinin şikayete tabi olması karşısında (...) sanık hakkında açılan davanın düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yar. 5. CD, 2008/15005 E. – 2009/10552 K., K.T.: 29.09.2009, akt. GERÇEKER, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, s.1084; Buna karşın, mağdurda olaydan kaynaklanmayan ve hekim olmayanlarca anlaşılamayacak düzeyde hafif derecede zeka geriliği saptanan bir olayda Yargıtay, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda mağdurenin bu

mağdura tanınmış olmasının hakkın suistimal edilmesine yol açabileceği ileri sürülmüştür.²⁹¹

Şikayet hakkının kullanılması TCK'nın 73. maddesi uyarınca altı aylık süreye tabidir. Maddenin ikinci fıkrasında şikayet süresinin fiilin ve failin bilindiği veya öğrenildiği günden itibaren başlayacağı belirtilmekle birlikte, öğretilde mağdurun fiilin suç oluşturduğunu sonradan öğrenmesi halinde, şikayet süresinin öğrenilme tarihinden itibaren başlaması gerektiği ifade edilmiştir.²⁹² Belirtelim ki, takibi şikayete bağlı olmasına rağmen “cinsel suçlar” kategorisinde düzenlenmiş olması sebebiyle bu suç CMK m.253/3 gereği uzlaşma kapsamında değildir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ikinci ve üçüncü fıkarda özel olarak belirtilen kişilerce işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır.

F. Manevi Unsur

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun olası kastla işlenemeyeceği yönünde²⁹³ görüşler olduğu gibi aksi yönde²⁹⁴ görüşler de mevcuttur. Failin kastı suç tipinin tüm unsurlarına (tipik harekete, mağdurun yaşına, rızasının ve algılama yeteneğinin varlığına) yönelik olmalıdır. Bu hususlardan birine dair hatası failin kastını ortadan kaldırmaz.²⁹⁵ Hata hükümlerinin uygulanabilirliği konusu ise çalışmamızın Üçüncü Bölümünde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

rahatsızlığının fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemet etmesini engelleyecek mahiyet ve derecede olduğunun bildirilmesi nedeniyle, mağdurenin şikayetten vazgeçme beyanının hukuken geçerli olmadığına ve mağdurenin kanuni temsilcisinin müşteki sıfatıyla dinlenerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. Yar.14. CD, 2015/2049 E. – 2015/11817 K, K.T.: 17.12.2015, HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, (E.T.: 01.07.2020).

²⁹¹ ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.50.

²⁹² ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.386; Aksi yönde AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.110.

²⁹³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.379; MEMİŞ KARTAL, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*”, s.2089.

²⁹⁴ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.456; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.388.

²⁹⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.456.

III. CİNSEL TACİZ SUÇU

Türk Ceza Kanununun “Cinsel Taciz” kenar başlıklı 105. maddesi,

“(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

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

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

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

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

e) Teşhir suretiyle,

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

765 sayılı mülga TCK’nın 421. maddesinde düzenlenen “söz atma ve sarkıntılık” suçlarının 5237 sayılı TCK’daki tezahürü olan cinsel taciz suçu, diğer cinsel suç düzenlemelerinden farklı olarak, *vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen* cinsel davranışlarla işlenebilir. Bir başka ifadeyle fiziksel temas içermeyen cinsel davranışlar TCK m.105 kapsamında cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

Suçun basit şeklini düzenleyen birinci fıkra uyarınca, cinsel taciz suçu dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlı kılınmıştır. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi de cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak madde metnine

eklenmiş, böylelikle öğretide çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olup olamayacağı hususundaki tartışma yasal bir sonuca bağlanmıştır.²⁹⁶

İkinci fıkrada, bir kısmı doğrudan failin şahsından kaynaklanan, bir kısmı ise suç süjelerinin şahsından bağımsız olarak çeşitli araçlarla fiilin işlenişini kolaylaştıran bazı durum ve şartlar nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Gerçekten, fail ister kendi şahsi nüfuzunun sağladığı üstünlüğe ister kolaylaştırıcı araçlara başvurmuş olsun, her iki varsayımda da suçun işleniş, birinci fıkradaki basit şekline kıyasla kolaylaşmakta ve fakat mağdurun eyleme karşı koyma olanağı aynı oranda azalmaktadır. Kanımızca kanun koyucu, mağdurun savunmasızlığını artıran bu sebepleri nitelikli hal kapsamında düzenleyerek mağdurun bu gibi durumlardan kaynaklanan dezavantajını bertaraf etmek istemiştir. Belirtelim ki, bu haller bakımından suçun takibi şikayete bağlı olmayıp soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır. Mağdurun çocuk olması halinde suçun şikayete bağlı olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bu konudaki açıklamalarımız aşağıda “Mağdur” başlığı altında yapılacaktır.

A. Korunan Hukuksal Yarar

Cinsel taciz suçuyla korunan hukuksal yarar konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Baskın görüşe göre bu suçla amaçlanan mağdurun cinsel özgürlüğü olup istenmeyen cinsel içerikli davranışlardan korumak suretiyle cinsel özgürlük geniş bir çerçevede koruma altına alınmaktadır.²⁹⁷ Bunun yanında, bazı yazarlarca bu suçla aynı zamanda mağdurun zedelenen ahlak temizliği ile edep ve iffet duygularının,²⁹⁸ ahlak anlayışına saygı gösterilmesini isteme hakkının²⁹⁹ korunmak istendiği de ifade edilmektedir.

²⁹⁶ Öğretideki tartışma ve görüşler için bkz. yuk. s.56, (dn. 108); Olması gereken hukuk bakımından söz konusu değişikliğe ilişkin değerlendirme için bkz. ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.170; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.464.

²⁹⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.460; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.389; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.182; ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.512; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.399; Eylem BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, AÜHFD, C.:65, S.:4, (Y.:2016), s.1148 vd.; Leyla ÇAKICI GERÇEK, “*Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu*”, AÜHFD, C.:60, S.:1, (Y.:2011), s.54.

²⁹⁸ TANERİ-KAMIŞLI, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.362.

²⁹⁹ Ersan ŞEN-Filiz DEMİRBÜKER, “Cinsel Taciz Suçu” in. *Yorumluyorum – 21*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.96.

Kanaatimizce, cinsel taciz suçunun –yukarıda incelediğimiz suçlardan farklı olarak– mağduru bakımından özgü nitelik taşımaması nedeniyle, suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğunu söylemek mümkündür. Bilindiği gibi, cinsel özgürlüğün ihlali yalnızca bireyin kendi özgür iradesiyle cinsel eylemde bulunma hakkı kadar *bulunmama hakkını* da kapsar.³⁰⁰ Bununla birlikte cinsel özgürlüğü ihlal etmenin tek yolu fiziksel temas değildir. Zira cinsel özgürlük cinsel bütünlükten farklı bir kavramdır.³⁰¹ Fiziksel temas içermediği halde cinsel amaç taşıdığı belli olan birtakım davranışlar da mağduru muhatabı olmak istemediği bir cinsel diyalog içine çekerek cinsel eylemde bulunmama hakkını zedeleyebilir.

Öte yandan, cinsel tacizin 765 sayılı TCK'daki karşılığı olan söz atma ve sarkıntılık suçları, mülga kanunda *genel ahlak ve aile düzenine karşı suçlar* başlığı altında yer almaktayken, 5237 sayılı TCK cinsel tacizi *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar* başlığı altında cezalandırmaktadır. Kanımızca suçun kanun sistemiği içindeki yerinin değiştirilmesi dahi, cinsel dokunulmazlığın “ahlak ve düzen” meselesi olmaktan çıkarılarak “bireysel haklara yönelik bir ihlal” olma yönünü vurgulamak bakımından önemli bir göstergedir. Halbuki ahlak ve özellikle cinsel ahlak, toplumdan topluma, bireyden bireye ve hatta bugünden yarına değişkenlik göstermesi nedeniyle objektif olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan muğlak bir kavramdır. Bugün korunmaya değer görülen ahlaki değerlerin yarın toplumsal geçerliliğini yitirmeyeceği kuşkuludur. Haklar ise objektiftir, kanunlar marifetiyle genelgeçer kılınmıştır. O halde ahlaka aykırı bir eylemin toplumsal ahlak anlayışı çerçevesinde kınanabilmesi mümkünse de kanımızca eylemin ceza hukuku düzleminde kınanabilmesi, başka bir deyişle “cezalandırılabilmesi” için aynı zamanda suçla korunan objektif bir hakkı ihlal eder nitelikte olması da gerekir. Ceza hukukunun öncelikli görevi hukuksal yararların korunmasıdır.³⁰² Kanımızca cinsel taciz suçu anlamında ahlakın bir “hukuksal yarar” olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle biz, suçla korunan hukuksal yararın muğlak ve değişken ahlak anlayışından ziyade her koşulda

³⁰⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.399.

³⁰¹ BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, s.1159.

³⁰² Mustafa Ruhan ERDEM, “Ceza Hukuku Müdahalesinin Meşruluğu ve Sınırları”, in. *Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN'a Armağan – C.III*, ed. Atilla ALTOP-Rudolf WELSER-Cüneyt BELLİCAN-Nihal URAL ÇINAR-Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), s.253.

objektifliğini koruyacak bir hukuksal yarar olan *bireyin negatif cinsel özgürlüğü* olduğu düşüncesindeyiz.

B. Cinsel Taciz Kavramı ve Sınırları

1. “Ahlak Temizliği” Ölçütü Hakkındaki Tartışmalar

TDK sözlüğünde taciz *tedirgin etme, rahatsızlık verme*³⁰³ olarak ifade edilmiş; cinsel taciz ise *ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme* olarak tanımlanmıştır.³⁰⁴

TCK m.105'te ise cinsel taciz suçunun hareket unsuru “*kişinin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi*” şeklinde düzenlenmiş, gerekçede suçun *vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla* gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Buna karşın, cinsel taciz kavramından ne anlaşılacağı konusunda madde metninde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde ise yalnızca cinsel tacizin *cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden* ibaret olduğu belirtilmiştir.

Gerekçeden hareketle, TCK'nın 105. maddesi anlamında *kişinin, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyecek nitelikte ahlak temizliğine aykırı cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi* eyleminin cinsel taciz suçuna vücut vereceği anlaşılmaktadır.

Öğretide, kanun koyucunun cinsel taciz suçunu “*ahlak temizliği*” gibi sübjektif ve değişken bir kavrama göre açıklamaya çalışması bizce de haklı olarak eleştirilmektedir.³⁰⁵ Bu noktada, kanun koyucunun ahlak temizliği ifadesine kanunilik ilkesi çerçevesinde kısaca değinmek istiyoruz.

³⁰³ Çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük, TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>>, (E.T. 05.07.2020).

³⁰⁴ Çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük, TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>>, (E.T. 05.07.2020). Cinsel tacizin sözlükte yer alan ikinci anlamı “*çalışma hayatında ekonomik güç, üst makam veya başka etkili bir göreve sahip olanların, genellikle karşı cinsi ahlak dışı birtakım tutum ve davranışlarla cinsel yönden sıkıntıya sokup rahatsız etmesi*” şeklindedir.

³⁰⁵ *Ahlak temizliği* kavramının belirsizliğinin farklı uygulamalara yol açabileceği yönünde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.461; ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.393; ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.56; YOKUŞ SEVÜK, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, s.273; BAŞ, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, s.1160; Gülfem PAMUK, “Fransız ve Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu”, MÜHFHAD – Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, C.:19, S.:2, (Y.:2013), s.1469; İfadenin modern ceza hukuku esaslarına ve demokratik hukuk devletine uygun düşmediği yönünde bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.398.

Bilindiği gibi kanunilik ilkesi, suç teşkil eden fiilin unsurları herkesin neyin yasak neyin serbest olduğunu anlayabilmesine olanak verecek ve hakime mümkün olan en az takdir yetkisini kullandıracak ölçüde tanımlanmasını zorunlu kılar.³⁰⁶ Ahlaki kurallar ise çoğu zaman hukuk kuralları ile ilişkili olmakla birlikte, her ahlak kuralının suç haline getirilmesi söz konusu değildir.³⁰⁷ Gerçekten birçok ahlaki kuralın azami ölçüde ortak toplumsal anlayışın ürünü olduğu kabul edilebilirse de en nihayetinde sübjektif yönü ağır basan bu kurallar, hukukla korunmaya değer objektif yararlarla her zaman örtüşmeyebilir. Bu bakımdan, gerekçede ifade edilen “ahlak temizliği” kavramı ile kanun koyucunun cinsel taciz suçu özelinde toplumsal ahlak anlayışını kastettiği düşünülse dahi, suç davranışının tipikliğine esas alınmadan önce bu kuralların aynı toplum içinde dahi kişiden kişiye ve hatta bugünden yarına değişebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Öte yandan, eylemin ahlaki yönden “temiz” olup olmadığı kime göre ve neye göre belirlenecektir? Şayet TCK m.105 anlamında cinsel taciz suçunu oluşturan davranışı “ahlak temizliği” ölçütüne göre belirleyecek olursak, bu durum uygulamada hakimnin takdir yetkisinin kendi sübjektif değerlendirmesine göre genişlemesine yol açabilecektir. Söz gelimi bazı bölgelerde *ayna tutma* veya *bıyık bükme* gibi davranışlar ahlak temizliğine aykırı görülürken bir diğerine göre böyle algılanmayabilir.³⁰⁸ Bu durumda, aynı eylemin (A) hakiminin ahlak temizliği anlayışına uygun düşmemesi nedeniyle suç olarak değerlendirilirken (B) hakimince ahlaka uygun görülmesi nedeniyle suç olarak değerlendirilmemesi gibi sonuçların doğma tehlikesi bulunmaktadır ki, bu durumda hem normun uygulama alanının hem de yaptırımın belirsizliği suretiyle kanunilik ilkesine aykırılık söz konusudur. Nitekim, uygulamada “ahlak temizliği” kavramının zaman zaman haddinden fazla geniş yorumlandığı ve “medeni davranış” kategorisinde değerlendirilebilecek bazı hareketlerin dahi cinsel taciz kapsamında cezalandırıldığı görülmektedir.

Ceza hukukunun görevi bireylerin ahlaki ve manevi dünyalarını şekillendirmek değil toplum düzeninin korunması ve gelişmesini sağlamaktır.³⁰⁹ Toplum düzeninin

³⁰⁶ Öykü Didem AYDIN, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, TBB Dergisi, S.:53, (Y.:2004), s.71.

³⁰⁷ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.112.

³⁰⁸ YOKUŞ SEVÜK, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, s.273.

³⁰⁹ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.480.

korunması ve gelişmesi ise objektif hukuksal yararların korunmasıyla sağlanabilir. Bu anlamda bizim görüşümüz, söz konusu madde gerekçesinde toplumsal ahlak anlayışının kastedildiği düşünülse dahi sübjektif niteliği ağır basan ahlak anlayışının tipikliği belirlemekte esas alınmaması gerektiği yönündedir.³¹⁰

2. Cinsel Taciz Davranışının Belirlenmesi

Kanun koyucunun suça şeklini veren tipik hareketi “ahlak temizliği” gibi soyut bir kavram üzerinden belirlemesine ilişkin görüş ve eleştirilerimizi bir önceki başlıkta ifade etmiştik. Bu konuya ilişkin görüş ve eleştiriler ışığında cevaplanması gereken soru şudur: Hangi davranışlar hangi ölçütlere göre cinsel taciz olarak kabul edilmelidir?

Bize göre bu soruya verilecek cevap cinsel taciz kavramının nasıl yorumlandığı ile bağlantılıdır. Öğretide *vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen ancak mağdurun cinselliğine yönelik rahatsızlık yaratabilecek boyuttaki cinsel davranışların* cinsel taciz olarak değerlendirilebileceği görüşü hakimdir.³¹¹ Bir başka görüşe göre ise cinsel taciz, *mağdurun rızası dışında gerçekleşen, cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli, vücut teması olmaksızın gerçekleştirilen davranışlar* olarak ifade edilmiştir.³¹²

³¹⁰ Benzer yönde TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.411.

³¹¹ Cinsel taciz hakkındaki tanım ve değerlendirmeler için bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.462; ARTUK-GÖKCEN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.394; Hakan HAKERİ-Melik KARTAL-Şule KARATAŞ GÖRÜCÜ, “Sağlık Çalışanları Bakımından Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, in. *Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.548; Alparslan DERELİ, “İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu”, in. *Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.1366

³¹² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.412.

Cinsel taciz suçu bir serbest hareket suçu olup sözlü³¹³ veya yazılı olarak, resimler aracılığıyla³¹⁴ veya cinsel organını teşhir, cinsel içerikli el-kol hareketleri,³¹⁵ cinsel ilişki teklifinde bulunmak,³¹⁶ mağdurun karşısında soyunmak veya mağduru soyunmaya zorlamak,³¹⁷ mağdurun karşısında mastürbasyon yapmak³¹⁸ gibi cinsel amaç taşıyan davranışlarla ya da ima yoluyla³¹⁹ gerçekleştirilebilir.³²⁰ Bu noktada belirtelim ki, cinsel organı teşhir suretiyle işlenen cinsel tacizde teşhirin aleni olmayıp

³¹³ “Olay günü katılanın, arkadaşı Ü.’yle birlikte sokakta yürüdüğü sırada sanığın yanında bulunanlarla beraber araçla yanından geçerken katılan ile arkadaşına yönelik ‘sizi arabaya atacağım bekle’ dedikten sonra ileriden dönerek tekrar yanlarından geçtiği (...) sanığın müsnet suçtan mahkumiyeti yerine oluşturma uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...” Yar.14. CD, 2016/8886 E. – 2019/11611 K., K.T.: 14.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³¹⁴ “Sanığın farklı tarihlerde, katılanların evinin civarına bıraktığı, katılan ... ile evli olan katılan ...'ya ait olup adli emanette kayıtlı fotoğrafların, üzerine ve arkasına yazdığı yazıların bir kısmında cinsel içerikli taciz edici cümlelere yer verdiği yine iki adet fotoğraf üzerinde katılanın vücuduna yönelmiş şekilde cinsel organ resimleri çizmesi şeklinde gerçekleşen eylemin, TCK'nın 105/1, 43/1. maddelerinde düzenlenen, zincirleme şekilde işlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu...” Yar. 12. CD, 2013/14641 E. – 2014/4500 K., K.T.: 24.02.2014, , <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³¹⁵ “Sanığın, olay günü mağdureye öpücük atıp, cinsel içerikli sözler sarfetmesinin (...) bütün halinde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...” Yar.14. CD, 2015/10124 E. – 2019/12455 K., K.T.: 14.11.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³¹⁶ “Suça sürüklenen çocuğun kullanmış olduğu cep telefonu ile defalarca aradığı mağdureye yönelik cinsel taciz içerikli konuşmalar yaptığı gibi bir kısım aramalarında da hiç konuşmadan telefonu kapattığı, buna göre suça sürüklenen çocuğun mağdureye karşı hem cinsel taciz hem de kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarını ayrı ayrı işlediğinin anlaşılması...” Yar. 14. CD, 2017/1148 E. – 2017/2735 K., K.T.: 18.05.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020); Öğretide karşı. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.417. Yazar, cinsel ilişki teklifinde bulunmak veya öpmek istediğini söylemek gibi davranışlar bakımından, failin mağdurla cinsel açıdan belli bir yakınlığı bulunması halinde kişilerarası ilişki yaklaşımına göre medeni bir soru olarak kabul edilebileceği ve cinsel taciz suçunu oluşturamayabileceği düşüncesindedir. Buna karşın aynı eylemlerin faille arasında herhangi bir yakınlık bulunmayan üçüncü bir kişiye karşı durup dururken gerçekleştirilmesi halinde eylem cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

³¹⁷ “Sanığın, internet üzerinden irtibat kurduğu on bir yaşındaki mağdureye kendisini kız çocuğu olarak tanıtmak suretiyle kandırıp cinsel içerikli görüşmeler yaptığı ve onu ikna ederek kamera karşısında soyunmasını sağladığı olayda, herhangi bir görüntü kaydı ile depolama işleminin de yapılmadığı nazara alındığında mevcut haliyle bedensel temas içermeyen eylemlerin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu” Yar. 14. CD, 2016/5271 E. – 2020/173 K., K.T.: 08.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³¹⁸ “Sanığın mağdurlara yönelik olarak (...) bedensel temas içermeyen cinsel organını göstererek mastürbasyon yapma şeklindeki eylemlerinin cinsel taciz niteliğinde bulunduğunun anlaşılması...” Yar. 14. CD, 2014/7791 E. – 2015/510 K., K.T.: 22.01.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020). Kararda, altı aylık şikayet süresinin aşılması nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmiştir.

³¹⁹ ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.393.

³²⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.461; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.414. Yazar bu suç bakımından mağdurun rahatsızlık hissi duyup duymamasının önemli olmadığı düşüncesindedir.

belirli kişi veya kişilere yönelik olması gerekir. Alenen gerçekleştirilen teşhir, TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen “hayasızca hareketler” suçuna vücut verecektir.

Taciz eylemlerinin özü itibarıyla *rahatsız edici* nitelik taşıması gerekli olmakla birlikte, eylemin “cinsel” yönü bulunup bulunmadığının objektif unsurlara göre değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Gerçekten, sergilenen davranış mağduru kişisel rahatsız etmiş olabilir; ancak eylemin cinsel açıdan rahatsız edici nitelik taşıyıp taşımadığı objektif olarak da değerlendirilmelidir.³²¹ Değerlendirmede fail ile mağdur arasındaki kişisel ilişki, davranışların gerçekleştirildiği yer ve zaman, mağdurun içinde bulunduğu sosyal ve psikolojik durum³²² ve hatta davranışın “insan ilişkileri içinde yer alan sosyal ve medeni davranış”³²³ kapsamına girip girmediği gibi ölçütler bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.³²⁴ Zira davranışın rahatsız edici nitelikte olması aynı zamanda cinsel taciz olduğu anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle, “rahatsız edicilik” cinsel taciz suçunun oluşumu için bir unsur ise de tek başına yeterli değildir. Davranış aynı zamanda mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal ediyor olmalıdır.

Özetle, mağdura cinsel açıdan rahatsızlık veren bir eylem aynı zamanda objektif olarak cinsel nitelikliyse ve failin cinsel amaçlı hareket ettiği hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde anlaşılabilirse TCK m.105 anlamında cinsel tacizden söz edilebilir. Söz konusu davranışlar failin cinsel taciz suçundan cezalandırılmasına yeter başkaca delillerle desteklenemediği takdirde, sanığın şüpheden yararlanması gerektiği (*in dubio pro reo*) unutulmamalıdır.³²⁵ Aksi yönde bir yaklaşım “niyet okuma”

³²¹ Benzer yönde TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.462; BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, s.1162.

³²² TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.462.

³²³ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.418.

³²⁴ “Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı belirlenirken sosyal hayatın gerekleri, tarafların konumları ile aralarındaki ilişki gözetilmeli, bu kapsamda ahlaki kurallara uygun evlenme teklifi, tanışma isteği veya beğeni ifadelerinin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı kabul edilmelidir.” Yar. CGK, 2017/244 E. – 2018/601 K., K.T.: 04.12.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.07.2020). Kararda yer alan “ahlaki kurallara uygun” ifadesi objektiflik bakımından eleştirilebilirse de kanımızca somut olayda gözetilmesi gereken diğer ölçütlerin ortaya konulması yerinde olmuştur.

³²⁵ “Müştekinin kendisini arayan sanıkla şikâyet konusuyla telif edilemeyecek ve olağan sayılamayacak şekilde uzun görüşmeler yapması, eşi tarafından sanığın fark edildiği güne değin bir şikâyet başvurusunun bulunmaması, kendisini cinsel yönden rahatsız ettiğini iddia ederek hakkında şikâyetçi olduğu bir kişiyle, başvurusundan bir saat kadar sonra kendisini aradığında 228 saniye süren bir görüşme yapması (...) hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yüklenen suçu işlediği konusunda şüphe olduğu, bu şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği (...) kabul edilmelidir.” Yar. CGK, 2012/1498 E. – 2014/188 K., K.T.: 15.04.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

anlamına gelecek ve cinsel taciz suçunun sınırlarını kanunilik ilkesine aykırı biçimde genişletecektir.³²⁶ Bu bakımdan, sözgelimi mağdura buluşmayı öneren bir mektup yazıldığı varsayımında, salt buluşma teklifi objektif anlamda cinsel bir davranış olarak kabul edilemez.³²⁷ Benzer şekilde mağdura sevgilisi olup olmadığının sorulması,³²⁸ yemeğe çıkma teklif edilmesi,³²⁹ tanışma veya arkadaşlık teklifinde bulunulması³³⁰ veya iltifat edilmesi³³¹ tek başına cinsel taciz oluşturmaz. Arkadaşlık teklifinin makul sınırı aşacak ve mağduru rahatsız edecek düzeyde ısrarla sürdürülmesi halinde yine TCK m.105 değil, somut olayın koşullarına göre TCK m.123 hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.³³² Öğretide de makul düzeydeki ısrarın cinsel taciz

³²⁶ Benzer yönde TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.423.

³²⁷ YOKUŞ SEVÜK, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçu”, s.273; “Sanığın katılan mağdurenin telefon numarasını inceleme dışı sanık ...'den aldığı, arkadaşlık kurmak amacıyla 10.11.2012 tarihinde saat 12.35'te 'Selam.', 12.38'de 'Ben de bilmiyorum, senin no.yu kim atıyor sokaklara.', 12.40'da 'Üst üste iki gün numaramı bulunca tanımak istedim.', 12.43'te 'Aleyküm selam.', 12.45'te 'Düşmanın var mıydı hiç?', 13.04'te 'Cevap vermeyecek misin?' şeklinde yaklaşık yarım saatlik süre içinde 6 adet mesaj gönderdiği, saat 17.41'de attığı mesajın içeriğinin tespit edilemediği, katılan mağdurenin 12.11.2012 tarihinde savcılığa giderek şikâyetçi olduğu olayda; sanığın katılan mağdureye gönderdiği mesajlarda cinselliğine yönelik rahatsız edici bir sözün sarf edilememesi ve süresi, içeriklerinden ilk 4 mesajın karşılıklı olduğunun anlaşılması, tarafların konumları, sanığın arkadaşlık kurma isteğini başka bir kaba veya rahatsız edici davranışla gerçekleştirdiğine ilişkin iddia veya kanıtın bulunmaması, tanışma ve arkadaşlık isteği mağdure tarafından kabul edilmeyen sanığın girişimine hemen son vermesi hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığa atılı cinsel taciz suçunun unsurlarının oluşmadığının kabulü gerekir.” Yar. CGK, 2017/668 E. – 2020/141 K, K.T.: 27.02.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.07.2020).

³²⁸ BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, s.1166.

³²⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.462; Buna karşın Yargıtay bir kararında, sanığın olay günü kullandığı cep telefonundan katılanı arayarak "Bir arkadaş ortamında sözünüz geçti, siz çalışıyormuşsunuz, sizinle tanışıp yemek yemek isterim" şeklindeki sözlerini cinsel taciz niteliğinde görmüş ve sanığın beraatine hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız “sosyal hayatın gerekleri ve medeni davranışlar” ölçütü göz önünde bulundurulduğunda, Yargıtay’ın vermiş olduğu karar bize göre yerinde olmamıştır. Söz konusu karar için bkz. Yar. 14. CD, 2016/12054 E. – 2019/13124 K., K.T.: 09.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020).

³³⁰ YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.184; Aksi yönde bkz. “Sanığın, katılanla tanışmak için mesaj ve çiçek gönderme biçimindeki eylemlerinin, TCK’nın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun hukuki vasfında yanlışlıkla düşerek kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hüküm kurulması...” Yar. 18. CD, 2015/12906 E. – 2016/998 K., K.T.: 20.01.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³³¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.418.

³³² “Sanığın, küçüklüğünden beri takip ederek aralıklarla arkadaşlık teklif ettiği mağdurenin olumsuz yanıt vermesine rağmen ısrarlı şekilde tekliflerine devam ettiği, HTS raporları incelendiğinde 2012 yılı Ocak ayında sanıkla mağdure arasında mesajlaşma ve telefon görüşmeleri mevcut ise de mesajların silinmesinden dolayı içeriklerinin tespit edilememesi karşısında, mesajların cinsel içerikli olduğu yönündeki mağdurenin iddiasının başka bir delille desteklenmediği ve mevcut haliyle sanığın üzerine atılı cinsel taciz suçunu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, eylemlerin bütün halinde kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu

suçuna vücut vermeyeceği düşünülmektedir.³³³ Mağdura aşk mektubu yazılması da kanımızca tek başına cinsel taciz olmayıp somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Failin samimi hislerini açıklamak maksadıyla yazdığı bir aşk mektubunun medeni davranış çerçevesinde “duygu açıklaması” kabul edilerek cinsel taciz suçu oluşturmayaacağı kabul edilebilir. Buna karşın cinsel içerikli konuşmalar, mektup veya mesajların TCK m.105 kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Hoş karşılanmayan cinsel içerikli şakalar da TCK m.105 kapsamında cinsel taciz suçu oluşturabilir.³³⁴

Mağdurun vücuduna dokunmadan eteğinin kaldırılması da cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir.³³⁵ Zira mağdurun cinsel mahremiyeti, özel bölgelerinin rızası olmaksızın teşhir edilmesi suretiyle ihlal edilmektedir. Buna karşın, mağdurun haberi olmaksızın gizlice etek altı fotoğraflarının çekilmesi halinde cinsel taciz değil “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunun (TCK m.134) oluşacağı kabul edilmektedir.³³⁶

oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması...” Yar. 14. CD, 2016/11704 E. – 2019/12488 K., K.T.: 18.11.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.07.2020); “*Oluş ile dosya içeriğine göre sanığın, mağdureye cep telefonu numarası yazılı kartvizit ve çiçek atması, belli aralıklarla takip etmesi ve ismini sorması şeklindeki eylemlerinin cinsel amaç taşımayıp, mevcut haliyle rahatsız edici nitelikteki fiillerinin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükun bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek cinsel taciz suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...*” Yar. 14. CD, 2016/7855 E. – 2020/8 K., K.T.: 06.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 08.07.2020).

³³³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.462; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.379; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.418.

³³⁴ YENERER ÇAKMUT, “*Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunundaki Konumu*”, GSÜHFD, (2016/1), s.19.

³³⁵ BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, s.1164; “*Sanığın, bedensel temas içermeyecek şekilde mağdureler ... ile ... eteklerini kaldırması şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu...*” Yar. 14. CD, 2016/11111 E. – 2017/2109 K., K.T.: 18.04.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 09.07.2020); “*sanığın mağdurenin eteğini kaldırıp bakması şeklinde gerçekleşen ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyip bedensel temas içermeyen eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 105/1. maddesinde yer alan cinsel taciz suçunu oluşturduğu...*” Yar.14. CD, 2016/2714 E. – 2016/5585 K., K.T.: 15.06.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 09.07.2020).

³³⁶ Yar.14. CD, 2014/7914 E. – 2016/1100 K., K.T.: 10.02.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 09.07.2020); “*olay tarihinde sanığın, cadde üzerinde yürümekte olan mağdureyi takip ederek, haberi olmaksızın eteğinin alt kısmını, kalça ve bacak bölgelerini cep telefonu ile kayda alması şeklindeki eyleminin TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu...*” Yar. 14. CD, 2013/1679 E. – 2014/10915 K., K.T.: 13.10.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 09.07.2020); Benzer şekilde öğretide de mağdura fark ettirmeden yapılan davranışın cinsel olarak mağduru rahatsız etme amacı gütmeyeceği gerekçesiyle, bahsedilen durumda TCK m.105’ten

Belirtelim ki, fail davranışı sergilerken cinsel amaçlı hareket etmediyse somut olayın özelliğine göre cinsel tacizden başka suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu kapsamda, cinsel nitelik taşıyan bir el-kol hareketi veya söz cinsel amaçla değil mağduru tahkir etme amacıyla yapılmış veya söylenmişse eylem artık cinsel taciz değil hakaret suçu (TCK m.125) oluşturacaktır.³³⁷ Cinsel amaç şartına ilişkin açıklamalarımız aşağıda “Manevi Unsur” başlığı altında yapılacaktır.

C. Fail

Cinsel taciz suçu bakımından failin cinsiyeti önemli değildir. Suçun faili erkek veya kadın herhangi bir kişi olabilir. Suç, karşı cinsten birine yönelik olabileceği gibi aynı cinsiyetteki kişiler arasında da gerçekleştirilebilir. Buna karşın, eşlerin birbirlerine karşı cinsel taciz suçunun faili olup olamayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.³³⁸

Failin yaşı da bu suç bakımından önem arz etmemektedir. Buna göre, fail bir yetişkin olabileceği gibi bir çocuk da olabilir.³³⁹

bahsedilemeyeceği düşünülmektedir, bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.465. Öte yandan Yargıtay bazı durumlarda 134. ve 105. maddeler arasında fikri içtima hükümlerini uygulamaktadır, bkz. Yar. 12. CD, 2015/7232 E. – 2015/14129 K., K.T.: 30.09.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 09.07.2020); “Sanık ...'ın, metrobüs duraklarındaki merdivenleri kullanarak dışarı çıkış yapmakta olan mağdur ...'a yaklaşp, kamera fonksiyonunu açık halde bıraktığı cep telefonunun çekim yönünü, mağdurun etek altına odaklayarak, onun bilgisi ve rızası dışında, erojen bölgelerinin görüntüsünü kaydetmek istediği sırada, durumu fark eden kolluk görevlilerinin müdahalede bulunmaları üzerine yakalandığı ve sanığa ait cep telefonunda mağdura ait herhangi bir görüntünün tespit edilemediği olayda, mağdurun fiziksel mahremiyetini içeren görüntüsünü kaydetme kastını taşıyan sanığın eyleminde özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu, sanığın, cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadına yönelik eylemiyle cinsel taciz suçunu da işlediği anlaşılmakla, bir fül ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, TCK'nın 44. maddesine uygun olarak daha ağır cezayı gerektiren özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmasına dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yar. 12. CD, 2015/10117 E. – 2016/12151 K., K.T.: 24.10.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:09.07.2020).

³³⁷ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.396.

³³⁸ Cinsel taciz suçunun eşe karşı işlenebileceği yönünde bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.401; BAŞ, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, s.1153; DURSUN, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış*”, s.67; Aksi yönde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.460. Yazarlar olması gereken hukuk bakımından suçun eşler arasında işlenebilmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, kanun koyucunun iradesi ve Yargıtay kararları dikkate alındığında uygulama bakımından aksi sonuca varmaktadırlar.

³³⁹ “Suça sürüklenen çocuk ...'ın her iki katılana doğru dönerek cinsel organını göstermesi şeklinde gerçekleşen eyleminin ise zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek ve 5237 sayılı TCK'nın 105/1, 43/2, 31/3. maddeleri gereğince mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı...” Yar. 14. CD, 2015/5547 E. – 2019/98 K., K.T.: 09.01.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.:09.07.2020).

D. Mağdur

Cinsel taciz suçunun mağduru herhangi bir kişi olabilir. Mağdurun kadın, erkek, evli veya bekar olmasının suça etkisi yoktur.³⁴⁰ Fail ile mağdurun aynı veya farklı cinsiyetlerde olması da mümkündür. Bu suç bakımından failin yaşının genel hükümler haricinde bir etkisi olmadığından, suçun bir çocuk tarafından işlenmesi de mümkündür.³⁴¹

Önceki başlıklarda açıkladığımız üzere, 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay uygulaması 105. maddenin çocuklar bakımından da uygulanabileceği yönündeydi. Söz konusu kanun değişikliği ile kanun koyucu, cinsel taciz eyleminin çocuklara karşı gerçekleştirilmesini ceza artırımı nedeni olarak maddeye eklemiş ve böylelikle çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru olabileceği açıklığa kavuşmuştur.

E. Şikayet Hakkı

Cinsel taciz suçunun birinci fıkrada düzenlenen basit şekli bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır. Öğretide mağdurun çocuk olması halinde suçun şikayete tabi olup olmayacağı hususunda görüş ayrılığı bulunmakla birlikte,³⁴² bizim de katıldığımız görüşe göre birinci fıkra kapsamına giren tüm hallerde mağdur çocuk dahi olsa suç şikayete tabidir.³⁴³ Bu noktada, olması gereken hukuk bakımından suçun çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde re'sen soruşturulup kovuşturulmasının çocukların cinsel anlamda korunması amacına daha uygun olduğunu belirtmek isteriz. Ancak TCK sistematigi çerçevesinde birinci fıkranın düzenlenme tarzı dikkate alındığında, yürürlükteki hukuk bakımından

³⁴⁰ Mustafa ARTUÇ, “Cinsel Taciz Suçu”, THD, S.:11, (Y.:2007), s.104.

³⁴¹ ARTUÇ, “Cinsel Taciz Suçu”, s.104.

³⁴² Mağdurun çocuk olmasının nitelikli hallerden olması nedeniyle suçun re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerektiğine dair görüş için bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.474; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.171; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.384.

³⁴³ ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.398; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.191; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.441.

çocuklara karşı işlenen cinsel taciz suçunun da şikayete bağlı kılındığı sonucuna varmaktayız.

Mağdurun çocuk olması halinde şikayet hakkının nasıl kullanılacağı hususunda Yargıtay'ın on beş yaşını tamamlamış mümeyyiz mağdurların şikayet hakkını bizzat kullanabileceği yönünde kararları mevcuttur.³⁴⁴ Buna karşın on beş yaşını tamamlamamış mağdur bakımından şikayet hakkının velayet hakkına sahip anne ve baba tarafından kullanılabileceği kabul edilmektedir.³⁴⁵

Buna karşın, ikinci fıkrada yer alan nitelikli haller bakımından ise soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlı olmayıp re'sen yapılmaktadır.³⁴⁶

³⁴⁴ “Türk Medeni Kanununun 16. maddesi ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kendilerine sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızalarının aranmayacağını belirttiği, ayrıca 15.04.1942 tarihli ve 14/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre de; bir suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin, doğrudan doğruya kendilerine karşı işlenmiş olan suçtan dolayı (kanunî mümessillerinin rızası olsun veya olmasın) dava ve şikâyet hakkına sahip olacağı, suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olup akli melekeleri yerinde bulunan katılan mağdurenin şikâyetten vazgeçme ile ilgili 18.05.2008 tarihli tutanak arkasında imzasının ve beyanının bulunmadığı, ilgili tutanak arkasında katılan mağdurenin annesi olan katılan müştekinin olayla ilgili olarak şikâyetçi olmadığına dair beyanının ve imzasının bulunduğu, bu nedenle katılan mağdurenin aşamalarındaki şikâyetinin geçerli olduğunun kabulü...” Yar. 14. CD, 2013/3238 E. – 2014/12936 K., K.T.: 19.11.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020); “Nüfus kaydına göre 01.01.1995 doğumlu olup suç tarihinde on beş yaşından büyük olan mağdure Z...’in duruşmada sanıklar haklarındaki şikayetinden vazgeçtiğini beyan etmesi (...) karşısında yaş küçüklüğü nedeniyle mağdurelere tayin edilen vekilin hükümleri temyize hakkı bulunmadığından...” Yar. 14. CD, 2015/5589 E. – 2018/7470 K., K.T.: 12.12.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020).

³⁴⁵ “Mağdurenin on beş yaşından küçük olması nedeniyle atılı suçla ilgili şikayet hakkının velayet hakkına sahip anne ve babaya ait olduğu gözetilip davaya katılımları sağlanarak şikayet hususunda beyanlarının alınması gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yokluklarında hüküm kurulması...” Yar. 14. CD, 2016/12129 E. – 2019/12907 K., K.T.: 02.12.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020); “Kayden 21.04.1998 doğumlu olup suç tarihi dönemde on beş yaş içerisinde bulunan mağdureyi bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde evine kadar ısrarla takip eden sanık hakkında cinsel taciz suçundan dolayı kamu davası açılmış ise de, anılan suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olması ve suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağdurenin velayet hakkına sahip annesi ... ’nin soruşturma evresinde müşteki sıfatıyla verdiği beyanında şikayetçi olmadığını belirtmesi karşısında, mahkemece şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken...” Yar.14. CD, 2015/5049 E. – 2016/6065 K., K.T.: 16.06.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020); “Kayden 01.01.1999 doğumlu olup suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağdurenin velayet hakkına sahip annesi müşteki ... ’nin 27.01.2014 günlü duruşmada suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından...” Yar. 14. CD, 2016/10823 E. – 2019/12532 K., K.T.: 18.11.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020).

³⁴⁶ 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesinde, cinsel taciz suçunun nitelikli halleri bakımından soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olmadığı belirtilmiştir. Gerekçe için bkz. GERÇEKER, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I, s.1087.

F. Manevi Unsur

Cinsel taciz suçu özel kast ile işlenebilen bir suçtur.³⁴⁷ Failin sergilediği taciz davranışının TCK m.105 kapsamında değerlendirilebilmesi için eylemin *cinsel amaçlı* olarak gerçekleştirildiği kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya konulmalıdır. Kanun koyucunun 105. madde bakımından benimsediği bu tercih, cinsel taciz suçunu diğer suçlardan ayıracak bir ölçüt belirleme çabası ile mağdurun hassasiyetinden kaynaklanabilecek bazı aşırılıkların önlenmesi olarak değerlendirilmiştir.³⁴⁸ Gerçekten, faildeki cinsel amacın varlığına ve somut olayın gerçekleşme şekline göre kişilerin huzur ve sükununu bozma³⁴⁹ (TCK m.123), hakaret³⁵⁰ (TCK m.125), özel

³⁴⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.468; ÜNVER, “*Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri*”, CHD, S.:11, (Y.:2009), s.124; ARTUK, “*Cinsel Taciz Suçu*”, s.14.

³⁴⁸ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.425-426.

³⁴⁹ “*Sanığın olay günü kullandığı araçla takip ettiği katılana yönelik ‘merhaba bakar mısın, seni istediğin yere bırakayım, benden korkma benden sana zarar gelmez’ diyerek tacizde bulunması ve katılanın kendisini rahatsız etmemesini söyleyip gitmesini istemesine rağmen ısrarla takip etmeye devam etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel amaç taşıdığına belirlenememesi nedeniyle mevcut haliyle fiilin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek cinsel taciz suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...*” Yar. 14. CD, 2016/8901 E. – 2020/546 K., K.T.: 20.01.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020).

³⁵⁰ “*Sanığın mağdurelere yönelik olarak bir kez sarf ettiği ‘or... arabaya binsenize’ şeklindeki sözlerinin TCK’nın 43/2. maddesi uyarınca zincirleme şekilde hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanlışlığa düşülerek cinsel taciz suçundan hüküm kurulması...*” Yar. 14. CD, 2012/5573 E. – 2012/5151 K., K.T.: 07.05.2012, akt. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.425 (dn.149).

hayatın gizliliğini ihlal³⁵¹ (TCK m.134), hayasızca hareketler³⁵² (TCK m.225) veya müstehcenlik³⁵³ (TCK m.226) suçları gündeme gelebilir.

Cinsel taciz suçu bakımından mağdurun rızası, TCK m.26/2 kapsamında hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz.³⁵⁴ Bununla birlikte, rızanın çocuk mağdurlara karşı işlenen cinsel taciz suçu bakımından etkisi TCK'nın 103. maddesi de dikkate alınarak belirlenmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçunu incelerken, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya

³⁵¹ “Sanığın, mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemediği özel yaşam alanı kapsamında bulunan iç çamaşırlarına bakmak için mağdurun kişisel eşyalarını koyduğu çekmeceyi karıştırdığı ve yatak odasında yalnız başına iken mağdura ait iç çamaşırlarını görüp, bunlardan birini cinsel amaçlı olarak kullanmak için mağdurun haberi olmaksızın gizlice yerinden aldığı dikkate alındığında, sanığın, mağdurun bilgisine ulaşmaması için çaba gösterip, mağduru hedef almaksızın gerçekleştirdiği cinsel isteklerini tatmin maksadına yönelik hareketleri ile mağdurun özel hayatına ilişkin eşyalarına rızasına aykırı şekilde müdahale etmekten ibaret ve iddianamede cinsel taciz olarak tarif edilen eyleminin, TCK'nın 134/1-1. madde, fıkra ve cümlesinde tanımlanan ve genel kastla işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu...” Yar. 12. CD, 2019/442 E. – 2019/10583 K., K.T.: 23.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020); “sanığın, çıplak vaziyette banyo yapan mağdureyi camı bulunmayan banyo penceresinden koruma demirlerine tutunarak gözetlemesi şeklindeki eyleminin ... sayılı TCK'nın 134 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilip ... sayılı CMK'nın 226. maddesi gereğince ek savunma verilerek aynı madde gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek cinsel taciz suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/8393 E. – 2019/9911 K., K.T.: 21.05.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020).

³⁵² “Sanığın, otobüs içerisinde cinsel organını çıkartıp katılana gösterdiği biçimindeki eylemini katılanı hedef olarak gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi karşısında; TCK'nın 105. maddesi kapsamında cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, hatalı değerlendirmeye yazılı şekilde hayasızca hareketler suçundan hüküm kurulması...” Yar. 18. CD, 2018/3262 E. – 2019/13876 K., K.T.: 07.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020); “Sanığın, parkta alenen cinsel organını göstermesi biçiminde gerçekleşen eyleminde, müştekinin, “sanığın eyleminin kendisine yönelik olmadığı ve cinsel organını alenen teşhir ettiği yönündeki beyanı” da dikkate alındığında, sanığın eyleminin belli bir kişiye yönelik olmaması karşısında, eylemin TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketlerde bulunma suçunu oluşturduğu...” Yar. 18. CD, 2017/3143 E. – 2019/7014 K., K.T.: 09.04.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020).

³⁵³ “Suça sürüklenen çocuk ...'in suç tarihi itibarıyla 16 yaşında bulunan katılana ait çıplak görüntüleri yayınlaması iddiasının TCK'nın 226/5. madde ve fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçu kapsamında kaldığı...” Yar. 12. CD, 2018/3450 E. – 2018/8373 K., K.T.: 19.09.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020); “Sanığın mağdur ile duygusal ilişki yaşadıkları sırada, mağdurun rızası ile soyunma görüntülerini çekmesi şeklinde gelişen eyleminin cinsel taciz ile müstehcenlik suçlarını oluşturduğu ve fikri içtima hükümlerini düzenleyen TCK'nın 44. maddesi gereğince, en ağır yaptırımı öngören müstehcenlik suçundan sanığın mahkumiyetine karar verildiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek ayrıca yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yar. 18. CD, 2018/6753 E. – 2019/2016 K., K.T.: 23.01.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 12.07.2020).

³⁵⁴ AKBULUT, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, s.285; ŞARE, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, s.1010; “Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza, eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir.” Yar. CGK, 2012/1498 E. – 2014/188 K., K.T.: 15.04.2014, HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, (E.T.: 12.07.2020).

yetenekleri gelişmemiş çocukların *hiçbir* cinsel davranışa rıza gösterme ehliyetlerinin bulunmadığını ve fakat on beş yaşını tamamlamış olanların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın hukuken geçerli kabul edildiğini belirtmiştik. Şu halde, on beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneklerinde herhangi bir sorun olmayan çocukların, cinsel taciz niteliğindeki davranışa –iradeleri sakatlanmaksızın– gösterdikleri rızanın hukuken geçerli sayılacağını söylemek mümkündür.³⁵⁵

Son olarak, eylemin şikayet hakkının kullanılmaması nedeniyle soruşturma ve kovuşturmayla uğramamış olmasının eyleme mutlak biçimde rıza gösterildiği anlamına gelmeyeceğini ifade edelim. Mağdurun bu tutumunun her durumda rıza gösterildiğine yorulmaması ve özellikle ülkemiz şartlarında birtakım kişisel sebepler, ispat güclüğü veya toplumsal baskıdan çekinme gibi etkenlerden kaynaklanabileceği ihtimalini göz ardı etmemek gerektiğini vurgulamak isteriz.

³⁵⁵ “Kayden 15.03.1996 doğumlu olup suç tarihinde on yedi yaşı içerisinde bulunan mağdurenin, kovuşturma evresinde verdiği ifadesinde sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin davaya katılma ve hükmü temyize hakkı bulunmadığı (...) Bakanlığa bağlı yetiştirme yurdunda kalan on yedi yaşındaki mağdure ile tanışıp arkadaş olan sanığın, duygusal yakınlık hissettiği mağdure ile değişik tarihlerde karşılıklı mektuplaştığı ve mağdurenin yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden anılan mektupların gönderildiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın kanuni unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan beraati yerine yazılı şekilde kamu davasının düşmesine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/7626 E. – 2019/7748 K., K.T.: 28.02.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 10.07.2020).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUKLAR ARASINDAKİ KARŞILIKLI RIZAYA DAYALI CİNSEL EYLEMLERDE SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Akran Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel Eylemlere İlişkin Sorunlar

Çocuklarda ergenlik dönemiyle birlikte cinsel konulara ilgi ve merakın arttığı gözlenmektedir.³⁵⁶ Ülkemizde çocuk ve ergenlere yönelik sistemli bir cinsel eğitim programı yürütülmemesi nedeniyle bilgi eksikliğini doğru kaynaklarla gideremeyen çocuk, bu merakını çoğunlukla “deneyerek” kendi başına gidermeye çalışmaktadır. Araştırmalar, çocukların cinsellikle ilgili ilk bilgilerini doğru ve uzman kaynaklar yerine arkadaşlarından, pornografik film ve CD’lerden, internet sitelerinden ya da televizyon filmlerinden edindiğini ortaya koymaktadır.³⁵⁷ Bilhassa kitle iletişim araçları vasıtasıyla maruz kaldıkları birtakım açık veya örtülü cinsel mesajlardan etkilenebilmekte, televizyon dizilerinde özellikle beğendikleri karakterler tarafından sergilenen birtakım davranışları taklit etme eğilimi gösterebilmektedir. Neticede, ilk cinsel bilgilerin sağlıklı biçimde edinilememesinin çocukları cinsel suç davranışına yöneltebilecek önemli bir etken olduğu düşünülmektedir.³⁵⁸

³⁵⁶ BAYKARA ACAR, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, s.109; Gülşen ÇAYIR-Nezihe KIZILKAYA BEJİ, “Cinsel Sağlık Eğitimi”, *Androloji Bülteni*, C.:17, S.:62, (Y:2015), s.236.

³⁵⁷ BAYKARA ACAR, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, s.108; Mehmet Şirin AKÇA-Melek ŞAHİN-Duygu ARSLAN, “Öğrencilerin Cinsel Eğitimine İlişkin Öğretmen Algısı”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, C.:7, S.:3, (Y.:2017), s.521.

³⁵⁸ BAYKARA ACAR, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, s.108.

TCK'nın 103. maddesi açısından bu başlıkta ele alacağımız tartışmalı noktalardan ilki, her ikisi de on beş yaşını tamamlamamış çocuklar arasında hukuken geçerli olmasa da karşılıklı rızaya dayalı cinsel eylemlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusudur.

Kanun koyucu on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yetenekleri gelişmemiş çocukların herhangi bir cinsel eyleme yönelik rızasına itibar etmediğinden yürürlükteki hukuk uyarınca her iki tarafın da çocuk olduğu ve fakat taraflardan en az birinin on beş yaşını tamamlamadığı her türlü cinsel eylem –basit cinsel davranış düzeyinde dahi olsa– TCK m.103 kapsamında “cinsel istismar” olarak değerlendirilmektedir. Maddenin düzenlenme şekline bakıldığında eylemin muhakkak organ veya sair cisim sokma boyutuna ulaşmasına da gerek yoktur; çocukların birbirlerini öpmesi dahi bu kapsamda sayılmaktadır. Söz gelimi, akran olan 13 yaşındaki (A) ve 14 yaşındaki (B) arasında karşılıklı rıza ile gerçekleştirilen cinsel bir eylem sonucunda, eylem basit düzeyde kalmış olsa dahi mevcut düzenlemeye göre “çocuğun cinsel istismarı” suçu oluşmakta, uygulamada çoğunlukla yaşı görece büyük olan (B), SSÇ sıfatı ile yargılanarak ceza yahut güvenlik tedbiri ile karşı karşıya kalmaktadır.³⁵⁹

Belirtelim ki, TCK'nın 31. maddesinde yaş küçüklüğü ceza sorumluluğuna etki eden bir durum olarak düzenlenmiş ise de 12-15 yaş aralığındaki çocuklarda isnat yeteneğinin varlığı konusunda yapılacak incelemede isnat yeteneğinin bulunmadığı sonucuna varılırsa bu durum ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracak ancak yine de SSÇ hakkında bir güvenlik tedbirine hükmolunacaktır. Isnat yeteneğinin bulunduğu kabul edilen durumlarda ve 15-18 yaş aralığındaki çocuklarda ise ceza indirimine uygulanmaktadır. Ancak en nihayetinde, iki çocuk da belki merak saikiyle belki bilinçsizce bir oyun olarak fakat yararlanma amacı gütmeksizin ve suç olduğunu bilmeden karşılıklı rızayla gerçekleştirdikleri eylem sonucunda ciddi bir yargılama süreci yaşamakta, taraflardan yalnızca biri “suçlu” gibi ağır bir etiket ile küçük yaşta orantısız bir cezai yaptırım altında bırakılmaktadır. Kanaatimizce, 50 yaşındaki bir yetişkinin 14 yaşındaki çocuğa karşı gerçekleştirdiği cinsel eylemler ile on sekiz yaşından küçük iki çocuğun birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri eylemlerin esas

³⁵⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.316.; Benzer bir örnek için bkz. NİŞANCI, “6545 sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, TBB Dergisi, S.:120, (Y.:2015), s.224.

itibarıyla aynı değerlendirmeye tabi tutulması ceza adaleti dengesi bakımından sorgulanması gereken bir durumdur. Mevcut düzenleme, öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi ergenlik döneminin henüz başlarında olan iki çocuğun merak, bilgisizlik gibi çeşitli sebeplerle ve karşılıklı rıza dahilinde cinselliği tanımaya çalışmalarının da bir “faydalanma” gibi görülerek cezalandırılması sorununa yol açmaktadır.³⁶⁰

Esasen çok yönlü bir incelemenin konusu olan bu sorunun hukuki boyutu özetle, on beş yaşını tamamlamamış çocukların yine kendileri gibi on beş yaşını tamamlamamış veya 15-18 yaş grubundaki çocuklarla olan her türlü cinsel davranışın karşılıklı rıza bulunsa dahi TCK m.103/1-a hükmü gereği cinsel istismar olarak kabul ediliyor olmasıdır. Kanaatimizce burada sorunun kaynağı, kanun koyucunun gerek hukuki gerekse toplumsal birtakım sebepler neticesinde “akran cinselliği” ile “akran istismarı” ayırımına gitmemesi ve çocuklar arasında görülmesi normal sayılabilen cinsel davranışları da “çocuğun cinsel istismarı” kapsamında değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu noktada, öncelikle TCK m.103 kapsamında değerlendirilebilecek akran istismarı ile bundan tamamen farklı bir durumu ifade eden akran cinselliği kavramları arasındaki ayrımın neden gerekli olduğunu ortaya koyabilmek adına, söz konusu kavramları kısaca izah etmekte yarar görüyoruz.

“Akran zorbalığı” olarak da bilinen akran istismarı, *daha büyük yaşta ya da fiziksel olarak daha güçlü olan çocukların kendilerinden daha güçsüz olan çocukları sürekli olarak hırpalaması, eziyet etmesi ve rahatsızlık vermesi* olarak tanımlanmaktadır.³⁶¹ Fiziksel, sözel, duygusal, cinsel veya siber olmak üzere çeşitli görünümlere³⁶² sahip olabilen akran zorbalığı, bu çalışmada konu bütünlüğünü bozmamak adına yalnızca cinsel yönüyle ele alınmıştır.

Aralarında birkaç yaş fark bulunan veya aynı yaşta olmalarına rağmen gelişim düzeyleri farklı olan çocuklardan daha üstün konumda olanın diğerinden cinsel olarak

³⁶⁰ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.309; Mahmut KOCA-Özge BOZKURT-İbrahim AKAR, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, in. *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.648.

³⁶¹ Gülümser GÜLTEKİN AKDUMAN, “7-14 Yaş Arası Çocuklarda Akran İstismarı ve Kendi Çözüm Önerileri”, *Kuramsal Eğitimbilim Dergisi*, C.:3, S.:2, (Y.:2010), s.14; Müjgan ALİKAŞİFOĞLU, “Akran İstismarı”, *Türk Pediatri Arşivi*, C.:46, Ek:1 – Özel Sayı, (Y.:2011), s.31-32.

³⁶² Tuğba Eda ADALAR ÇELENK-Osman YILDIZLAR, “Lise Öğrencilerinde Akran Zorbalığı ve Mağduriyetinin İncelenmesi”, *Sağlık ve Yaşam Bilimleri Dergisi*, C.:1, S.:2, (Y.:2019), s.25.

yararlanması halinde akran zorbalığının bir görünümü olan akranlar arası cinsel istismardan söz edilmektedir. Akran istismarı davranışlarında belirleyici özellik, zarar verici ve incitici saldırgan davranışın gücün kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesidir.³⁶³ Bir çocuğun veya bir ergenin yaşı ve gelişim düzeyinden beklenmeyen, diğer çocuğun rızası olmadan zorla gerçekleştirilen, ona duygusal ve fiziksel olarak zarar veren, korkmasına neden olan ve bir yetişkinin davranışın sona erdirilmesine yönelik müdahalesinden sonra da tekrarlayan cinsel davranışlar problem arz eder³⁶⁴ ve akranlar arası cinsel istismar niteliği taşır. Kanaatimizce böylesi bir durumda, sergilenen eylemin niteliği gereği TCK m.103 kapsamında değerlendirilebileceği konusunda hiçbir duraksama yoktur. Ancak bu durumda da SSÇ'nin yaşı ve durumu ile somut olayın özellikleri bir bütün halinde dikkate alınarak ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan hal bulunup bulunmadığı muhakkak değerlendirilmelidir.

Akranlar arasındaki karşılıklı rızaya dayanan cinsel eylemleri ifade eden akran cinselliği ise *faydalanma amacının bulunmaması* yönüyle akranlar arası cinsel istismardan ayrılır. Gerçekten, özellikle ergenlik döneminin etkisiyle cinsel anlamda olgunlaşma sürecine giren çocukların birbirlerine karşı birtakım cinsel davranışlar sergileme eğiliminde oldukları bilinmektedir. on beş yaşını tamamlamamış çocukların birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmayacaklarını, birbirlerini öpmeyeceklerini veya cinsel anlamda dokunmayacaklarını ileri sürmek hayatın olağan akışına uygun değildir.³⁶⁵ Nitekim, aynı yaş ve gelişim düzeyinde olan çocuklar arasında cinsel doyum amacı gütmeksizin öğrenmeye yönelik olarak, karşılıklı rıza dahilinde, spontane ve sınırlı sıklıkta görülen doktorculuk, evcilik oynama, hafifçe dokunma veya karşı cinsi tanıma amacıyla flört gibi bazı davranışların normal sayılabileceği ifade edilmektedir.³⁶⁶

³⁶³ Hasan Atakan ŞENGÜL-Nergis CANTÜRK-Gürol CANTÜRK-Rukiye DAĞALP, “Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde Akran İstismarı Nedeniyle Yargılanan Çocukların Değerlendirilmesi”, TPAD, C.:47, S.:4, (Y.:2012), s.284.

³⁶⁴ POLAT, *Tanımlar*, s.170.

³⁶⁵ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.310.

³⁶⁶ POLAT, *Tanımlar*, s.169; AKÇAN-ÇEKİN, “Cinsel Suçlu Olarak Çocuk”, s.51.

Uzun zamandan beri tartışıl原因 bu sorun hakkında ęretide farklı gęriřler ileri sęr¼lmekle birlikte,³⁶⁷ bizim de katıldığımız gęriře gęre, on beş yaşını tamamlamamış iki ocuk arasındaki karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleşen ve gelişim d¼zeylerine gęre normal kabul edilen cinsel eylemler bakımından fail ile mağdur birbirine karışmaktadır.³⁶⁸ Bununla birlikte, aralarındaki yaş farkı az olduğu s¼rece her iki ocuk da eşit konumda olduğundan bir çocuğun diğerinden faydalandığını, başka bir ifadeyle eylemin istismar niteliği taşıdığını ileri s¼rmek m¼mk¼n gęr¼nmemektedir.³⁶⁹

Bu nedenle her ikisi de on beş yaşını tamamlamamış olan iki ocuk arasındaki cinsel eylemlerin ancak “zorlama” sęz konusu ise TCK m.103 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; buna karşılıklı hukuken geçerli olmasa dahi karşılıklı rıza dahilinde gerçekleşen cinsel eylemlerin cinsel istismar suçundan ayrı tutularak değerlendirilmesi gerektiği gęriř¼³⁷⁰ bize de yakın gelmektedir.

Tartışılan ikinci nokta, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği yeterince gelişmemiş çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneğinde herhangi bir sorun bulunmayan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel eylemlerin ne şekilde değerlendirileceğidir. Gerçekten, TCK m.103 d¼zenlemesine bakıldığında, sęz gelimi 16 yaşındaki (C) ile 14 yaşındaki (D), D’nin on beş yaşını tamamlamasına yalnızca birkaç g¼n varken cinsel bir eylemde bulunsa ve bu eylem hiçbir zorlama olmaksızın D’nin de rızası ile gerçekleşse bile 16 yaşındaki C’nin “ocuğun cinsel istismarı” suçunun faili olarak yargılanması gerekecektir.³⁷¹ Bu ihtimalde de çoğu zaman suç olduğu dahi d¼ř¼n¼lmeden anlık bir merak, taklit etme

³⁶⁷ Bu gęriřler için bkz. KOCA-BOZKURT-AKAR, “ocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, in. *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan*, s.649 vd.

³⁶⁸ KOCA-¼Z¼LMEZ, *T¼rk Ceza Hukuku ¼zel H¼k¼mler*, s.354-355; ERDEN T¼T¼NC¼, *F¼cur (Ensest)*, s.140; AYDIN, *ocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişi Suçu*, s.26.

³⁶⁹ TANER, “*Anayasa Mahkemesinin ocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel T¼renine İlişkin İptal Kararlarının Ardından ok Katmanlı Bir öz¼m ¼nerisi*”, s.241.

³⁷⁰ TEZCAN-ERDEM-¼NOK, *Teorik ve Pratik Ceza ¼zel Hukuku*, s.427; ERDEN T¼T¼NC¼, *F¼cur (Ensest)*, s.141.

³⁷¹ “On beş yaşını doldurmasına bir g¼n kala mağdure bayanla rızasıyla cinsel ilişiye girmede, belki mağdure bayanla aynı yaşta olan erkek için 8 yıldıan 15 yıla kadar hapis cezası (Son d¼zenlemeyle en az 20 yıl) 15 yaşını saat farkıyla doldurduktan sonra cinsel ¼zg¼rl¼k ve hiç ama hiç ceza ¼ng¼r¼lmemesi ve şikayet hakkının k¼¼ęe tanınmasını adaletli saymak m¼mk¼n değildir. Bu b¼y¼k bir çelişkidir.” Yar. CGK, 2013/749 E. – 2015/277 K, (Karşı oy yazısından), K.T.:15.09.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 03.08.2020)

veya oyun maksadıyla ve karşılıklı rızayla deneyimlenen eylemin cezai sorumluluğu yine taraflardan yalnızca birine yüklenmektedir.

Öğretide bizim de katıldığımız bir düşünceye göre, çocuklar için asıl tehlike kendilerinden akran sayılamayacak kadar büyük ve tecrübeli kişilerin çoğunlukla manevi baskı ve iknaları ile bir cinsel eyleme yönlendirilmesi olup TCK m.103'ün ihdas edilme amacı da tam olarak budur.³⁷² Başka bir ifadeyle, yetişkinlerin çocuktan ciddi anlamda büyük, daha deneyimli ve bu özellikleri vasıtasıyla çocuk üzerinde maddi veya manevi baskı kurmaya daha muktedir olmaları söz konusu eylemin niteliğini kolayca “*istismar*” haline dönüştürmektedir. Öte yandan, yetişkin kişinin bir çocukla gerçekleştireceği cinsel eylemin anti-sosyallığını ve haksızlık içeriğini her yönüyle bilebilecek durumda olmasına rağmen eylemi gerçekleştirmesi de istismar niteliğini arttırmaktadır. Yetişkin kişilerin bu bilince sahip olmalarına rağmen eylemi gerçekleştirdikleri gözetildiğinde; iki çocuk arasında bilgisizlik, merak, ergenlik döneminin etkileri, eylemin haksızlık içeriğinin farkına varamama gibi etkenlerle ve karşılıklı rızayla gerçekleşen cinsel eylemlerden çok daha büyük ve onarılması güç zararlara yol açacağı muhakkaktır. Bu karşılaştırma neticesinde kanaatimiz, çocuklardan birinin on beş yaşını tamamlamamış ancak diğerinin 15-18 yaş aralığında olduğu varsayımında, bu çocuklar arasında karşılıklı rıza dahilinde gerçekleşen cinsel eylemlerde on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun fail sayılmasının maksada aykırı olacağı yönündedir.³⁷³ Zira ergenlik döneminin 12-15 yaş grubu çocukların cinsel davranışlar konusundaki kusur yeteneğine etkisi, bu yaş grubundaki çocuklar bakımından da kabul edilebilirdir. Bu kapsamda, yukarıda her ikisi de on beş yaşından küçük olan çocuklar için ileri sürdüğümüz görüşün bu varsayım bakımından da geçerliliğini koruyacağı düşüncesindeyiz.

Nitekim tarafı bulunduğumuz ve kamuoyunda daha çok *Lanzarote Sözleşmesi* olarak bilinen Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinde de bu durum gözetilmiştir. Sözleşme, taraf devletleri ulusal yasaları uyarınca cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunulmasını cinsel istismar kapsamında suç olarak düzenlemekle

³⁷² TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.316.

³⁷³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.427-428; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.316; NİŞANCI, “6545 sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, s.225.

yükümlü tutarken, 18/3. maddesinde ayrı bir düzenlemeye giderek küçük yaştaki çocuklar arasında gerçekleşen karşılıklı rızaya dayalı cinsel faaliyetleri kapsam dışı tutmuştur. Söz konusu istisnanın uygulanması konusunda çocuğun cinsel faaliyet yaşına erişmiş olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır.

Kanımızca Sözleşmedeki bu ayrıksılığın sebebi, çocukların yaş küçüklüğü ve irade zayıflığının etkisi ile erken yaşta yaptıkları hataların ileriki zamanlarda bütün hayatlarını etkileyecek yöntemlerle yıpratılması yerine sorunun toplum ve aile disiplini çerçevesinde sağlıklı cinsel eğitim ile sosyal yollardan çözülmesinin uzun vadede çocuğun yüksek yararı ve esenliğine daha iyi hizmet edeceği düşüncesidir. Çocukların her türlü istismar ve sömürüden korunması temeline dayanan bir Sözleşmenin, akran cinselliğinin cinsel istismardan ayrı tutulması tavsiyesine bir değer atfetmek gerekir. Hal böyleyken, TCK açısından çocuklar arasında gerçekleşen her türlü cinsel davranışın TCK m.103 kapsamında değerlendirilmesi günümüzde hatalı bir yaklaşımdır. Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuktaki yeni yaklaşımlar göz önüne alındığında, akran cinselliği ile akran istismarı ayrımının TCK sisteminde hala getirilmemiş olması ciddi bir eksikliktir.

Ergenlik döneminin etkisiyle işlenen cinsel nitelikli suçlar bakımından irade yeteneğinin önemli ölçüde zayıfladığı ve dolayısıyla kusur yeteneğinin azaldığını hatta bazen tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkündür.³⁷⁴ Gerçekten, ergenlik dönemindeki çocukların cinsel isteklere karşı koyabilme konusundaki irade yeteneklerinin yetişkinlere göre daha az olduğu gözetilmelidir.³⁷⁵ Bu anlamda TCK m.31 anlamında yaş küçüklüğü, SSÇ'nin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir hal olarak kabul edilmekteyse de bu durum çocuklar arasındaki cinsel davranışlar bakımından ayrı bir düzenleme ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır. Zira sorunun kaynağı eylemin niteliğinin, başka bir ifadeyle suç vasfının belirlenmesindeki anlayıştır. Bu koşullar altında 31. madde uygulamasının sorunun etrafından dolaşmaktan başka bir anlama gelmeyeceğini düşünüyoruz.

³⁷⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.416.

³⁷⁵ KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.366.

1. Akranlar Arası Cinsel Davranışta Haksızlık Yanılgısı Değerlendirilmelidir

Haksızlık bilinci, kişinin ortaya koyduğu eylemin hukuka aykırı olduğunu ve hukuken yasaklandığını bilmesi anlamına gelir. Başka bir ifadeyle fail, gerçekleştirdiği davranışın hukukun emir ve yasaklarına aykırı olduğunu biliyor olmalıdır.³⁷⁶

Kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesi ise haksızlık yanılgısını oluşturur.³⁷⁷

Somut olayın özelliğine göre haksızlık yanılgısının bulunup bulunmadığının incelenmesi bilhassa SSC'ler bakımından önem arz etmektedir. Zira kimi zaman çocuğun temel amacı suç işleme değilse bile hareket sonucu oluşan durum suç teşkil eder.³⁷⁸ Bu ihtimalde, suç ve ceza kavramlarını bir yetişkin gibi algılayamayan çocuğun çoğu zaman işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi kuvvetle muhtemeldir. Nitekim, cinsel suç nedeniyle cezaya uğramış çocuklarla yapılan bir araştırmada, birçoğunun yaptığı eylemi suç olarak algılamadığı, sonucun ceza alma ve cezaevine girme olacağını düşünmediği aktarılmıştır.³⁷⁹ Ne var ki uygulamaya bakıldığında çoğu zaman haksızlık yanılgısına ilişkin hükümlere başvurmadan kaçınıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu kaçınma, TCK m.30/4'te yer alan “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı” hükmünün 4. maddede yer alan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı ile çatıştığı ve işlenmiş bir suçun cezasız kalmasına yol açabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu düşünce, uygulamada TCK'nın 30/4. maddesinde yer alan haksızlık yanılgısının “kast-kusur” ayrımını esas alan anlayış çerçevesinde şekillendiği hususunun gözden kaçırılmasına yol açmaktadır.

Bilindiği gibi, Türk Ceza Kanununda da benimsenen *kusur teorisi* doğrultusunda haksızlık bilinci ile kast birbirinden ayrılmaktadır. Bu doğrultuda fiilin haksızlık oluşturduğuna ilişkin hata failin kusurluluğunu etkilemekte ancak kastın varlığını

³⁷⁶ AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.603.

³⁷⁷ KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.366.

³⁷⁸ ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.38.

³⁷⁹ Görüşülen çocukların bir kısmının ifadeleri şu şekildedir: “...Adam öldürdüğünde asarlar sanıyordum. Cezaevine girdiğimde öğrendim bunun suç olduğunu”, “...suç olduğunu bilmiyordum. Suç diye bir şey bilmiyordum. Cezaevine düşeceğim hiç aklıma gelmiyordu.” Akt. BAYKARA ACAR, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, s.147.

ortadan kaldırmamaktadır.³⁸⁰ Kaçınılabilir haksızlık yanılığında ise kusur zaten varlığını korur. Bu durum kusuru ortadan kaldıran değil azaltan hal olarak kabul edilir ve TCK m.61 kapsamında temel cezanın tayinine etki eder. Başka bir ifadeyle, haksızlık yanılığının kaçınılmaz olması durumunda failin kusuru ortadan kalkar; kaçınılabilir olması durumunda ise failin sorumluluğu devam etmekle birlikte kusurunun azalmış olduğu kabul edilerek ceza indirimi uygulanabilir.³⁸¹ Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenirken olayın şartlarına bakılarak kişinin bilgi düzeyi, kişiliği, gördüğü eğitim, yaşam ve mesleki çevresi ile içinde bulunduğu sosyal ve kültürel koşulların failde fiiline ilişkin bir haksızlık bilinci oluşturup oluşturmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.³⁸²

Önemle belirtmek gerekir ki TCK'nın kabul ettiği haksızlık yanılığı elbette eylemin cezalandırılabilir olduğunu bilmemekle eşit görülmemektedir.³⁸³ Zira TCK'nın 4. maddesi uyarınca “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*”. Bununla birlikte, kuralın kesin ve mutlak bir biçimde uygulanması adil olmayan sonuçlara sebep olabileceğinden, bazı hallerde bilmemenin mazeret sayılabileceği kabul edilmelidir.³⁸⁴ Konumuz çerçevesinde örneklemek gerekirse, akranlar arası cinsel davranış nedeniyle yargı sürecine dahil olmuş 14 yaşındaki bir SSÇ'nin, hemen her yerde maruz kalabildiği cinsel alt metinli sahneler, görüntüler ile yazı ve içeriklerden etkilenecek bunların doğru olduğu veya kendisinin de yapabileceği düşüncesiyle yine kendisi gibi 14 yaşındaki bir akranıyla rıza dahilinde karşılıklı cinsel davranışlarda bulunması, somut olayın özelliklerine göre yaş küçüklüğüne dayalı bilgi ve deneyim eksikliği gözetilerek “haksızlık yanılığı” içerisinde değerlendirilebilmelidir.³⁸⁵ Aynı durum, 16-17 yaşlarındaki bir SSÇ ile 14 yaşındaki

³⁸⁰ AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.604; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.366; ÖZTÜRK-ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.329.

³⁸¹ Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), s.437; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.487.

³⁸² AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.610.

³⁸³ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.468.

³⁸⁴ Sesim SOYER GÜLEÇ, “*Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı*”, DEÜHFD, C.:10 S.:1, (Y.:2008), s.67.

³⁸⁵ Benzer yönde bkz. ÖZGENÇ, “*Cinsel Suçlar: Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*”, s.275.

mağdur arasında karşılıklı rıza dahilinde gerçekleşen cinsel davranışlar için de geçerlidir.³⁸⁶

Bu noktada biz, doğru ve yanlış ayırt etme bilinci dahi yeni yeni oluşmaya başlayan bu çocukların aynı zamanda suçun, cezanın, kanunların bilincinde olmasını ve davranışının hukuki anlam ve sonuçlarını fark etmesini beklemenin gerçekçilikten uzak olacağını düşünüyoruz. Görüşümüz, çocuklar arasındaki her türlü cinsel davranışta muhakkak hata hükümleri çerçevesinde cezasızlık sağlanması gerektiği biçiminde yorumlanmamalıdır. Ancak çocuk suçluluğunun hukuki olduğu kadar sosyal, psikolojik, ekonomik, kültürel, eğitsel ve kalıtsal sorunların bir birleşimi olduğu³⁸⁷ düşünüldüğünde, olması gerektiği gibi verilmeyen cinsel eğitimin eksikliğini kendi başına gidermekten başka seçenek bırakılmayan çocuğun bazı hataları doğru zannederek yapmış olabileceği kanaatimizce göz ardı edilmemelidir. Başka bir ifadeyle, çocuk suçluluğu ile mücadelede çocuğu suça sürükleyen etkenler bertaraf edilmeden SSÇ hakkında derhal cezaya başvurmak, sorunun bir kısır döngü içerisinde kökleşmesine neden olur. Halbuki çocuk ceza hukukunda öncelikli amaç çocuğun cezalandırılması değil suç bilinci oluşturularak ikinci kez suça

³⁸⁶ Yargıtay CGK suç tarihinde on dört yaşında olan mağdure ile yakın yaşta olan ve aynı köyde ikamet eden sanığın iki yıl kadar arkadaşlık yaptıktan sonra evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin yaşı küçük olduğundan ailesinin evlenmelerine izin vermemesi nedeniyle ailelerinin iznini alabilmek için rızaen birlikte kaçıp yirmi yedi gün birlikte yaşayarak bu süre içinde karşılıklı rızayla birden çok kez cinsel ilişkiye girdikleri olayda; sanığın mağdureyle aynı köyden olması ve iki yıldan uzun süredir arkadaşlık yapması nedeniyle mağdurenin on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı görüşüyle TCK m.30/1 kapsamında hata halinin bulunmadığına karar vermiştir. Kararın karşı oy yazısında ise, sanık ile mağdurenin cinsel beraberlik yaşadıkları tarihte mağdurenin 14 yıl 12 gün, sanığın ise 17 yıl 10 ay 3 günlük olduğu gözetilerek ceza hukuku anlamında her ikisinin de çocuk olduğu vurgulanmış, sanığın istismar kastıyla hareket etmemesi nedeniyle TCK'nın 30/4. maddesi gereğince "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya" düştüğü kabul edilerek cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce kararda hata hükmünün uygulanabilirliği yalnızca TCK m.30/1 değil m.30/4 yönüyle de incelenmeli idi. Şöyle ki, somut olayın özellikleri gözetildiğinde suçun maddi unsurunda hataya düşülmesi bizce de mümkün değildir; Genel Kurul çoğunluğunun TCK m.30/1 yönünden verdiği karar bu sebeple isabetlidir. Öte yandan, suçun maddi unsurlarına ilişkin hata halinin yokluğu, eylemin haksızlık bilinciyle gerçekleştirildiği biçiminde algılanmamalıdır. Bu husus şu açıdan önemlidir; mağdur ile sanık arasında her ne kadar hukukten geçersiz olsa da karşılıklı rızayla gerçekleşen cinsel eylem, istismar kastıyla değil "ailelerini istedikleri izni vermeye mecbur bırakacakları" düşüncesiyle gerçekleşmiştir. Nitekim bu durum mağdurenin ve sanığın aşamalarındaki ifadelerinden de anlaşılmaktadır. Suç tarihinde her ikisi de çocuk olan mağdur ve sanığın, gördükleri veya duydukları kaçma-kaçırma hikayelerinden etkilenerek hareket etmiş olmaları ve suç bilinci taşımamaları kuvvetle muhtemeldir. Bütün bu koşullar gözetildiğinde, somut olay bakımından TCK m.30/1 kapsamında hata halinin uygulanma ihtimali yok ise de muhalefet görüşü doğrultusunda TCK m.30/4 kapsamında "işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata" halinin varlığı kanaatimizce yerinde olurdu. Kararın tam metni için bkz. Yar. CGK 2013/14-749 E. - 2015/277 K, K.T.: 15.9.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (E.T.: 25.07.2020).

³⁸⁷ ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.19.

sürüklenmesini önlemek olmalıdır. Alternatif çözümler denenmeden uygulanacak cezalandırma, güdülen amacın aksine suç artışına sebep olabilir.³⁸⁸

2. Akran Cinselliğine İlişkin Özel Bir Düzenleme Gereklidir

İç hukukumuzda cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere bakıldığında çocuklar arasında birbirlerinden faydalanma amacı gütmeksizin gerçekleşen flört, cinsel oyun ve aktivitelerin de yetişkinlere uygulanan kurallar çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu kapsamda TCK'nın akran cinselliğine ilişkin özel bir düzenleme içermemesi, uluslararası sözleşme hükümleri de dikkate alındığında, önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten, akran cinselliğini istismardan ayıran en önemli unsur, çocukların istismar kastıyla hareket etmiyor olmalarıdır. Bununla birlikte, eylemin –hukuken geçersiz de olsa– karşılıklı rıza çerçevesinde gerçekleşmesi uygulamada kimin fail kimin mağdur olduğu konusunda soru işaretleri yaratmaktadır. Söz gelimi, her ikisi de 14 yaşında olan iki çocuğun karşılıklı rıza dahilinde öpüşmesi varsayımında, cinsel davranış karşılıklı olarak gerçekleştirildiğinden hangisi mağdur hangisi fail olacaktır? Benzer bir sorun, taraflardan birinin 15-18 yaş grubunda olduğu durumda da geçerlidir. Söz gelimi, 15 yaşını tamamlamış bir kız ile 15 yaşını tamamlamasına birkaç gün kalmış bir erkek çocuk arasındaki cinsel eylemlerde, fail ile mağdurun kim olacağı yine belirsizdir. Karşılıklı eylem söz konusu olduğundan ya her iki çocuğun TCK m.103 çerçevesinde cezalandırılması gerekecek yahut da yaş büyüklüğü, aktiflik-pasiflik durumu, ikna edenin kim olduğu gibi ölçütler çerçevesinde fail tespit edilmeye çalışılarak karşılıklı eylemin sorumluluğu taraflardan yalnızca birine yüklenecektir. Neticede, her iki durumda da ortaya çıkacak sonucun vicdani kanaat ve adalet duygusunu zedeleyeceği kuşkusuzdur.

Öğretide, bizim de katıldığımız bir görüşe göre çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel davranışların, TCK'ya çocuklar arasındaki yaş farkını gözetken bir hükmün eklenmek suretiyle çözümlenmesi ve bu doğrultuda, çocuklar arasında belli bir yaştan daha az fark bulunmaması halinde davranışa ceza verilmemesi şeklinde özel bir hüküm

³⁸⁸ ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.42; Serhat NASIROĞLU-Özlem KESKİNER-Ayşegül Yolga TAHİROĞLU-Ayşe AVCI, “Ergenlerde Adli Psikiyatrik Değerlendirme: Bir Olgu Sunumu”, *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, C.:18, S.: Ek.1, (Y.:2017), s.7.

eklenmesi önerilmiş ise de³⁸⁹ sorunun çözümüne yönelik önemli bir adım olabilecek bu öneri yasalaşmamıştır. Kanun koyucunun bu yönde bir cezasızlık sebebine, muhtemel toplumsal tepki yahut söz konusu cezasızlık sebebinin çocukların erken cinsel deneyimden uzak tutulması amacıyla çelişeceği düşüncesiyle sıcak bakmamış olabileceğini düşünüyoruz. Ancak, bu çekincelerde her iki tarafın da çocuk olduğu ve olay sırasında her iki çocuğun da birbirlerinin cinsel dokunulmazlığını *karşılıklı olarak* ihlal ettiği göz ardı edilmektedir. Başka bir ifadeyle, mevcut düzenlemenin on beş yaşın altındaki çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlara rıza göstermesi kadar başkalarına cinsel davranışlarda bulunma iradelerini de geçersiz saymasına rağmen, 103. madde kapsamında hukuken geçersiz rızanın mağdur kadar SSÇ için de geçerli olduğu hesaba katılmamaktadır. Şu halde, akran çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda fail konumundaki SSÇ'nin de cinsel eylemde bulunma iradesi hukuken geçerli olmamasına rağmen, karşılıklı hareket tek bir eylem gibi düşünüldüğünden SSÇ bu irade geçersizliğinden yararlanamamakta ve cezalandırılmaktadır. Öte yandan, karşılıklı eylemin kabulü halinde de SSÇ'nin aynı zamanda mağdur ve mağduru da aynı zamanda SSÇ olması ve her iki çocuğun da cezalandırılması gibi garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Özetle, mağduru ve faili çocuk olan suçlara standart bir bakış açısıyla yaklaşmak, işin özünde fail ile mağdur sıfatının birleştiği gerçeğinin göz ardı edilmesine ve adaletsiz cezalara yol açmaktadır.

Bize göre de konuyla ilgili diğer bilim dallarında yapılmış çalışmalar göz önünde bulundurularak öncelikle çocuklar arasındaki cinsel eylemin somut olayın özelliklerine göre normal bir cinsel oyun veya cinsel davranış olup olmadığı değerlendirilmesi, ardından “akran” düzeyindeki çocuklar arasında gerçekleşen normal düzeydeki cinsel davranışların bir kanun değişikliği ile TCK m.103 kapsamından çıkarılması yerinde bir adım olacaktır. Akranlık ölçütü, çocuklar arasındaki yaş farkını esas alan bir düzenleme ile belirlenebilir.³⁹⁰ Gelişim özellikleri

³⁸⁹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.315; TANER, “Anayasa Mahkemesinin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi” s.234; Adem SÖZÜER, “İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor”, *Hürriyet.com*, <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ipek-ozbey/iki-cocuk-arasindaki-cinsel-davranis-cezalandiriliyor-40805962>>, (Y.T.: 16.04.2018), (E.T.: 24.07.2020).

³⁹⁰ İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunlarındaki benzer düzenlemeler için bkz. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.311 vd; Ahmet Caner YENİDÜNYA, “Erken Evlilik Adı Altında Cinsel İstismar Sanıklarına Mağdurla Evlenme İndirimi Yapılması Fikri Hakkında Düşüncemiz”, <<https://caneryenidunya.com/cinsel-istismar-sanigina-evlenme-indirimi-yapilmasi-dogru-mudur/>>, (E.T.: 25.09.2020).

bakımından iki çocuğun akran kabul edilebilmesi için aralarında en fazla üç yaş fark olması gerektiği belirtilmektedir.³⁹¹

Akranlar arası cinsel davranışların suç kapsamından çıkarılması gerektiğine ilişkin görüşümüzü şöyle açıklayabiliriz: Bilindiği üzere ceza ihdasındaki amaçlardan biri, hukuksal yararın ihlal edilmesiyle bozulan kamu düzenini devlet eliyle dengede tutarak hem failin hem de toplumun geri kalanının benzer ihlallerde bulunmasını önlemektir. Başka bir ifadeyle ceza, bir yandan yapılan haksızlığa karşı bedel ödetme amacı taşıırken bir yandan da korkutma ve uslandırma suretiyle caydırıcılık amaçlar. Bu amacın sağlanması, cezanın fail tarafından nasıl algılandığı ile doğrudan bağlantılıdır. Bu anlamda gerçek bir ceza, suçu işleyen kişide kusurlu hareketi neden yapmaması gerektiğine dair bir adalet duygusu oluşmasında, başka bir ifadeyle rehabilite etmede etkili olmalıdır.

Henüz cinselliğin ne olduğunu bilmeyen ve esasen istismar kastıyla dahi hareket etmeyen çocukların ağır bir yargılama süreci geçirdikten sonra cezai yaptırımlarla karşılaşmasının gerek mağdur çocuğun gerekse SSC'nin psikolojisi ve geleceği üzerinde tahribat yaratacağı kuşkusuzdur.³⁹² Bununla birlikte, çocuğun uygulanan cezanın anlam ve sonuçlarını tam olarak kavrayabileceği tartışmalıdır.³⁹³ Öte yandan, karşılıklı cinsel davranışta fail ile mağdur sıfatının birbirine karışması da çözümü zorlaştırmaktadır. Çocuğu erken cinsel deneyimden korumak isterken küçük yaşta ciddi yargısal aşamalardan geçirmenin geri dönülmez travmalara sebep olabileceği hatırd tutulmalıdır. Alternatif sosyal ve eğitsel uygulamalarla daha ortaya çıkmadan kökten çözülebilecek bu sorunu, ortaya çıktıktan sonra çocukları cezalandırarak çözmeye çalışmak çocuğa yarardan çok zarar getirmektedir. Esasında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının temelindeki gerekçelerden biri de izah ettiğimiz bu

³⁹¹ “Çocuk İstismarının Affi Olmaz: Çocuğun Cinsel İstismarı ve Erken Yaşta Evliliklere İlişkin Yasal Düzenleme Hakkında Öneriler”, Türk Psikologlar Derneği, (Son Güncellenme Tarihi: 18.05.2020), <<https://www.psikolog.org.tr/tr/haberler/www/cocuk-istismarinin-affi-olmazx439>>, (E.T.:24.07.2020); Mukayeseli hukukta da Alman, İsviçre ve İtalyan ceza kanunlarında fail ile mağdur arasındaki yaş farkını gözetin düzenlemeler bulunmaktadır. Her üç ceza kanununda da ortak özellik, eyleme katılanlar arasındaki yaş farkının üçten az olmasının bir cezasızlık sebebi olarak sayılmış olmasıdır. Konu hakkında bkz. NUHOĞLU, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, s.289-290; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.311-312.

³⁹² KARBEYAZ-DİNÇ-GÜNAY BALCI, “15 Yaşın Altındaki Çocuklar Arasında Cinsel İlişki: Olgu Sunumu”, s.53; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.28.

³⁹³ ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.18.

husustu.³⁹⁴ Ancak kanun koyucu, sorunun çözümünü bu şekilde bir düzenlemede aramaktan kanımızca toplumsal sebepler dolayısıyla imtina etmektedir.

Özetle, çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışların yaş farkını dikkate alan bir düzenleme ile TCK m.103 kapsamından çıkarılması, kanaatimizce hem akran çocuklar arasında hem de aile kararıyla gerçekleşen çocuk evlilikleri dahilinde gerçekleşen cinsel eylemlerde çocukların karşı karşıya kaldığı adaletsizliğin çözümüne katkı sağlayacak bir adımdır. Bu yönde bir değişiklik suçla korunan hukuksal yararın feda edilmesi anlamına gelmeyecek; aksine çoğunlukla yetişkinler gözetilerek hazırlanmış TCK m.103 hükmünün çocuklar bakımından yarattığı oransızlığı dengeleyecektir. Nitekim öğretide de akran çocuklar arasındaki cinsel eylemlere ilişkin bir kanun değişikliğinin gerekli olduğu belirtilmektedir.³⁹⁵

Çocukların on beş yaşını tamamlamış olmaları ve eylemin cinsel ilişki şeklinde gerçekleşmesi halinde suç vasfı değişeceğinden, bu ihtimale ilişkin açıklamalar ayrı bir başlık altında yapılacaktır.³⁹⁶

³⁹⁴ Öte yandan, Kırklareli 1. Ağır Ceza Mahkemesi “*Cinsel istismar suçunda mağdurun yaşını esas alan farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte failin yaşı bakımından farklı düzenlemelerin bulunmadığı, çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel birlikteliklerde suçun mağduru ve failinin birbirine karıştığı, kimin fail kimin mağdur olduğunun belirlenemediği, suç tanımının belirsiz olduğu, fiil ile yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmadığı, failin de çocuk olması gibi özelliklerin dikkate alınarak ceza tayin edilmesi ve onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânının bulunmadığı, bunun bazı durumlarda ağır cezaların verilmesine neden olduğu, suç için öngörülen cezanın ölçülü olmadığı, fail bakımından cinsel istismar suçunda diğer suçlarla aynı ceza indirimlerinin öngörülmesinin ölçülü ve hakkaniyete uygun olmadığı, temel amacı yetişkinlerin çocukların cinsel yönden istismar edilmesini önlemek olan yaptırımın suça sürüklenen çocuğun biyolojik ve psikolojik özellikleri ile fiilin kendine özgü niteliği gözetilmeksizin her yaştaki failer yönünden aynı düzenlendiği ve kuralın Anayasa’nın 2. ve 41. maddelerine aykırı olduğu*” iddiasıyla 103. maddenin (1) numaralı fıkrasının 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, 6763 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle eklenen üçüncü cümlesi, dördüncü ve beşinci cümleleri ile 6763 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuş; ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemelerin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu, bu bağlamda kanun koyucunun tercihini bu yönde kullanmayarak cinsel istismar suçunda suça sürüklenen çocuk bakımından genel hükümlerden farklı bir indirim nedeni öngörmemesinde Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle oy çokluğu ile ret kararı vermiştir. İlgili kararın tam metni için bkz. AYM, 2017/135 E. – 2019/35 K., K.T.: 15.05.2019, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 06.09.2020).

³⁹⁵ Ozan Yücel ÜNLÜ, “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon*”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:5, S.:2, (Y.:2017), s.88; Seda AKÇO BİLEN, “*Nasıl Bir Çözüm? – Çocuğun Cinsel İstismarı*”, <<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/12/14/nasil-bir-cozum-cocugun-cinsel-istismari/>>, (E.T.: 24.07.2020).

³⁹⁶ Bkz. aşt. “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, s.148 vd.

B. Evlendirilen Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel Eylemlere İlişkin Sorunlar

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, Türkiye’de TMK hükümleri uyarınca yasal evlenme ehliyeti kural olarak on yedi yaşın doldurulması ile kazanıldığını, bununla birlikte olağanüstü durumlarda ve önemli bir sebebin varlığı halinde on altı yaşını doldurmuş olanların da hakim kararıyla evlenmesine izin verilebildiğini ifade etmiştik.

Eşlerden en az birinin on sekiz yaşından küçük olduğu hallerde iki kişinin yasal ya da gayri resmi biçimde evlilik bağıyla birleşmesi *erken evlilik* veya *çocuk evliliği* olarak tanımlanmaktadır.³⁹⁷ Bu başlıktaki değerlendirmelerimiz on beş yaşını tamamlamamış çocukların birbirleriyle gayri resmi biçimde evlendirilmeleri üzerinden yapıldığından, konuyu tam olarak ifade etmesi amacıyla biz “*çocuk evliliği*” ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz. Bununla birlikte, on beş yaşını tamamlamış çocukların karşılıklı rızayla gerçekleştirilen cinsel ilişki TCK m.104 kapsamında değerlendirildiğinden, yasal evlenme yaşının kural olarak on yedi –istisnai hallerde on altı– olarak düzenlenmiş olması karşısında bu çocukların resmi yahut gayri resmi evlilikleri dahilindeki cinsel ilişkiye ilişkin değerlendirmemizin “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından” başlığı altında yapılacağını hatırlatalım.

Her ne kadar yasal olmasa da ülkemizin bazı bölgelerinde yoğunlukta olmak üzere on beş yaşın altındaki çocukların birbirleriyle yahut yetişkinlerle resmi nikah akdi olmaksızın “sözde” evlendirildiği birlikteliklere sıkça rastlanmaktadır. Medeni hukuk çerçevesinde yok hükmünde olan ve resmi evliliğin hiçbir yasal sonucunu doğurmayan –çalışmamızda “*fiili birliktelik*” şeklinde ifade etmeyi uygun gördüğümüz– bu gayri resmi evlilikler, çoğunlukla yaşı küçük taraf olan kız çocuğun hamile kalması ile ortaya çıkmaktadır. Dini nikah sonucu meydana gelen çocukların doğum süreciyle ilgili olarak hastaneye başvurulduğunda, çocuk doğuracak kişinin

³⁹⁷ Ayşe HAVUTCU, “*Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirilmesi*”, Journal of Yaşar University, C.:8, Özel Sayı, (Y.:2013), s.1350; TÜİK verilerine göre, 16-17 yaş grubundaki kız çocuklarının resmi evlenmelerinin toplam resmi evlenmeler içindeki oranı 2019 yılı için %3,1 olarak açıklanmıştır. Tablo-9’da 16-17 yaş grubu evliliklerinde evlenen çocukların 17.047’sinin kız ve 940’ının erkek olduğu kaydedilmektedir. Bilgi için bkz. “*Dünya Nüfus Günü, 2020*”, TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33707>>, (Y.T.: 06.07.2020), (E.T.: 19.07.2020). Belirtelim ki, evlilikle ilgili bu veriler yalnızca resmi nikahla yapılan evlilikleri kapsamaktadır. Kayıtlara geçen küçük yaş evliliklerinin istatistiksel olarak azalma göstermesi sevindiricidir; ancak ne yazık ki yasal evlilik yaşının altında olduğu için resmi nikah olmaksızın gayri resmi olarak “evlendirilen (!)” çocuklar birer siyah sayı olarak varlığını sürdürmektedir.

yaşı itibarıyla bu doğum sağlık personeli tarafından savcılığa bildirilmekte ve cezai süreç başlamaktadır.³⁹⁸

Çalışmamızın konusu itibarıyla üzerinde durmak istediğimiz husus, taraflardan her ikisinin de on sekiz yaşın altında olduğu sözde evliliklere sürüklenen çocuklar arasında karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel eylemlerde fail konumundaki çocuğun durumudur. Zira bu ihtimalde –çoğunlukla erkek çocuk bakımından– kelimenin tam anlamıyla “suça sürüklenme” söz konusudur. İlk bakışta çocuklardan biri mağdur diğeri ise “fail” konumunda gözükse de esasında çocukların her ikisi de evlilik adı altında ve çoğunlukla ailelerin rızasıyla mağdur edilmektedir.

Kanaatimizce bu durum, cinsel istismara maruz kalan çocukların “aile düzeninin korunması ve mağduriyetin giderilmesi” gerekçesiyle failleriyle evlendirilmesi halinde failin cezadan kurtulması gibi –geçmiş yıllarda gündeme getirilen ve haklı tepkiler neticesinde yasalaşmayan– bir *çözumsuzlük önerisiyle* yaklaşılmaması gereken önemli bir sorundur. Tepkiler üzerine, söz konusu önerenin Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu iptal kararları³⁹⁹ neticesinde oluşan boşluğu doldurmak ve bilhassa aileleri tarafından evlendirilen çocukların mağduriyetini giderme amacıyla sunulduğu ileri sürülmüş ise de bu yaklaşım çocukların yalnızca birbirleriyle değil kendilerini istismar eden yetişkinlerle de evlendirilmelerine adeta örtülü müsamaha gösterilmesi ve neticesinde çocuk evliliklerinin artması anlamına gelmekteydi.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Hikmet KOYUNCUOĞLU, “Çocukların Cinsel Erginlik Yaşı Üzerinden Toplumsal Gerçeğe Uygun Hukuk Tartışması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.:91 S.:1, (Y.:2017), s.244.

³⁹⁹ Bkz. AYM, 2015/26 E. - 2015/100 K., K.T.: 12.11.2015, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 15.07.2020).; AYM, 2015/108 E. – 2016/46 K., K.T.: 26.05.2016, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 15.07.2020).

⁴⁰⁰ Halbuki, Anayasa Mahkemesinin 2015/100 K. sayılı iptal kararı aynı zamanda çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların ağır yaptırımlarını bilmedikleri, hiçbir şekilde bilinçlendirilmedikleri bir suçtan dolayı ağır cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmalarının hukukun ve vicdanın adil olmadığı gerekçesine de dayanmaktaydı. Bu husus, üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün farklı gerekçesinde “İtiraz yoluyla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesine başvuran Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu davada, suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olan sanık (Suça Sürüklenen Çocuk-SSÇ) ile 15 yaşını bitirmemiş olan mağdur arasında arkadaşlık ilişkisi bulunduğu, FACEBOOK üzerinden ve telefonla görüştükleri, sanığın mağduru cinsel ilişkiye zorlamadığı, cebir ve hile bulunmadığı, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Suçun sübutu üzerine verilecek olan ve alt sınırı 16 yıldan başlayan cezadan ancak TCK’nun genel hükümlerine göre, yaş küçüklüğü indirimi yapılabilecek ve sanık çocuğa verilecek ceza TCK madde 31 (3) numaralı fıkra gereğince üçte bir oranında indirilerek, neticede 10 yıldan az olmayacaktır. Suç tarihinde 18 yaşının altında olması nedeniyle kanunen çocuk sayılan failin, hükmün muhtemel kesinleşme tarihine göre, tüm kanuni indirimler yapılsa bile çekmesi gerekecek yaklaşık 10 yıllık hapis cezası, kişinin ergenlikten gençliğe ve hatta gençlikten yetişkinliğe geçtiği tüm yıllarını kapsayacaktır. O yaştaki bir çocuğun alacağı bu miktarda bir ceza, çocuğun bir daha topluma uyum sağlama imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir.

Nitekim önerenin yasalaşması halinde doğuracağı sonuçlar öğretide de endişeyle karşılanmış ve haklı olarak eleştirilmişti.⁴⁰¹

765 sayılı mülga TCK döneminde geçerli olan ve mülga kanunla beraber geri dönmek üzere terk edilmesi gereken bu yaklaşımın cinsel suçlarda SSC sorununu çözmeye hizmet etmeyeceği, aksine her iki tarafın mağduriyetini daha da artırarak ileri sürülen amaçla çelişmekten öteye gidemeyeceği açıktır. Öte yandan, evliliğin “mağduriyetin giderilmesi” adı altında adeta bir “can simidi” gibi sunulması ne ceza adaletine ne vicdani kanaate ne de evlilik birliğinin amacına uygundur. Gerçekten, bu

Çocuk, yüksek tahsil yapmak imkânından mahrum kalacak, meslek sahibi olamayacak, ileride iyi bir iş bulamayacak ve belki iyi bir aile de kuramayacaktır. (...) Bu esaslar çerçevesinde cinsel bir suç olan iptali istenen kurala, "suça sürüklenen çocuklar" yani onbeş yaşını doldurmuş, onsekiz yaşını doldurmamış çocuk yönünden bakıldığında şu tespitler yapılabilir:

Hayatın olağan deneyimlerinin ve her türlü bilimsel verinin ortaya koyduğu gibi, ergenlikten yetişkinliğe geçiş yaşlarında çocuklarda cinsellik aşırı derecede önem kazanmakta, bu alanda deneyimler yaşamak için yoğun bir biyolojik ve psikolojik ortam, çocuğa egemen olmaktadır. Buna karşılık, çocuğun iradesi, cinsellik söz konusu olduğunda, özellikle cebir, şiddet söz konusu olmaksızın ve mağdurun birlikteliği ile gerçekleşen suçta, eylemden kaçınmak için yeterince gelişmemiştir. Bu nedenle bu yaşlardaki çocuklar, toplumsal hayatın etik ve kültürel değerlerine veya suç ve ceza kavramlarına karşı, diğer alanlardakine oranla cinsellik alanında daha zayıf bir durumdadırlar. Bu yaşlardaki gençler karşılıklı rıza ile cinsel bir deneyim yaşamak isteyebilirler. Kaldı ki iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. Farklı özellikleri olan bir suçta tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu suç yönünden, yasa koyucu, sadece çocuklar için genel bir ceza indirimini ceza kanununa koymak suretiyle adaleti sağlamış sayılamaz. Rıza ile iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel deneyimin, yaralama sonucu ölüme sebebiyetten, nitelikli hırsızlık ve yağmadan, uyuşturucu ticaretinden hatta terör eylemlerine katılmaktan daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının çağdaş bir toplumda mantığa ve vicdana sığdırılması güçtür. Bu nedenle kural, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle yasa koyucunun, failin yaşını, biyolojik ve psikolojik gerçeklikleri gözetmeksizin, fail-mağdur arasındaki yaş farkının azlığını öngören bir yasal düzenleme yapmaması, olayda olduğu gibi aşırı ve ölçüsüz sonuçlara yol açabilmektedir. Kaldı ki sonucun, yasa koyucunun asıl amacı olduğu anlaşılan küçük yaştaki evlilikleri önlemek amacıyla da bir ilişkisi yoktur. Temel amacı yetişkinlerin çocukları cinsel yönden istismar etmesini önlemek olan ağır bir ceza yaptırımını, suça sürüklenen çocuğun biyolojik, psikolojik özelliklerini ve failin kendine özgü niteliğini gözetmeden, her yaştaki failer yönünden aynı düzenlemelere tabi tutan kural, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük gereklerine aykırıdır. Bu konuda yasa koyucunun takdir alanına ilişkin genel kuraldan ayrılarak, suça sürüklenen çocuk yönünden Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olan, cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere de ters düşen kuralın iptaline karar verilmesi gerekmektedir.” (bkz. AYM 2015/26 E. - 2015/100 K., farklı gerekçe, pr. 4-5 ile 11-12). Söz konusu kararla oluşan boşluk, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından şahsi bir cezasızlık sebebi oluşturmak suretiyle giderilebilecekken kanun koyucunun SSC’lerin durumundan ziyade yetişkin failleri gözeterek evliliği bir çözüm mü gibi öngören önerisi, daima çocuğun üstün yararını gözetmeyi emreden ilke ve düzenlemelerle de taban tabana zıttır.

⁴⁰¹ ŞEN, “Cinsel İstismar Suçunda Evlilikle Af Önerisi”, in. *Yorumluyorum* – 14, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), s.212; ŞEN, “Cinsel İstismar Suçunda Evlilik Affı – 2”, in. *Yorumluyorum* – 14, bilhassa pr.12, s.207-209; MAHMUTOĞLU, “Cinsel İstismar Suçunda Değişiklik Yapılmasını Öngören Teklife İlişkin Hukuki Görüşüm”, pr.2 ve 7, <http://www.tbtegitim.com/dokuman/ekutuphane_cinselistismardegisiklik.pdf>, (E.T.: 16.07.2020).

yaklaşım ile evlilik, salt kişiler arasındaki cinsel birlikteliğe ve bunun sonucunda doğacak çocuğa hukuksal ve toplumsal dayanak vermek adına kullanılan bir kurum niteliğine dönüştürülmektedir.⁴⁰² Gelişim evrelerini henüz tamamlamamış çocukların küçük yaşta evlendirilmesi bu çocukların gelişimine de darbe vurmaktadır.⁴⁰³ Bu çerçevede, akran çocuklar arasındaki istismar kastı güdülmeyen cinsel eylemlere dahi TCK m.103 çerçevesinde yaptırım uygulanmaktayken, ekseri yetişkin olan ve tam anlamıyla istismar kastıyla hareket eden faillerin de yararlanabileceği bu tür bir cezasızlık sebebi öngörmenin izahı güçtür. Zira kanun koyucunun 103. madde ile maksadı çocuğu erken cinsel deneyimden korumaksa, bu amaç ancak çocuğun kendinden daha tecrübeli kişilerden korunmasıyla mümkün olabilir.⁴⁰⁴ Şu halde çözüm ne fail ile mağdurun evlendirilmesi ne de evlenmeleri halinde ceza infazının ertelenmesinden geçmektedir. Bu noktada, sonradan resmi nikahla evlenmenin bir cezasızlık veya ceza erteleme sebebi olarak yer aldığı bu tarz önerilerin soruna çözüm olmak bir yana, mevcut yarayı daha da derinleştirmekten başka hiçbir etkisi olmayacağını bir kez daha vurgulamak istiyoruz.

Bizce çocuk evlilikleri sorununun kaynağı her şeyden önce hukuki değil sosyolojiktir. Dolayısıyla çözüm yalnızca hukuksal düzlemde değil toplumun çocuk evliliklerinin sakıncalarına karşı bilinçlendirilmesi noktasında da aranmalıdır. Bu noktada toplumun bir kesimince hala meşru görülse de çağın gereklerine uygun olmayan bazı geleneklerin değiştirilmesinde ceza kanununun bir araç olarak kullanmanın faydalı olacağı kuşkusuzdur.⁴⁰⁵

Bununla birlikte, doğru yerde kullanılan bu araç kanaatimizce yanlış hedefe yönltilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, 13 yaşındaki kız çocuğu (A) ile 15 yaşını doldurmamış erkek çocuğu (B)'nin ailelerinin onayı dahilinde gayri resmi törenle evlendirildiği ve (A)'nın bu birliktelikten hamile kaldığı varsayımında, olayın resmi makamlara intikal etmesiyle birlikte (B) hakkında TCK m.103 çerçevesinde yasal işlem başlatılmaktadır. Halbuki çocuk evliliklerinde asıl rolün, (B)'yi bu

⁴⁰² KOYUNCUOĞLU, “Çocukların Cinsel Erginlik Yaşı Üzerinden Toplumsal Gerçeğe Uygun Hukuk Tartışması”, s.244.

⁴⁰³ Musa BOZKURT, “Çocuk İstismarı Bağlamında Çocuk Evlilikleri” in *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını*, (Y.:2019), s.181.

⁴⁰⁴ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.310.

⁴⁰⁵ TANER, “Anayasa Mahkemesinin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, s.230

birlikteliğe sevk eden ve hatta ona yol göstererek suça sürükleyen; başka bir ifadeyle gösterdikleri rıza ile bir anlamda (B)'nin eylemine “şeriklik eden” ebeveynlerde olduğu çoğu zaman göz ardı edilmektedir.

1. Ebeveynin Suça İştiraki Çerçevesinde Yeni Bir Düzenleme Gereklidir

Çocuk evliliklerindeki cinsel eylemlerde SSÇ'ler yıllardan beri TCK hükümleri uyarınca cezalandırılmalarına rağmen toplumun kanayan yarası olan çocuk evlilikleri özellikle kırsal kesimde hala yaygın olarak görülmektedir.

Düşüncemize göre, bir yetişkin gibi doğruyu yanlıştan ayırması beklenemeyecek çocukların, ailelerinin bilgisi ve yardımı olmadan gayri resmi bir evliliği uygulamaya geçirmeleri olası değildir. Nitekim, çocukların ya ailelerinin onayı ile cinsel birleşmeden önce evlendirilmesi yahut da ailelerini razı edebilmek için cinsel birleşme yaşaması şeklinde gerçekleşen olayların hemen hepsinde ailelerin “gayri resmi evlilik” kılıfıyla eylemi toplum gözünde meşru kılma çabası içinde olduğu görülmektedir. Hukuki geçerliliği olmayan dinsel veya geleneksel törenlere dayanarak yapılan bu sözde evliliklerin birçok “davetlinin” katılımıyla adeta “ilan edilmesi” bu çabanın bir göstergesidir. “İlan”dan sonra ise bu çocuklardan ailelerinin rızası ve yönlendirmesiyle “karı-koca hayatı” yaşamaları beklenmektedir. Çoğu zaman mağdur ve SSÇ ebeveynlerinin onayına, kimi zaman da baskısına dayanan bu birlikteliklerde gerçekleşen cinsel eylemler bakımından çocukların cezalandırılmasında hiçbir fayda yoktur.⁴⁰⁶ Zira gerek mağdur gerekse SSÇ, sözde evliliğin ve evlendikleri inancıyla gerçekleştirdikleri cinsel eylemin hukuken geçerli olup olmadığını bilebilecek durumda değildir. Çocukların evlendirilmesi ve bunun sonucunda yaşanan cinsel istismar vakalarında, ortada biri doğrudan biri de suça itilmek suretiyle mağdur edilen iki çocuk söz konusudur. Üstelik bu mağduriyet çoğu zaman ailelerin teşvikiyle doğmakta, çocuklar ailelerinin de rızasına güvenerek yaptıklarının yanlış olmadığı düşüncesiyle hareket etmektedir.⁴⁰⁷

Öte yandan, eylemin tamamen cezasız bırakılması gayri resmi evliliklere ve dolaylı olarak çocuk istismarına müsamaha göstermek anlamına gelecektir ki böyle bir

⁴⁰⁶ TANER, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi” s.232.

⁴⁰⁷ Her iki tarafın da çocuk olduğu gayri resmi evlilik tipolojisinin olası sebepleri ile uygulamadaki bazı yansımaları hakkında bkz. Arzu KÖSELİ-Kezban ÇELİK, “Çocuk Yaşta Erken ve Zorla Evliliklerin Sağlık Riskleri ve Sonuçlarına Çok Sektörlü Yaklaşım”, (UNFPA Turkey, 2020), s.76.

yaklaşımın kabulü elbette mümkün değildir. Şu halde, sorunun çözümü yanlış hedefte aranmaktadır. Başka bir ifadeyle, suç teşkil eden bir eylem ve bu eylemin cezalandırılması doğru bir araç olmasına karşın bu araç yanlış hedefe doğrultulmaktadır. Nitekim, SSÇ'lere uygulanan cezalara rağmen söz konusu evliliklerden kaynaklı cinsel istismarların hala devam etmesi, cezai sorumluluğu salt SSÇ'ye yüklemenin suçu azaltmakta etkili olmadığını ortaya koymaktadır.

Bize göre, fiili birlikteliğe rıza göstererek ve hatta çoğu zaman buna aracı olarak “evlilik” adı altında çocuğun cinsel istismarı suçuna göz yuman ebeveynin bu noktadaki şerikliğini göz ardı etmemek gerekir. Gerçekten, burada evlilik adı altında çocuğun cinsel yönden istismar edilmesine onay veren ebeveynlerin cinsel istismar suçuna iştiraki söz konusudur.⁴⁰⁸ Bilhassa her iki tarafın da çocuk olduğu birlikteliklerde kilit rol ebeveynlerdedir; zira mağdur çocuk ebeveyni aracılığıyla cinsel istismara sürüklenirken, fail çocuk ise yine ebeveynin teşvik ve yönlendirmesiyle “suça sürüklenmektedir”. Başka bir ifade ile, çocuk evliliklerinde gerçekleşen cinsel istismar suçlarında SSÇ görünüşte fail durumundadır; esasında o da ailesi tarafından “suça yöneltme” suretiyle istismar edilmektedir.

Şu halde, cezai yaptırımın gerçek anlamda “suça sürüklenen” çocuğa değil, çocuğu gayri meşru bir evliliğe ve sonrasında cinsel istismara teşvik ederek onu adeta “suça sürükleyen” kişilere yaptırım uygulanması kanaatimizce sorunun kaynağına ilişkin yerinde bir çözüm olacaktır. Bu itibarla, her iki çocuğun ebeveyninin de çocuğun cinsel istismarı suçuna iştirakten sorumlu tutulması gerekir.⁴⁰⁹ Buna karşın, uygulamada zaman zaman olaya hoşgörölü yaklaşılarak ebeveyn hakkında cezai işlem yapılmadığı da görülmektedir.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.446; ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.471; TANER, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, s.239-240; Benzer yönde bkz. ARSLANTÜRK, *TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s.329.

⁴⁰⁹ Karş. YENİDÜNYA, “Erken Evlilik Adı Altında Cinsel İstismar Sanıklarına Mağdurla Evlenme İndirimi Yapılması Fikri Hakkında Düşüncelerimiz”, <<https://caneryenidunya.com/cinsel-istismar-sanigina-evlenme-indirimi-yapilmasi-dogru-mudur/>>, (E.T.: 25.09.2020).

⁴¹⁰ DEMİRBAŞ, “Çocuk Gelinler ve Türk Ceza Kanunu” in. *Hukuki Boyutuyla Çocuk Gelinler Uluslararası Konferansı – Bildiriler*, s.79; “Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında mağdurenin annesi sanık... ile sanık ...'in annesi olan diğer sanık ...'nın aile içindeki konumları ve sosyal yaşam koşullarının getirdiği zorunluluktan dolayı gayri resmi düğün merasimi düzenleyerek mağdurenin A. ile birlikte yaşamasına onay vermek zorunda kaldıkları tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıklar H. ile ...'nın suç işleme kastıyla hareket

Bu noktadaki önerimiz, çocuk evliliklerinde ebeveyn sorumluluğunun madde metnine eklenecek “Çocuğun gayri resmi yollarla evlenmesi ve neticesinde cinsel istismara uğraması halinde, gayri resmi birlikteliğe izin veren, imkan ve kolaylık sağlayan, çocuğu teşvik eden veya zorlayan veli veya vasi hakkında da 103. madde hükümleri uygulanır. Gayri resmi birliktelik içinde gerçekleşen cinsel istismarın failinin de çocuk olması halinde hüküm her iki çocuğun velisi veya vasisi hakkında uygulanır.” şeklinde açık bir fıkra hükmü ile düzenlenmesidir.

Gerçi istikrarlı biçimde uygulanabilse TCK’daki suça iştirak hükümleri bu sorunun çözülmesine yardımcı olabilecektir; ancak uygulamada bu hükümlerin uygulanması konusunda ikilik ve istikrarsızlık yaşanması, bu husus özelinde arzu edilen sonuca ulaşmak için özel bir hükmün varlığını bizce gerekli kılmaktadır.⁴¹¹ Bu

etmedikleri hususu da göz önüne alınarak beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/7321 E. – 2019/11302 K., K.T.: 03.10.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.07.2020); “Suç tarihinde mağdureyle sanık ...’ın anlaşarak evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin annesi ... ile sanığın anne ve babası sanıklar ... ve ...’ün ilk olarak sanık ... ve mağdurenin yaşının küçük olması nedeni ile karşı çıktıkları, ancak ısrarlı tutumları üzerine, evden kaçacakları endişesi ile bu durumu kabullenmek zorunda kaldıkları ve ailelerin de katılımıyla düğün yapıp gayri resmi evlenerek karı koca hayatı yaşamaya başladıkları olayda, sanıklar ...ve ...’ın yaşam koşulları gereği aile içerisindeki sosyal konumları, savunmaları ve kırsal bölgelerdeki örf, adet kuralları, olayın oluş ve ortaya çıkış şekliyle kaynaklanan zaruret haline göre, atılı suça bilinçli olarak katılımlarının bulunmadığı anlaşıldığından, sanıkların beraati yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçe ile mahkûmiyetlerine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2012/11716 E. – 2014/9266 K., K.T.: 08.07.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.07.2020); Buna karşılık, başlık parası söz konusu ise Yargıtay’ın anne ve/veya babanın “aslen iştirakten” sorumluluğuna gittiği görülmektedir: “Mağdurenin öz babası ve üvey annesi olan sanıklar M. ve A. aşamalarda, mağdurenin ablasının tecavüze uğradığını ve bu olaya ilişkin yargılamanın devam ettiğini, mağdurenin de başına böyle bir durum gelmemesi için sanık Süleyman ile evlendirdiklerini, para karşılığı evlendirme olmadığını ifade etmeleri karşısında mağdurenin ablasının olayına ilişkin yargılama olup olmadığı araştırılıp varsa dosya getirilerek incelenmesi, sanık Süleyman’dan da başlık parası verip vermediği hususu sorulup sonucuna göre sanıkların suça asli veya fer’i fail olarak katıldıkları değerlendirilmesi gerekirken...” Yar. 14. CD, 2012/6330 E. – 2014/331 K., K.T.: 16.01.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 30.08.2020); “Sanık ...’ın başlık parası karşılığında H.’nin annesi olan sanık G. ile anlaşması üzerine kayden 04.04.1995 tarihli olan mağdurenin rızası dışında 06.05.2006 tarihinde sanık ... ile gayri resmi olarak evlendirildiği ve beraber yaşanan bu süre içinde sanık ...’ın birden fazla sayıda mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sübut ettiği olayda sanıkların mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2013/9515 E. – 2014/803 K., K.T.: 23.01.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 30.08.2020); “...sanık M.’nin öz kızını başlık parası karşılığında sanıkla evlenmeye zorlayarak cinsel istismar suçunu 5237 sayılı TCK’nın 37. maddesi anlamında birlikte işlediği gözetilmeden, yardım eden sıfatıyla TCK’nın 39. maddesi uygulanarak eksik ceza tayini...” Yar. 14. CD, 2011/46 E. – 2011/41 K., K.T.: 13.07.2011, akt. AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.433.

⁴¹¹ Mağdurenin 13 yaş 8 aylık iken ailelerinin rızasıyla imam nikahı ve düğün yaparak Y. isimli sanık ile evlendirildiği ve hamile kaldığı, doğum sırasında dahi 15 yaşından küçük olduğu bir başka olayda Yargıtay, “mağdurenin babası olan sanığın sosyal yaşam koşulları toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorluluktan dolayı mağdurenin diğer sanıkla birlikte yaşamalarına onay vermek zorunda kaldığı ve suç işleme kastının bulunmadığı” gerekçesiyle beraatine

sayede, çocukları evliliğe zorlayan ebeveynlerin cezai sorumluluğu açık bir hükme bağlandığında uygulamada görülen ikilik ortadan kaldırılacağından çözüme yönelik daha etkili bir sonuç alınacağı düşüncesindeyiz. Dayanağımız, çalışmamızın Birinci Bölümde detaylıca ele aldığımız uluslararası sözleşme ve belgeler çerçevesinde “çocuğun esenlik ve menfaatinin korunması” ilkesidir. Bu ilke ışığında, ailelerin onayı ile bu yola giren irade yeteneği gelişmemiş bir çocuğun eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesini beklemek ve neticenin bütün sorumluluğunu onun üzerine yüklemek ceza hukuku bağlamında ne kadar adildir? Çocuk evliliklerin her iki çocuğun ebeveyninin bilgisi ve teşvikiyle gerçekleştiği, fiili birliktelik sonucunda çocukların birtakım cinsel eylemlerde bulunacağı da yine bu ebeveynlerce bilindiği ve çoğunlukla teşvik edildiğinden, ebeveynlerin genel hükümler çerçevesindeki sorumluluğunu açıklığa kavuşturmaktan ibaret olan önerimiz, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim, BMÇHS’nin taraf devletleri bir yetişkini veya çocuğu evliliğe zorlayan kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlü tutan 37. maddesi çerçevesinden bakıldığında, iç hukukumuzda önerdiğimiz biçimde bir düzenleme yapılması için engel görünmemektedir.

Bununla birlikte, çocuk evliliklerine göz yuman ve gerekli ihbarda bulunmayan kamu personelinin de TCK m.279 kapsamında sorumlu olduğu gözden

karar vermiştir. Kanaatimizce Yargıtay’ın beraat yönündeki kararına katılmak mümkün değildir. Zira kararın karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, “Y.’nin daha önce diğer sanıkların bilgisi dışında cinsel eylemde bulunduğu kabul edilse dahi, bunu öğrenen yaşı küçük mağdurenin babası sanık ...’nin yasal görevi ona karşı işlenen suçlara son verilmesini sağlayıcı girişimlerde bulunmak ve koruma sağlamaktır. Geleneksel usullerle evlenmelerini sağlayarak Y.’nin cinsel eyleminin devamına imkan verip kolaylaştırmak değildir. Aksinin kabulü yaşı küçük çocukları korumasız bırakır, evlendirilmelerinin yolunu açar, TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesini özendirir ve kolaylaştırır. (...) Sanık ... kızı mağdurenin yaşının küçük olduğunu, sanık ... ile evlendirmesi durumunda nitelikli cinsel istismara maruz kalacağını bilmektedir. Buna rağmen evlenmelerini sağlayarak ve cinsel eyleme suç öncesi yardımda bulunarak, suçun tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. (...) TCK’nın 103. maddesiyle ‘on beş yaşını tamamlamamış (olayımızın mağduresi bu konumdadır) veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış’ cinsel istismar sayılarak yaptırıma bağlanmıştır. Toplumda 13 yaşındaki çocukların evlendirilmesini gerektiren ve dolayısıyla nitelikli cinsel istimara maruz kalmaya zorlayan bir gelenek bulunmadığı gibi, bulunsu dahi bu gerekçeyle kastın ortadan kaldırılması yanlış geleneklerin yasalara üstün tutulması anlamına gelir. Çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış yasaklayan ve yaptırıma bağlayan Anayasa ve yasa hükümleri ile taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar yok sayılarak geleneklere göre hüküm verilmesi sonucunu doğurur. Bu yorum kanuna ve ‘hakimlerin, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini’ öngören Anayasanın 138/1. maddesine de açıkça aykırıdır.” Oy çokluğu ile verilen bu karar dikkate alındığında, 103. madde metninde önerdiğimiz şekilde bir değişiklik yapılmasının uygulamadaki sorun ve ikilikleri de gidereceği muhakkaktır. Kararın tam metni için bkz. Yar. 14. CD, 2014/12024 E. – 2018/645 K., K.T.: 25.01.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 25.07.2020).

kaçırılmamalıdır. Bu kapsamda, yasal yaşa ulaşmamış çocukların gayri resmi evlendirilmelerinde sıkça başvuru alan “dinsel töreni” gerçekleştiren din görevlilerinin de 279. madde gereği sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir.⁴¹² Son olarak, mağdur çocuğun hamile olduğunun anlaşılması veya doğum yapması ile ortaya çıkan cinsel istismar vakalarında sağlık mesleği mensuplarının da TCK m.280 kapsamında bildirim yükümlülüğü altında olduklarını hatırlatalım.

2. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır

Çocuk evliliklerine TCK m.30 kapsamında hata hükümlerinin uygulanmasında kanaatimizce birlikteliğin tarafları önem arz etmektedir. Çocuk ile sözde evlenen kişinin bir yetişkin olması ile iki çocuğun aile baskısı dahilinde evlendirilmesi, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller bakımından muhakkak bir farklılık yaratmalıdır.

Çalışmamızın konusu her iki tarafın çocuk olduğu cinsel suçlar üzerine olduğundan, değerlendirmemiz yalnızca her ikisi de çocuk olan evliliklerde SSÇ’nin durumu ile sınırlı olarak yapılmıştır. Öte yandan, mağdur çocuğun gayri resmi yolla evlendirildiği kişinin bir yetişkin olması halinde yetişkin failer bakımından istisnai haller haricinde hata hükümlerinin uygulanmaması gerektiği düşüncesinde olduğumuzu ifade etmek isteriz. Çalışmamızın konusu olmamakla birlikte, bu konudaki düşüncemizin dayanağını kısaca izah etmekte yarar görüyoruz:

Çocuk evliliğinin fail tarafı olan yetişkinin “evlendiği” çocuğun yasal evlilik yaşına erişmediğini ve yasal bir evliliğin de resmi nikah akdi haricinde gerçekleşmeyeceğini bilmesi, fazla olarak bir çocukla kuracağı birlikteliğin anti sosyalliğini kavrayarak ailelerin bu yöndeki iradelerine karşı koyması beklenebilir. Dolayısıyla bir yetişkinin, bir çocuk ile yaptığı sözde evliliğin geçerli olduğunu düşünmesi genel hayat deneyimine aykırı olup sözde evliliğe dayanarak gerçekleştirdiği cinsel eylemin suç olduğunu veya resmi nikah ile evlenemediği halde

⁴¹² Sema AKSOY, “Gelinlik Değil Kefen Giydirilmiş Çocuklar”, ABD, S.:1, (Y.:2014), s.292; Esasında, TCK’nın 230. maddesinin (mülga) 6. fıkrasında, “evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir” hükmü bulunmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesinin 27.05.2015 tarih ve 2014/36 E. – 2015/51 K. sayılı kararı ile mezkur maddenin 5. ve 6. fıkraları hakkında iptal kararı vermiştir.

mağdurun küçük olduğunu bilmemesi bizce mümkün görünmemektedir.⁴¹³ Bu itibarla, yetişkin failin yaşı küçük bir çocukla gerçekleştireceği cinsel eylemlerde kusur ortadan kalkmayacaktır. Zira fail eylemin kanunlarca yasaklandığının bilincindedir ve tipe uygunluğunu, davranışındaki kusuru ve hukuka aykırılığı bilerek gerçekleştirmektedir. Şu halde, yetişkin failin mağdurun yaşı, eylemin haksızlık oluşturup oluşturmadığı, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı noktasında hataya düştüğü savunması, genel hayat deneyimine uygun düşmeyecektir. Bu itibarla biz, yetişkin failer bakımından TCK m.30/4 kapsamındaki savunmaların itibar görmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.⁴¹⁴ Buna karşın, sözde evlilik haricindeki bazı

⁴¹³ “Sanık aşamalarındaki savunmasında mağdureyi on beş yaşından büyük olarak bildiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini belirtmiş ise de, belli bir süre mağdure ile arkadaşlık yapan ve sonrasında nişanlanan sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönündeki savunması hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, hastanede doğduğu anlaşılan mağdurenin yaşının küçük olması nedeniyle resmi nikahlarını yaptıramadıklarını beyan etmiş olması karşısında, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Bu nedenle, yerel mahkemece, on beş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetlidir.” Yar. CGK, 2013/579 E. – 2014/68 K., K.T.: 11.02.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 02.08.2020).

⁴¹⁴ Benzer yönde AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.86; “İncelenen dosya kapsamından; İzmir Ege Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesince İzmir Emniyet Müdürlüğüne yazılan 04.05.2007 tarihli bildirim formunda, 23.01.1992 doğumlu olan mağdurenin küçük yaşta cinsel ilişkiye girdiğinin ihbar edildiği, İzmir Ege Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin aynı tarihli epikriz raporunda, mağdurenin 29 haftalık hamile olduğunun belirtildiği, mağdurenin 23.01.1992 tarihinde hastanede doğduğu ve nüfus kaydının da buna uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Mağdure kollukta; mahalleden tanıdığı sanık ile evlenmeye karar verdiklerini, sanığın ailesinin kendisini istediklerini, ailesinin rızasıyla 18.10.2006 tarihinde evlendiklerini, ilk gece cinsel ilişkiye girdiklerini söylemiş, mahkemede ise; sanıkla 2006 yılı Eylül ayında tanıştığını, Ekim ayında birlikte İzmir’e kaçtıklarını, burada rızasıyla cinsel ilişkiye girdiklerini, ertesi gün evlerine döndüklerini, ailelerinin bu durumu öğrenmesi üzerine evlenmelerine izin verdiklerini ve 27.01.2007 günü düğün yaparak evlendiklerini, iki çocuğu olduğunu, şikayetçi olmadığını beyan etmiş;

Sanık savcılıktaki savunmasında; mağdure ile 2006 yılı Eylül ayında tanıştıklarını, 3-4 hafta arkadaşlık yaptıklarını, mağdurenin ailesinin evlenmelerine sıcak bakmamaları üzerine 2006 yılının Ekim ayında mağdureyle birlikte İzmir’e kaçtıklarını, burada bir kez cinsel ilişkiye girdiklerini, sonra evlerine döndüklerini, bu durumun aileler tarafından öğrenilmesi üzerine mağdureyle kendisini evlendirmeye karar verdiklerini ve 2007 yılı Ocak ayı içerisinde düğün salonunda evlendiklerini, Ekim ayında ilişkiye girdikten sonra evlenene kadar bir daha ilişkiye girmediklerini ifade etmiş, mahkemede ise; önceki savunmalarıyla benzer anlatımlarda bulunmuş, mağdurenin yaşı küçük olduğu için evlenme işlemlerini yapamadıklarını, yaptığı eylemin suç olduğunu bilmediğini, iki çocuklarının olduğunu belirtmiş, diğer aşamalarda olduğu gibi mahkemede de ‘mağdurenin yaşını 15’ten büyük olarak biliyordum’ şeklinde bir savunmada bulunmamıştır (...) Sanık ile mağdurenin aynı mahallede oturdukları ve yaklaşık 4 aylık süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olduğundan, mağdurla aynı mahallede oturan sanığın mağdurun 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Kaldı ki sanık hiçbir aşamada mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunmada bulunmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir. Bu nedenle, on beş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve mağdureyi alıkoyan sanığın çocukların cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.”

durumlarda⁴¹⁵ somut olayın özelliğine göre yetişkinler bakımından da mağdurun yaşının bilinmediğinden bahisle TCK m.30/1 çerçevesinde hata hükümlerine başvurulabilmesi elbette mümkündür.⁴¹⁶ Burada önemli olan, hatanın her somut olay bakımından titizlikle değerlendirilmesi ve hükmün uygulanması gerekli görülüyor ise matbu gerekçelerden kaçınılarak karar verilmesidir.

Sözde evliliğin her iki tarafının da çocuk olması halinde ise olaya farklı bir açıdan yaklaşılması kanaatimizce mümkün ve hatta gereklidir. Zira burada çocukla evlendirilen SSÇ, kendi kararlarını kendi verebilecek durumdaki bir yetişkinden farklı olarak “aile baskısı” altındadır; başka bir ifadeyle SSÇ de tıpkı mağdur çocuk gibi söz

Yar. CGK, 2013/14-562 E. – 2013/517 K., K.T.: 26.11.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.06.2020).

⁴¹⁵ Uygulamada, mağdur ile yaşının küçük olması sebebiyle evlenemeyen ancak gayri resmi birliktelik yaşayan sanığın mağdurun yaşını bilmediğine ilişkin beyanları hayatın olağan akışına uygun görülmemektedir: “Dosya içeriğine göre, mağdurenin 03.09.1994 tarihinde resmi sağlık kuruluşunda doğup suç tarihi itibarıyla on beş yaşını tamamlamaması, sanık ... ile mağdurenin yaş küçüklüğü sebebiyle evlenememesi ve 2008 yılı Mayıs ayından mağdurenin on beş yaşını bitirdiği 03.09.2009 tarihine kadar karı-koca hayat yaşamaları karşısında sanığın, mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu gözetilmeden, sanığın yaşı itibarıyla rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdure yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarından mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hükümler kurulması...” Yar. 14. CD, 2015/2575 E. – 2018/4445 K., K.T.: 19.06.2018, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.06.2020).

⁴¹⁶ “Birbirlerini tanımayan mağdure ile sanığın olaydan 7 gün önce tanıştıkları, sanığın tüm aşamalarda ısrarlı ve tutarlı biçimde mağdurenin kendisine yaşının büyük olduğunu söylediğini, 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, mağdurenin görünüş itibarıyla de büyük gösterdiği için yaşının küçük olduğundan şüphelenmediğini, suç işlemesi durumunda şartla tahliyesi geri alınacağından mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilse değil onunla cinsel ilişkiye girmek kesinlikle arkadaş dahi olmayacağını savunduğu, mağdurenin de aşamalarındaki beyanları ile sanığın savunmalarını doğruladığı, mahkemece mağdurenin fizik görünümünün ‘14 yaşından daha iri yapıda ve büyük gösterdiği ancak 18 yaşını bitirmemiş görüntüye sahip olduğu’ şeklinde gözlemlendiği, sanığın mağdure ile sadece bir kez cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişki sonrası mağdurenin yaşının küçük olduğunu öğrendikten sonra tekrar ilişkiye girmediği, rızaen kaçtıkları günün ertesinde sanığın mağdureyi ailesine teslim ettiği, sanığın mağdurenin gerçekte 15 yaşından küçük olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir bilgi ve belgenin dosya içerisinde bulunmadığı anlaşıldığından, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin on beş yaşını doldurmadığı halde, on beş yaşını doldurduğu düşüncesiyle ve rızasıyla mağdure ile cinsel ilişkide bulunan sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanılmasının esaslı bir hata niteliğinde olduğu sabit olup, hakkında TCK’nın 30/1. maddesindeki hata hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleşmiştir. Bu nedenle Özel Daire bozma kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yar. CGK, 2013/14-576 E. – 2013/581 K., K.T.: 03.12.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 25.06.2020); “Sanık aleyhine olarak kabul edilebilecek ilk cinsel ilişki tarihi olan 02.09.2008 tarihinde mağdurenin 14 yıl 11 ay 2 günlük olması ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 23.02.2009 tarihli ‘mağdurenin eylem tarihinde 15 yaşı içerisinde olduğu ve 15 yaşını bitirmediği’ şeklindeki raporu nazara alındığında, on beş yaşını doldurmasına ilişkin 28 günlük sürenin tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ve sanıkla cinsel ilişkiye girdiği tarihi çelişkili olarak belirttiği halen de sanıkla evli bulundukları da gözetilerek TCK’nın 104/1. maddesinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması yerine, suç tarihi ve yaşa ilişkin şüphe aleyhe değerlendirilerek sanık hakkında TCK’nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yar. 14. CD, 2011/12616 E. – 2013/9704 K., K.T.: 25.09.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T.: 31.08.2020).

konusu birlikteliğe zorlanmış yahut ikna edilmiştir. Bu durumda, bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz gibi, yaş küçüklüğü ve çoğu zaman bilgisizlik dolayısıyla gerçekten evlendiklerini zannederek hareket eden bu çocukların eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını bilebilecek durumda olmaları istisnai bir durumdur. Şu halde, on beş yaşından küçüklerin gayri resmi törenlerle evlendirilmeleri halinde, SSÇ hakkında TCK m.30/4 kapsamında haksızlık yanılığı hükümlerinin uygulanması kanaatimizce mümkündür.⁴¹⁷ Zira TCK sistematğinde işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu bilincine sahip olmayan kişinin kusurlu sayılması ve nihayetinde cezalandırılması mümkün değildir.⁴¹⁸

Öte yandan, çocuk mağdurların gerek SSÇ'lerle gerekse yetişkinlerle evlendirilmesi halinde ebeveynin hata hükümlerinden faydalanması ise bir önceki başlıkta da açıkladığımız görüş doğrultusunda mümkün değildir.⁴¹⁹

II. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suçun failine ilişkin açık bir sınırlandırma yapılmamış olması karşısında, aksi görüşler bulunmakla birlikte on sekiz yaşından küçüklerin de bu suç bakımından fail olarak kabul edildiği ifade edilmişti. Bu konudaki detaylı açıklamalarımız bir önceki bölümde yapıldığından, tekrara düşmemek adına İkinci Bölümde incelediğimiz reşit olmayanla

⁴¹⁷ Benzer yönde TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.316.

⁴¹⁸ KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.366.

⁴¹⁹ Benzer yönde TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.328; AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.86; Çocuk yönünden kabul edilebilecek TCK.m.30/4, m.31 gibi kusurluluğu etkileyen halin müşterek fail, şerik konumundaki ebeveynleri etkilemeyeceği yönünde bkz. YENİDÜNYA, "Erken Evlilik Adı Altında Cinsel İstismar Sanıklarına Mağdurla Evlenme İndirimi Yapılması Fikri Hakkında Düşüncemiz", <<https://caneryenidunya.com/cinsel-istismar-sanigina-evlenme-indirimi-yapilmasi-dogru-mudur/>>, (E.T.: 25.09.2020); "Sanık Ş.K. mahkemede mağdureyi 15 yaşından büyük, 17-18 yaşlarında bildiğini belirtmiş ise de belli bir süre mağdure ile nişanlı kalan ve sonrasında düğün yaparak birlikte yaşamaya başlayan sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönündeki savunması hayatın olağan akışına uygun değildir. Kaldı ki sanık olayla ilgili olarak ilk ifadesini verdiği savcılıkta mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönünde herhangi bir savunmada bulunmamıştır. Mağdurenin babası olan sanık F.'in de kızının yaşı konusunda hataya düşmesi mümkün olmayıp bu sanığın da hiçbir aşamada kızının 15 yaşından büyük olduğuna ilişkin beyanı bulunmamaktadır. Nitekim, mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporunda da doğrulanmaktadır. Bu nedenle, sanık Ş.'in çocukların cinsel istismarı suçundan, sanık F.'in de bu suça yardım etmekten cezalandırılmalarına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir." Yar. CGK, 2013/14-583 E. – 2013/625 K., K.T.: 24.12.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 02.08.2020).

cinsel ilişki suçunun “Fail” başlığına gönderme yapmakla yetiniyoruz.⁴²⁰ Çalışmamızın bu başlığında ise mağduru kadar failinin yaşı açısından da oldukça tartışılan ve eleştirilen bu suç kapsamında, her ikisi de on sekiz yaşından küçük çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkide failin tespit edilmesinde karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

15-18 yaş grubu çocukların ergenlik döneminin de etkisiyle kendini, bedenini ve duygularını tanıma isteğiyle cinselliğe olan ilgi ve merakının artması, çeşitli kanallar aracılığıyla gördüğü cinsel içerikleri merak ederek deneyimlemek istemesine yol açabilmektedir. Değer yargılarının şekillenmesinde etkili olan medya ve kitle iletişim araçları vasıtasıyla –açık bir biçimde gösterilmese dahi– cinsel mesajlı içeriklere maruz kalan ergenlerde erken yaşta cinsel etkinliğin ve cinsel ilişkiye girme riskinin arttığı gözlenmiştir.⁴²¹ Bunda, ülkemizdeki yerleşik anlayışın cinsel gelişimi hala bir tabu olarak görmesi ve gerek ailede gerek okulda yeterli cinsel eğitim verilmemesinin etkisi de büyüktür. Neticede, cinselliğe yönelik ilgi ve merakın cinsel bilgisizlikle birleşmesi, bilgiyi yanlış yerde arayan bir kısım gençlerin erken yıllarda olumsuz cinsel deneyimler yaşamasına yol açmaktadır.⁴²² Bu yaş grubundaki çocukların, cinsel ilişkinin fiilen ne anlama geldiğini bilseler dahi bunun kişisel, sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçlarını öngörerek hareket ettiklerini söylemek çoğu zaman mümkün değildir.⁴²³ Öte yandan, bu cinsel deneyimin aynı zamanda TCK m.104 kapsamında cezai bir yönünün bulunması, özellikle tarafların her ikisinin de 15-18 yaş grubunda olduğu hallerde daha büyük sorunlara yol açmaktadır.

Kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamış olan çocukların cinsel farkındalık dönemine girdiklerini kabul etmekle birlikte, kişiliklerinin cinsel ilişkinin sonuçlarını yeterince kavrayabilecek derecede gelişmediği ve sorumluluk duygusuna sahip olmadıkları düşüncesiyle, bu çocuklarla cinsel ilişkide bulunmayı rıza gösterecekleri dahi suç olarak kabul etmiştir.⁴²⁴ Bu itibarla, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete

⁴²⁰ Bkz. yuk. s.97 vd.

⁴²¹ Vasfiye BAYRAM DEĞER-Elçin BALÇI, “Adölesan Dönemde Üreme Sağlığı, Cinsellik ve Cinsel Eğitimin Önemi”, Turkish Studies, C.:13, S.:4, (Y.:2018), s.1429.

⁴²² Niyazi CAN, “Gençlik Sorunlarında Medyanın Etkisi”, SBAD, C.:3, S.:2, (Y.:2008), s.68.

⁴²³ AYDIN, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s.101; KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.4153.

⁴²⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.385.

bağlı olan “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu” TCK’nın 104. maddesinde yerini almıştır. Bu düşünceden yola çıkıldığında, çocuğun cinsel kimliğini sağlıklı bir biçimde tanınması ile erken ve uzun vadede travmatik olabilecek cinsel deneyimlerden korunması arasında bir denge sağlamak zorunda olan kanun koyucunun korumacı bir yaklaşımı tercih etmesi kısmen anlaşılabilir bir durumdur. Gerçekten, anlık heveslerle ve çoğunlukla dürtüsel hareket eden çocuklar, özellikle kendilerinden yaşça tecrübeli kişiler tarafından kolayca ikna edilebilme tehlikesine karşı korunmasıdır. Cinsel anlamda bir farkındalık içerisine girmiş olan ve fakat doğruyu yanlıştan ayırt etme yetileri yeni yeni gelişmeye başlayan bu çocukların kolayca ikna edilebileceklerini düşünen kanun koyucu, olası tehlikeleri bertaraf edebilmek için ceza kanununu aracı kılmayı tercih etmiş olabilir. Özellikle on beş yaşını tamamlamış ve reşit olmayan çocuklar ile yetişkinler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel ilişki bakımından kanun koyucunun bu tercihi haklı görülebilir. Gerçekten bir yetişkin, henüz 15-18 yaş aralığında bulunan ve hayat deneyimi yeni yeni oluşmaya başlayan bir çocuğu kendi deneyimleri ile kolayca etkileyebilir, rızasını alabilir.

Ne var ki yetişkin failler bakımından kullanışlı olan TCK m.104, her ikisi de 15-18 yaş grubunda olan çocuklar arasındaki cinsel ilişkiler bakımından birtakım sorunlar yaratmaktadır. Özellikle, uygulamada cinsel ilişkinin *erkek cinsel organının vajinal veya anal boşluklara duhulü* olarak kabul edilmesi, bu suçtan dolayı bizzatı erkek çocuğun yargılanmasına yol açmaktadır. Nitekim 15 yaş 7 aylık bir kız çocuğunun 15 yaş 2 aylık bir erkek çocuğuna cinsel ilişkide bulunmayı teklif ettiği ve sonuç olarak cinsel ilişkinin gerçekleştiği bir olayda Yargıtay, teklifte bulunan kız çocuğunu mağdur, teklifi kabul eden erkek çocuğunu ise fail kabul etmiştir.⁴²⁵ Bu ihtimalde SSÇ konumundaki erkek çocuğun da erken cinsel deneyimden korunma hakkı dolaylı surette ihlal edilmesine, başka bir ifadeyle kendisi de mağdur olmasına rağmen, aynı zamanda 104. madde kapsamında cezalandırılan taraf olması suçla korunan hukuksal yararlar çelişen bir sonuç doğurmaktadır. Benzer şekilde 18 yıl 1 günlük bir erkek olan (A) ile 17 yıl 11 aylık bir kız olan (B) arasında karşılıklı rıza ile cinsel ilişki gerçekleşmesi halinde, (A)’nın yalnızca erkek olması ve 1 ay dahi olsa büyük olması mevcut düzenleme ve uygulama karşısında fail kabul edilerek yargılanması için yeterlidir. Gerçekten, ikisi de ruhsal ve bedensel açıdan eşit durumdaki iki çocuktan

⁴²⁵ Yar. 14. CD, 2012/8899 E. – 2014/1766 K., K.T.: 17.02.2014, akt. TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.376.

erkek olanı sırf toplumun cinsler arası ilişki anlayışı farklı diye cezalandırmak ve bütün sorumluluğu yalnızca erkek olan tarafa yüklemek adil bir ceza hukuku siyaseti ile bağdaşmamaktadır.⁴²⁶

Bu noktada, madde metnindeki tutarsızlık ile uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alındığında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin 104. madde kapsamında olup olmadığını etraflıca değerlendirmek bir zorunluluk halini almıştır. Yarattığı çelişkili sonuçlar nedeniyle öğretide de tartışmalı olan bu suç tipi hakkında, 15-18 yaş grubundaki çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin suç sayılması⁴²⁷ veya sayılmaması⁴²⁸ yönünde farklı görüşler ileri sürülmektedir.⁴²⁹

Çalışmamızın Birinci Bölümünde ifade ettiğimiz üzere, çocuk konulu bütün ulusal mevzuat ve uluslararası belgeler çocuğun yüksek yararının korunması zeminine oturtulmaktadır. Çocuğun yüksek yararının, elbette ki onu belli bir yaşa kadar herkesten ve hatta gerekirse kendinden bile korumayı gerektirdiği konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte, gerçek bir ceza adaletinde çocuğun yüksek yararı korunmak istenirken uğrayacağı muhtemel zarar, suçla korunan hukuksal yarardan fazla olmamalıdır.

Konuyla ilgili görüş ve önerilerimize yer vermeden önce, çıkış noktamızın defaatle vurguladığımız üzere “çocuğun yüksek yararı” ile “fayda-zarar dengesi” ilkesi

⁴²⁶ AYDIN, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, s.104.

⁴²⁷ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.377-378. Yazarlara göre, aksi bir kabul, bu suçun failinin yalnızca on sekiz yaşından büyük kimseler olabileceğinin açıkça düzenlenmesi halinde mümkün olabilecektir.; ÜNVER, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, s.45. Yazara göre, bu durumda fail ile mağdur sıfatının birleşmesi söz konusu olmayıp, fail ve mağdurun “aktif cinsel hareket” ölçütüyle tespit edilmeli ve bu kapsamda aktif hareketleri yapan kişi fail olarak kabul edilmelidir.

⁴²⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.450; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı – Cilt I*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.292. Yazara göre, 104/1. maddenin hukuk tekniği bakımından doğru yorumlanması gerektiği ve bu kapsamda kimin fail kimin mağdur olduğunun tespit edilemediği bir suç tanımı olamayacağından, suçun failinin yalnızca on sekiz yaşını tamamlamış kimseler olabileceği anlaşılmaktadır; KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.372. Yazarlara göre, on sekiz yaşından küçük olanların da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olabileceği kabul edildiği takdirde, suçun failini ve mağdurunu belirlemek mümkün olmamaktadır; ERDEN TÜTÜNCÜ, *Fücur (Ensest)*, s.141; On beş yaşını tamamlamış çocuklar arasında rızaen gerçekleşen cinsel ilişkinin, ilişkide bulunan çocukların ceza sorumluluğunu gerektirmeyeceği yönünde bkz. ÖZGENÇ, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, AHBVÜ HFD, C.:24, S.:2, (Y.:2020), s.263.

⁴²⁹ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. KOCA-BOZKURT-AKAR, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, in. *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan*, s.641 vd.

olduğu ve çözüm önerilerimizi sunarken “her iki tarafın da korunma ihtiyacı içindeki birer çocuk” olduğu gerçeğini daima hatırdta tuttuğumuzu ifade etmek isteriz. Bu ölçütlerin, bilhassa iki çocuk arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler bakımından önem arz ettiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki, TCK m.104’ün düzenlenme şekline bakıldığında suç teşkil eden fiilin “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmak*” olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Tek taraflı cinsel ilişki olamayacağına göre, söz konusu eylem niteliği gereği iki taraf arasında “karşılıklı” olarak gerçekleştirilmektedir. Buna karşın, uygulamada göz ardı edilen husus şudur ki, 15-18 yaş grubunda olan SSÇ de kanunen cinsel ilişkide bulunma ehliyeti olmamasına rağmen cinsel ilişkide taraf olmuş, başka bir ifadeyle aktif veya pasif durumda olması fark etmeksizin kendisiyle cinsel ilişkide bulunulmuştur. Şu halde, çocuklardan hangisinin, neye göre fail neye göre mağdur olduğu nasıl belirlenecektir?

A. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır

Çalışmamızın önceki başlıklarında, aileleri tarafından gayri resmi yollarla birbirleriyle evlendirilen çocukların TCK m.103 kapsamında hata hükümlerinden yararlanabilme ihtimalini değerlendirirken, bu çocukların gerçekten evli oldukları düşüncesiyle ve çoğu zaman ailelerinin yönlendirmesiyle hareket ettikleri, bunun sonucunda da gerçekleştirdikleri cinsel eylemin suç olduğu konusunda TCK m.30/4 kapsamında kaçınılmaz bir hataya düştüklerinin kabul edilebileceğini ifade etmiştik. Kanaatimizce aynı kabul, her ikisi de 15-18 yaş aralığında olup aileleri tarafından gayri resmi biçimde birbirleriyle evlendirilen çocuklar bakımından da geçerlidir. Görüşümüze ilişkin gerekçelerimiz, ayrıntılı biçimde açıklandığından, tekrara düşmemek adına ilgili başlıktaki gerekçelerimize gönderme yapmakla yetiniyoruz.⁴³⁰

Öte yandan, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun TCK’da yer alan diğer cinsel suçların aksine “rıza” üzerine kurulmuş olması, TCK m.30/1 hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından çocukların cinsel istismarı suçundan farklılık arz eder. Söz gelimi mağdurun cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlara yönelik rızası olmasına rağmen failin cinsel ilişkiye de rıza gösterildiği zannı ile hareket etmesi

⁴³⁰ Bkz. yuk. s.137 vd.

somut olayın özellikleri doğrultusunda kastı ortadan kaldıracaktır.⁴³¹ Yine çocukların cinsel istismarı suçundan farklı olarak, failin mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesi de TCK m.30/1 kapsamında değerlendirilebilecek bir niteliktir. Fail mağdurun on sekiz yaşından büyük olduğu zannıyla hareket etmesi suçun maddi unsurlarında bir hata olarak kabul edilebilir ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından failin kastını ortadan kaldırır.⁴³² Bilhassa akran cinselliği kapsamında değerlendirilebilecek cinsel ilişki bakımından bu durum önem arz etmektedir.

Elbette ileri sürülen bu hata hallerinin, somut olayın özellikleri doğrultusunda suçtan kurtulmaya yönelik olmayan, samimi ve kabul edilebilir beyanlar olduğu konusunda vicdani kanaat oluşturmasına dikkat edilmelidir.

B. Her İkisi de 15-18 Yaş Grubunda Olan Çocuklar Arasındaki Cinsel İlişkiler Bakımından Özel Bir Düzenleme Yapılmalıdır

Kanun koyucunun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda faile ilişkin özel bir düzenleme getirmemiş olması sebebiyle, öğretide on sekiz yaşını tamamlamamış bir çocuğun da kanunilik ilkesi çerçevesinde bu suçun faili olabileceğini ileri süren görüşler bulunmaktadır.⁴³³ Uygulamada da mahkemece verilen kararların aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.⁴³⁴ Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, mağdurunun ancak 15-18 yaş grubundaki çocuklar olabileceği bu suçta failin de aynı yaş grubunda olması halinde, fail ile mağdur sıfatının birleşmesi ile şikayet hakkının kim tarafından kullanılacağı konusunda soru işaretleri oluşacağı gerekçesiyle söz konusu kabul haklı olarak eleştirilmekte ve bu durumda eylemin suç oluşturmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir.⁴³⁵

⁴³¹ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.379; Belirtelim ki, bu suç bakımından rızanın kurucu unsur olması nedeniyle, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller arasında TCK m.26/2’de düzenlenen “ilgilinin rızası” hükümleri bu suçta uygulanmayacaktır. Bkz. Yar. 14. CD, 2012/7555 E. – 2013/9075 K., K.T.: 12.09.2013, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 31.08.2020).

⁴³² YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.177-178; BEYAZIT, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.301.

⁴³³ Bkz. yuk. s.98, dn.270’teki yazarlar.

⁴³⁴ Yar. 14. CD, 2013/7675 E – 2015/6384 K, K.T.: 13.05.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 24.08.2020).

⁴³⁵ Bkz. yuk., s.98, dn.269’daki yazarlar.

Gerçekten, cinsel ilişkinin karşılıklı olarak gerçekleştirilen “tek” bir eylem olması, failin ve mağdurun neye göre belirleneceği noktasında daha baştan belirsizliğe yol açmaktadır. Uygulamada kabul gören görüş açısından bakıldığında, cinsel ilişkinin tek bir eylem olmadığı ve her iki tarafın da birbirlerine karşı fail oldukları düşünülse dahi kanımızca bu ihtimalde de suçla korunan hukuksal yararın (TCK m.104 bakımından erken cinsel deneyimden korunma) karşılıklı olarak ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu varsayımda ise şikayet hakkının kim tarafından kullanılacağı⁴³⁶ yanında, çocukların karşılıklı cezalandırması halinde hukuki yararın bulunup bulunmayacağı tartışması gündeme gelecektir. Gerçekten, çocukların yargılama sürecine dahil edilmelerinin kısa ve uzun vadede çok daha travmatik sonuçlara yol açması kuşkusuzdur. Bu noktada her iki çocuğun kendi eyleminden ötürü cezalandırılması, çocuğun üstün yararı çerçevesinde “fayda-zarar dengesi” gözetildiğinde bu durumun ceza adaleti bakımından doğuracağı zarar, yarardan çok daha fazla olacaktır.

Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, mağdurunun özel şartlarla belirlenmiş olması ve en önemlisi “rıza dayalı” olması nedeniyle diğer cinsel suçlardan ayrı değerlendirilmesi gereken bir suç tipidir. Zira, kanun koyucunun 15-18 yaş grubundaki çocuklarla rıza dahilinde olmasına rağmen cinsel ilişkide bulunulmasını suç kabul etmesindeki amaç, çalışmamızda da defaatle vurguladığımız üzere, bu çocukların *cinsel farkındalık döneminde olmasına karşın cinsel ilişkinin sonuçlarını kaldırabilecek olgunluğuna sahip olmadıkları* gerekçesiyle erken cinsel deneyimden mümkün olduğunca uzak tutulmasıdır. Şu halde, kanun koyucunun bu amacı cinsiyet ayırt etmeksizin 15-18 yaş aralığındaki *bütün* çocuklar bakımından kabul ettiğine şüphe yoktur. Kanaatimizce, her ikisi de 15-18 yaş grubundaki iki çocuk arasında karşılıklı rızayla gerçekleşen cinsel ilişkiyi de bu amaçtan yola çıkarak değerlendirmek gerekir. Söz gelimi, on altı yaşındaki kız çocuğu (A) ile on yedi yaşındaki erkek çocuğu (B) arasında karşılıklı rızaya dayalı bir cinsel ilişki yaşandığı varsayımında, kanun koyucunun murat ettiği amacın her iki çocuk için de sağlanamamış olduğu açıktır. Başka bir ifade ile bu durumda hem (A)’nın hem de (B)’nin erken cinsel deneyimden korunma hakkı zedelenmektedir.

⁴³⁶ TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.375.

Maddenin ihdas gerekçesi dikkate alındığında böylesi bir durumda öncelikli amaç, “ikna etme” veya “aktiflik” gibi ölçütler vasıtasıyla alelacele bir fail belirlemeye çalışmak olmamalıdır. Zira birinci olarak bu hususların ispatı noktasında belirsizlik söz konusudur, varsayımlara dayalı kabuller suç kapsamının amacından fazla genişlemesine neden olarak hukuki güvenliği ihlal edeceği gibi *şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*⁴³⁷ ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. İkinci olarak, yine amaç ekseninden bakıldığında suçun “faili” olarak konumlandırılan SSC’nin de özü itibarıyla kanun koyucunun korumaya çalıştığı gruba dahil olduğu ortadadır. Şu halde, kanun koyucunun uzak tutmak istediği erken cinsel deneyimi karşılıklı rıza dahilinde gerçekleştiren ve birbirlerinden yararlanma amacı da gütmeyen çocukların cezalandırılmasında hukuki açıdan bir fayda olup olmadığı kanaatimizce tartışılmalıdır.

Bu noktada, kamuoyunda *Lanzarote Sözleşmesi* olarak bilinen Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 18/3. maddesi üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz. İlgili madde hükmüne göre, küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetler ayrı tutulmuş ve Sözleşme kapsamında değerlendirmemiştir. Her şeyden önce görülmektedir ki Sözleşmeye göre on sekiz yaşını tamamlamamış akranlar arasındaki cinsel ilişki, bir çocuk ile bir yetişkin arasındaki cinsel ilişkiden ayrı

⁴³⁷ ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN AKCAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK VILLEMIN-TOK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. Bahri ÖZTÜRK, s.139-140; Cumhur ŞAHİN-Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku – II*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 9. Bası, s.29; “Öte yandan, amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden birisi de insan haklarına dayalı, demokratik rejimle yönetilen ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunması gereken, öğretisi ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” şeklinde, Latince’de ise “in dubio pro reo” olarak ifade edilen “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi hâlinde uygulanabileceği gibi, suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Ceza mahkûmiyeti, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate veya herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşturma imkanı vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.” Yar. CGK, 2019/171 E. – 2020/169 K., K.T.: 10.03.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 24.08.2020).

tutulmaktadır.⁴³⁸ Çocukların cinsel istismar ve sömürünün her türlüşünden korumayı amaçlayan uluslararası bir sözleşmede böylesi bir istisnaya yer vermenin abesle iştiğal olduğı elbette düşünölemez. Şu halde, taraf devletleri cinsel istismar ve sömürünün her türlüşüne tedbirler almakla katı bir biçimde yükümlü tutmuş bir uluslararası belgenin çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetleri kapsam dışı tutmasında bir anlam aranmalıdır. Bu anlamın, özellikle bu tür davranışların iç hukuka göre suç olarak düzenlendiğı Türkiye gibi ölkelerce doğru şekilde irdelenmesi gerekir.

Bize göre, çocuklar arasındaki bu tarz cinsel faaliyetlerde yararlanma amacının bulunmaması bu istisnanın sebeplerinden biri olabilir; ancak temel neden, böylesi bir durumda çocukları cezalandırmanın faydasızlığıdır. Çocuk biyolojik, psikolojik ve toplumsal yapı göz önüne alındığında kusur yeteneğı açısından özenle ele alınmalıdır.⁴³⁹ Gerçekten, ergenlik dönemindeki iki çocuktan suç olduğunu dahi bilmeden belki merak, belki bilgisizlik,⁴⁴⁰ belki içinde bulundukları dönemin⁴⁴¹ yarattığı buhranlar ve irade eksikliği gibi saiklerle giriştikleri bir davranışın kendilerini ciddi bir yargılama sürecine götüreceğini hesap etmeleri beklenmemelidir. Hata yapma çağındaki bu çocuklara yaptıklarının yanlışlığını hukuk dışı yöntemlerle “öğretmek” benzer davranışları önlemeye yardımcı olabilir. Bilimsellikten uzak

⁴³⁸ Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E.- 2005/89 K. sayılı iptal kararında, üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşı oy gerekçesinde de bu durum “Fail açısından yaş büyüdüğü çocuk yaştaki kişiyle ilişki kurması toplum nazarında yakışksız, hatta açıkça anormal görölür. Her ikisi de öğrenci olan, sözgelimi 16 ve 19 yaşlarında iki gencin arasındaki ilişki ile birisi 15 diğeri 40 yaştındaki iki kişinin arasındaki ilişki aynı değildir; dolayısıyla faillerin hukuki konumları da aynı olamaz. Zira bu durumda artık tam bir yetişkin olan, ekonomik ve maddi güç, toplum içindeki konum ve yaşam deneyimleri bakımından çocuk sayılan kişi ile ortak yanları bulunmayan fail, cinsel partner olarak kendisine daha uygun bir kişiyi seçme imkanına sahiptir. Sonuç olarak, bu kişinin mağdura yaşça yakın olan diğeri bir faille arasında eşitlikten bahsedilemez.” şeklinde ifade edilmektedir.

⁴³⁹ Yasemin İŞIKTAÇ, “Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğı ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye’de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi”, Mevzuat Dergisi, S.13, (Y.:1999), <<https://www.mevzuatdergisi.com/1999/01a/01.htm>>, (E.T.: 25.08.2020).

⁴⁴⁰ “...suç tarihinde on beş yaşını bitirmiş olduğunun anlaşılması sebebiyle CMK’nın 218. maddesi gereğince suçun oluşumuna ve unsurlarına etkisi bakımından yaş tashihiine karar verildikten sonra mağdurenin sanığa ilişkin olarak hiçbir aşamada cebir ve tehdit iddiasında bulunmadığı gibi 23.03.2010 tarihli duruşmada ‘...evde şaka gibi yatmıştık, cahildik, daha sonra anne ve babama söyleyemedik, bilemedik.’ biçimindeki anlatımı, sanığın inkara dair savunması ve tüm dosya içeriğı gözetilerek sübut bulan eylemin mağdurenin düzeltilecek yaşına göre TCK’nın 104/1. maddesindeki suçu oluşturacağı ve şikayet de bulunmadığından, CMK’nın 223/8. maddesi gereğince kamu davasının düşürölmesine karar verilmesi gerektiğı halde yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” Yar. 14. CD, 2012/13529 E. – 2013/970 K., K.T.: 01.02.2013, akt. AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.529.

⁴⁴¹ Araştırmalar, suç işleme oranının en yüksek olduğu yaşın %34,9 ile 14 yaş olduğunu, cinsel suçlarda ise en sık suç işlenen yaş grubunun 15 olduğunu göstermektedir. Bkz. Mahmut GÖKPINAR, “Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğı”, TBB Dergisi, S.:72, (Y.:2007), s.212 vd.

baskıcı yöntemler çocuk suçluluğunu besler.⁴⁴² Ülkemizde bilhassa bu yaş grubu çocuklar bakımından ciddi bir cinsel bilgi eksikliği olduğu ve bu eksikliğin devlet eliyle gereği gibi giderilemediği gözetilirse; doğruyu ve yanlış eğitmeden önce “ceza yoluyla” öğretmeye çalışmak, çocuğu yabancı olduğu ciddi bir sürecin ağırlığı altında tek başına bırakmak, infaz sonrası dahi üzerinde taşıyacağı “suçlu” etiketine mahkum etmek adaletsiz ve orantısız bir anlayıştır.

Öte yandan, ceza adaleti sağlanırken fayda-zarar dengesi de gözetilmelidir. Ceza hukukunun sert müdahalesi, yetişkinlerce işlenen suçlar bakımından dahi her zaman istenen etkiyi yaratmayabilirken söz konusu çocuklar olduğunda doğrudan cezalandırma yoluna başvurunun yaratacağı tahribat, cezalandırmayla elde edilecek yarardan çok daha fazla olacaktır.⁴⁴³ Bununla birlikte, suça sürüklenmiş bir çocuğun yargısal ve cezai süreçlerden sonra sağlıklı biçimde topluma kazandırılabilmesi her bakımdan zor ve masraflıdır; halbuki suç davranışını alternatif yöntemlerle önlemek, çocukların ruhsal ve fiziksel yönden sağlıklı bireyler olarak yetişmelerine yardımcı olarak çocuk suçluluğuna karşı uzun vadede daha etkili sonuçlar sağlamanın yanında suç sonrası rehabilite etmeye çalışmaktan çok daha ekonomiktir.⁴⁴⁴ Çocuğun

⁴⁴² ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.18.

⁴⁴³ “AİHM, başvuranın yargılanmasının, Ceza Mahkemesi önünde kamuya açık olarak üç haftadan fazla sürdüğünü kaydetmektedir. Başvuranın geç yaşı göz önüne alınarak ve yargılamayı anlamasını sağlamak için özel tedbirler alınmıştır: örneğin, yargılama prosedürü kendisine açıklanmıştır ve müteakiben mahkeme salonunu görmeye götürülmüştür. Davalıları çok yormamak için duruşma süreleri kısaltılmıştır. Ancak, Ceza Mahkemesi’nin kaideleri ve gelenekleri on bir yaşındaki bir çocuk için zaman zaman anlaşılabilir ve korkutucu görünmüştür. Mahkeme salonundaki belirli düzenlemelerin -davalıların olup biteni görebilmesi için kürsünün yükseltilmesi gibi- basın ve kamunun baskısına maruz kalmış hissettiği için başvuranın yargılama sırasında hissettiği rahatsızlık hissini artırdığına ilişkin deliller mevcuttu...[pr.86]... Burada, Hükümet’in belirttiği gibi, başvuranın yasal temsilcileri ‘fısıldama mesafesinde’ oturtulmasına rağmen, başvuranın gergin mahkeme salonunda ve kamu denetimi altında, yargılama sırasında onlara danışabilecek kadar rahat hissetmesi ya da olgun olmaması ve zarar görmüş duygusal durumu göz önüne alındığında, mahkeme salonu dışında yasal temsilcileri ile işbirliği yapabilmesi ve onlara savunması için bilgiler vermesi olası değildir. [pr.88] Sonuç olarak AİHM, başvuranın aleyhindeki yargılamaya etkili şekilde dahil olamadığı ve bu nedenle de 6/1. maddenin ihlali yönünde adil yargılanmadan mahrum bırakıldığı kanısına varmıştır. [pr.89]” AİHM, T/İngiltere [BD], B. No:24724/94, K.T.: 16.12.1999, akt. Serkan CENGİZ-Fahrettin DEMİRAG-Teoman ERGÜL-Jeremy McBRIDE-Durmuş TEZCAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları” (Ankara: TBB Yayınları, 2008), s.269-270; Türkiye’de yürütülen bir sosyal araştırma kapsamında görüşme sağlanan bir SSÇ’nin ifadesi şu şekildedir: “Cezaevinde pek çok suç çeşidini öğrendim. Uyuşturucu türlerini öğrendim. Uyuşturucu hikayelerini dinlemekten her şeyi öğrendim.” Akt. Zeki KARATAŞ-Aliye MAVİLİ, “Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S.45, (Y.:2019), s.1031.

⁴⁴⁴ Benzer yönde ERDOĞAN, *Çocuk Ceza Hukuku*, s.18; Aşlı ÜNAL, “Türkiye’de Suça Sürüklenen Çocuklar: Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlü Çocuklara İlişkin Bir Analiz”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:5, (Y.:2010), s.43; Esin TOPAL KÖSE, “Geçmişle Gelecek Arasında Sıkışan Çocuklarda

uygulanan cezaların anlam ve sonucunu ne dereceye kadar kavrayabileceğini, bu cezanın ona ne ölçüde yararlı olabileceğini de tartışmak gerekir. Veriler ne yazık ki klasik cezalandırma yönteminin çocuk suçluluğunun azalmasında yeterli etkiyi sağlamadığını göstermektedir.⁴⁴⁵

Bize göre, akran cinselliğinin tipik bir örneği olan 15-18 yaş grubu çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin TCK m.104 kapsamından çıkarılması gerektiği görüşü, çocuk ceza adaletinin temel ilkeleri ve uluslararası sözleşmelerle de uyumludur. Gerçekten, *Lanzarote Sözleşmesinin* 18/3. madde hükmü dikkate alındığında, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç kapsamından çıkarılması ile sağlanacak yarar, suç olarak kalmasından sağlanacak yarardan daha fazladır. Çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması veya özgürlüğünden yoksun bırakılması –gerek *Havana Kuralları* gerekse *Pekin Kurallarında* ifade edildiği gibi– çok dikkatli bir incelemeden sonra ve ancak son çare ise uygulanmalıdır. Bununla birlikte, *Riyad İlkeleri* çerçevesinde devletin çocuğu suçtan uzaklaştırma yükümlülüğü, yalnızca suç işledikten sonra cezalandırmayı değil, çocuğu suç işlemekten önce alternatif uygulamalarla suçtan uzaklaştırmayı da kapsamaktadır. Bu noktada biz, sorunun asıl kaynağının gerek aile gerekse okul çevresinde çocuğun cinsel merakını doğru yöntemlerle giderecek düzeyde cinsel bilgilendirme ve eğitim eksikliği olduğunu düşünüyoruz. Yapılan araştırmalar da bu eksikliği doğrulamaktadır.⁴⁴⁶ Halbuki doğru ve etkili bir cinsel eğitim ile çocukların TCK kapsamında cinsel suç olarak değerlendirilen davranışlara yönelmesini büyük oranda azaltmak ve yetişkinliğinde sağlıklı bir cinsellik algısına sahip olmasını sağlamak mümkündür.⁴⁴⁷ Kanımızca

Biyopsikososyal Değerlendirmenin Önemi” in. *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını*, (İstanbul: Mayıs 2019), s.222.

⁴⁴⁵ “*Adli İstatistikler – 2019*”, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.54, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>>, (E.T.: 26.08.2020). Adalet Bakanlığı adli sicil istatistiklerine göre, SSÇ sayısının toplam sanık sayısı içindeki oranı 2018 yılında %5,5 iken 2019 yılında %5,7 olarak açıklanmıştır. (bkz. Tablo 2.1.5, s.70).; Araştırmalar, çocukların cezaevinde tutulmasının ikinci defa suça sürüklenme üzerinde oldukça yüksek bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Fiziksel ve ruhsal olarak ailesinden, çevresinden ve toplumdan uzaklaştırılmayan çocukların ise yapılandırılmış iyileştirme politikaları ile tekrardan suça yönelme oranlarının azaldığı düşünülmektedir. Akt. Ayhan ERBAY, “*Çocuk Ceza İnfaz Kurumlarının Çocuk Tutuklu/Hükümlüler Üstündeki Psikolojik Etkileri*”, Aydın Toplum ve İnsan Dergisi, S.:1, (Y.:2017), s.29-30.

⁴⁴⁶ Elif GÜRSOY-Nimet Sevgi GENÇALP, “*Cinsel Sağlık Eğitiminin Önemi*”, Aile ve Toplum Dergisi, C.:6, S.:23, (Y.:2010), s.33 vd.; Ayşe YÜCESAN-Sultan AYAZ ALKAYA, “*Okullarda Göz Ardı Edilen Bir Konu: Cinsel Sağlık Eğitimi*”, SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C.:25, S.:2, (Y.:2018), s.206.

⁴⁴⁷ YÜCESAN-AYAZ ALKAYA, “*Okullarda Göz Ardı Edilen Bir Konu: Cinsel Sağlık Eğitimi*”, s.201; AKÇA-ŞAHİN-ARSLAN, “*Öğrencilerin Cinsel Eğitimine İlişkin Öğretmen Algısı*”, s.516.

konunun bu şekilde alternatif yollarla çözümlenmesi, uzun vadede çocukların yüksek yararı için özgürlükten yoksun kılıcı ceza yaptırımlarından çok daha faydalıdır. Doğru sosyal politikalarla uzun vadede çözümlenebilecek bir sorunu daha baştan ceza hukukunun çocuğun sebep ve sonuçlarını anlamlandıramayacağı ve hatta çoğu zaman kaldıramayacağı sert müdahaleleri ile gidermeye çalışmak fayda sağlamayacağı gibi çocukların harcanması, sorunlu bir yetişkinliğe itilmesi gibi istenmeyen sonuçlara da yol açacaktır. Bu kapsamda, öğretilerde de bu yaş grubundaki çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkilerinin ceza hukukunun müdahale alanı dışında tutularak sorunun toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenmesi haklı olarak önerilmektedir.⁴⁴⁸

Bununla birlikte, yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, çocukların erken cinsel deneyimden korunması noktasındaki en büyük tehlike, kendilerinden yaşça daha büyük ve daha deneyimli kimselerce cinsel faaliyetlere dahil edilmeleridir.⁴⁴⁹ Çocukların yetişkin ve deneyimli kişilerle yaşadıkları cinsel ilişkiler, kendileri gibi bilgisiz ve deneyimsiz yaşlılarıyla yaşadıkları cinsel ilişkiden çok daha travmatik sonuçlara neden olabilecektir. Üstelik yetişkinlerle olan cinsel ilişkilerde, gösterilen rızanın yetişkin tarafından *onay inşasıyla* alınmış olma riski çok daha yüksektir.

Bu noktada önerimiz, şayet bu suç tipinin varlığı mutlak surette gerekli görülüyorsa Lanzarote Sözleşmesinin 18/3. maddesi de dikkate alınarak, madde metninde suçun failinin yalnızca on sekiz yaşından büyük kimseler olabileceğinin açıkça düzenlenmesi ve çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin 104. madde kapsamından çıkarılmasına yönelik bir değişikliğe gidilmesidir. Bu değişikliğin, failin ancak on sekiz yaşını tamamlamış birisi olabileceğini açıkça belirtmek suretiyle veya cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15-18 yaş aralığında bulunması halinde 104. madde hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde ek bir fıkra hükmü getirilerek yapılabileceği düşüncesindeyiz. Açıkladığımız nedenlerle, bu durumdaki çocukların yargılama sürecine dahil edilmelerinde ve cezalandırılmalarında hiçbir fayda yoktur.

⁴⁴⁸ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.385.

⁴⁴⁹ Öğretilerde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin on sekiz yaşından büyük kimseler olabileceğini savunan yazarlar da kanun koyucunun 104. maddedeki amacının çocukları kendilerinden yaşça daha büyük kişilerle yaşayacakları cinsel deneyimlerden korumak olduğu düşüncesindedir. Bu yönde bkz. KANBUR, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.4152; Atacan KÖKSAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” in. *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan*, C.:2, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No.459, 2015), s.695.

Öte yandan, fail ile mağdur sıfatının belirlenmesindeki zorluk da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesini gerekli kılmaktadır. Önerdiğimiz biçimde bir düzenleme gerek *Lanzarote Sözleşmesine* gerekse kanun koyucunun 104. maddeyi ihdas amacına aykırı düşmeyecektir.⁴⁵⁰

C. Gayri Resmi Çocuk Evliliklerinde Ebeveynin Sorumluluğu Düzenlenmelidir

On beş yaşını tamamlamamış çocukların gayri resmi olarak evlendirilmeleri halinde ebeveynlerin de TCK m.103 kapsamında iştirakten sorumlu tutulmaları yönündeki görüşümüzü çalışmamızın önceki başlıklarında ifade etmiştik. TCK m.104 bakımından da görüşümüz, 15-18 yaş aralığındaki çocukları birbirleriyle yahut bir yetişkinle gayri resmi yoldan evlendiren ebeveyn hakkında –103. madde bakımından ileri sürdüğümüz gerekçelerle– iştirak hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Nitekim öğretide de ileri sürülen görüşlere bakıldığında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından mağduru fail ile cinsel ilişki yaşamaya ikna eden veya eylem için yer sağlayan ebeveynin “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün

⁴⁵⁰ Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin 2005/103 E. – 2005/89 K. sayılı iptal kararı öncesinde, 104. maddenin ikinci fıkrasında fail ile mağdur arasındaki yaş farkını dikkate alan bir düzenleme bulunmaktaydı. “*Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 tarihli mezkur kararı ile “Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Kararın tam metni için bkz. AYM, 2005/103 E. – 2005/89 K, K.T.: 23.11.2005, <<https://normkararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (E.T.: 26.08.2020).

Konumuz açısından bakıldığında, mülga hükmün hem failin hem de mağdurun 15-18 yaş aralığında olduğu duruma yönelik bir çözüm getirmediği anlaşılmaktadır. Gerçekten, hüküm 2005 yılında iptal edilmiş olmasına rağmen, 15-18 yaş aralığındaki SSÇ’ler bakımından mevcut durumda bir değişiklik olmamıştır. Söz gelimi 15 yaşındaki bir çocuk ile 17 yaşındaki bir çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girmesi her halükarda 104/1 kapsamında değerlendirileceğinden, iptal edilen ikinci fıkra yürürlükteyken de mümkündü; halihazırda da mümkündür. Buna karşılık, fail ile mağdur arasındaki azami üç yıllık yaş farkının bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesi, 15-18 yaş grubu SSÇ’ler ile yetişkin failer arasındaki düşünsel, gelişimsel ve amaçsal farklılıkların yarattığı eşitsizliği giderecektir. Dolayısıyla öneri, bu yönüyle Anayasanın 10/3. maddesine de uygundur.

Son olarak, bu konudaki görüşlerimizin, çalışmamızın Üçüncü Bölümünde TCK’nın 103. maddesini tartışırken değindiğimiz “Akran Cinselliğine İlişkin Özel Bir Düzenleme Gereklidir” başlığında ifade ettiğimiz görüşlerimizle aynı olduğunu belirtelim, (bkz. yuk. s. 133 vd.).

görülmektedir.⁴⁵¹ Uygulamada, başlık parası söz konusu ise ebeveynin *suça yardım* yahut *aslen iştirak* kapsamında sorumlu tutulduğu Yargıtay kararları bulunmaktadır.⁴⁵²

Son olarak, reşit olmayanla cinsel ilişkinin şikayete bağlı bir suç olması nedeniyle asıl fail hakkındaki şikayetten vazgeçilmesi durumunda ebeveynin sorumluluğuna kısaca değinmek istiyoruz. Bilindiği üzere ceza hukukunda şikayet fail değil “fiil” esaslıdır. Bu kabulün doğal sonucu ise *şikayetin bölünmezliği* kuralıdır. Şikayetin esasını oluşturan konunun “fiil” olması nedeniyle, gereği fiili gerçekleştiren failler ve suç ortakları arasında şikayetten vazgeçme noktasında bir ayırım yapılamaz.⁴⁵³

Bu noktada şikayet gibi şikayetten vazgeçme de faile değil fiile yönelik olacağından, vazgeçmenin fiilin işlenişine katılan bütün fail ve şerikleri de kapsayacağı sonucuna varılmalıdır.⁴⁵⁴ Nitekim, TCK’nın 73/5. maddesinde de iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçmenin diğer sanıkları da kapsayacağı belirtilmiştir. Zira şeriklerin cezalandırılma nedeni de suça iştirak iradesiyle katılarak failin hukuka aykırı eylemlerine nedensel değeri de olan hareketlerle destek olmaları ve bu konuda bizzat kusurlu olmalarıdır.⁴⁵⁵ Başka bir ifadeyle, şeriklerin sorumluluğu faile değil fiile olan katkılarından doğmaktadır. Şu halde, mağdurun söz konusu fiil bakımından şikayetinden vazgeçmesinin şikayetin bölünmezliği kuralı gereğince asıl fail ile birlikte suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak etmiş ebeveyn için de sonuç doğuracağını kabul etmek gerekir. Fakat bu durumda mağdur çocuğa şikayetçi olmaması yönünde baskı uygulanma riski

⁴⁵¹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.458; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.386; Karş. KOCA-ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.376; YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.179

⁴⁵² “(Suça sürüklenen çocuk) K...’in anne ve babası olan sanıklar M... ve M...’in başlık parası karşılığında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin 21.12.2012 tarihli raporuna göre suç tarihi itibarıyla on altı yaşı içerisinde bulunan mağdureyi K... ile gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade ettikleri ve bu sürede K... ile mağdurenin bir kaç kez rızaen cinsel ilişkiye girdikleri dosya kapsamından anlaşıldığından, yardım eden sıfatıyla sanıklar M... ile M...’in TCK’nın 104/1, 43/1 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyecek şekilde beraatlerine karar verilmesi...” Yar. 14. CD, 2015/4290 E. – 2015/10517 K., K.T.: 12.11.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 24.08.2020).

⁴⁵³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.701.

⁴⁵⁴ YENİDÜNYA, “Bir Dava Şartı Olarak Şikayet”, <<https://caneryenidunya.com/bir-dava-sarti-olarak-sikayet/>>, (E.T.: 25.09.2020).

⁴⁵⁵ Seydi KAYMAZ, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:16, S.:2, (Y.:2012), s.123.

yüksek olup TCK m.104 kapsamında kalan gayri resmi evliliklerin karanlık sayı olarak kalma ve yaptırıma uğramama tehlikesi söz konusu olacaktır.

D. Yasal Evlilik Yaşı Çelişkisi Giderilmelidir

TMK hükümleri uyarınca erginliğin on sekiz yaşından evvel kazanılması ancak mahkeme kararıyla gerçekleştirilen *kazai rüşt* veya *evlenme yolu* ile mümkündür. Evlenme ehliyeti kural olarak on yedi, olağanüstü bir durum veya önemli bir sebebin varlığı halinde ise hakim izniyle on altı yaşın doldurulması ile kazanılmaktadır. Öğretide aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte, biz de usulüne uygun biçimde ergin kılınmış çocukların bu suçun mağduru olamayacağı görüşünde olduğumuzu ve Yargıtay uygulamasının da aynı doğrultuda olduğunu çalışmamızın İkinci Bölümünde ifade etmiştik. Ancak belirtelim ki, kazai rüşt yaşa değil erginlik kavramına ilişkin bir sonuç doğurduğundan on beş yaşını doldurmuş ve mahkeme kararıyla ergin kılınmış bir çocuk –her ne kadar TCK m.104 kapsamında mağdur sayılamayacak ise de– medeni hukuk çerçevesinde hiçbir surette evlenme ehliyeti kazanmamaktadır.⁴⁵⁶ Başka bir ifadeyle, TMK m.124 ile belirlenmiş yasal evlenme yaşının altındaki kişilerin evlenmesi –kazai rüştle ergin kılınmış olsun veya olmasın– mümkün değildir.

Evlenme yoluyla erginlik pek tabii TMK hükümleri çerçevesinde yapılmış resmi evlilik vasıtasıyla kazanılmaktadır. TCK m.104’ün reşitlik kavramı üzerine kurulması nedeniyle, resmi nikahlı çocuğun bu suç bakımından mağdur sıfatını haiz olmadığı gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Buna karşın, evlenme yaşına erişmemiş çocuklarla gayri resmi yoldan yapılan evlilikler medeni hukuk uyarınca yok hükmünde olduğundan gerçek bir evliliğin sonuçlarını doğurmayacak ve haliyle evlenme yoluyla erginliğin kazanılması da söz konusu olmayacaktır. Şu halde, resmi nikah gerçekleşene dek “fiili birliktelik”ten öteye gidemeyecek bu evliliğin taraflardan biri veya her ikisi on beş yaşını doldurmuş ve fakat evlenme ehliyeti için gerekli yaşa erişmemişse, bu kişilerin TCK m.104 kapsamında mağdur sıfatını haiz olmasına engel yoktur. Gerçi çocukların büyük oranda aile onayıyla fiili birlikteliğe yönlendirildiği düşünüldüğünde, kendi rızası da söz konusu ise çoğu zaman şikayet hakkının kullanılması söz konusu olmamaktadır. Ancak, özellikle lise çağındaki kız

⁴⁵⁶ Mehmet ERDEM, *Aile Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), s.53; İhsan ERDOĞAN-A. Dilşad KESKİN, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), s.241.

çocuklarının bilinçsizlikle veya aile baskısından kurtulmak için yaşları tutmadığı halde gayri resmi yolla evlilik hayatı yaşadığı bazı durumlarda, “ortada bırakıldığı” düşüncesiyle veya bir kavga sonucunda şikayet hakkının kullanılması ihtimal dahilindedir.⁴⁵⁷

Madde metni kapsamında ilk bakışta resmi nikahla evli çocuklar bakımından TCK m.104 suçunun gündeme gelmeyeceği ve sorunun yalnızca gayri resmi yoldan evlenmiş çocuklara ilişkin olduğu düşünülebilir. Ancak bu durumda, şöyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır: Söz gelimi on altı yaşındaki kız çocuğu (A)’nın on yedi yaşındaki (B) ile gayri resmi evlenerek rızaya dayalı cinsel ilişki gerçekleştirdiği varsayıldığında, gayri resmi bu evlilik erginlik sonucunu doğurmayacağından (A)’nın TCK m.104 kapsamında şikayet hakkı korunmaya devam edecektir. Aynı (A) ile (B)’nin resmi nikahla evlendiği varsayımında ise, TMK uyarınca evlenme yoluyla ergin kılınan (A)’nın artık 104. madde kapsamında şikayet hakkı bulunmadığını kabul etmek gerekecektir.

Konuya ilişkin bir başka çelişki, çocuğun erken yaşta evlenerek cinsel ilişkiye girmesi 104. madde kapsamında bir sorun teşkil etmezken aynı çocuğun evlenmeden

⁴⁵⁷ BEYAZIT, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, s.307-308; AKDAĞ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s.173; “Mağdurenin aşamalarındaki beyanları, sanık savunmaları ve tüm dosya içeriğine göre, sanık ile mağdurenin ailelerinin de izniyle düğün yaparak gayri resmi olarak evlendikleri, mağdurenin yaklaşık 6 ay boyunca kendi isteğiyle sanıkla birlikte yaşadığı, aralarındaki geçimsizlik nedeniyle sanığın mağdureyi getirip babasının evine bıraktığı, mağdurenin de kendisiyle cinsel ilişkiye girdiğinden bahisle Cumhuriyet Savcılığına dilekçe ile başvurarak sanıktan şikâyetçi olması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın kendisine zorla cinsel istismarda bulunduğu ilişkin müraعاتını 6 ay sonra yapması, aralarında sonradan oluşan geçimsizlik nedeniyle husumet bulunması, sanığın aksi kanıtlamayan cinsel ilişkinin rıza ile gerçekleştiğine dair aşamalarındaki savunmaları karşısında, cebir ve tehditle mağdureye cinsel istismarda bulunduğu ilişkin sübuta yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmayan sanığın eyleminin TCK’nın 104. maddesi kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yar. 14. CD, 20131/613 E. – 2014/11301 K, K.T.: 20.10.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 24.08.2020); “Tüm dosya içeriğinden, mağdurenin eylemden yaklaşık iki ay sonra düşük doğum yapması üzerine ailesi tarafından olayın öğrenilmesinin ardından, mağdure ile suça sürüklenen çocuğun ailelerinin anlaşması üzerine nişanlandıkları fakat sonradan ortaya çıkan anlaşmazlıklar neticesinde mağdurenin suça sürüklenen çocuğun, iradesi dışında ırzına geçtiği iddiasıyla şikâyetle bulunduğu ve suça sürüklenen çocuğun eylemini mağdurenin içtiği koladan sonra kendinden geçmesinden faydalanarak gerçekleştirdiğine dair soyut beyanlar dışında dosyada delil bulunmadığı anlaşıldığından, mevcut haliyle eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104. Maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, söz konusu suçun takibinin şikâyete bağlı olup mağdurenin 29.07.2007 günü Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığında vekil huzurunda alınan beyanında şikâyetinden vazgeçtiğini açıkça belirttiği, bu nedenle açılan kamu davasının TCK’nın 73/4 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçeyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması...” Yar. 2015/485 E. – 2015/6518 K., K.T.: 18.05.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 24.08.2020).

bir akranyla cinsel ilişkiye girmesinin neden suç olduğunun anlaşılamamasıdır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, söz gelimi on yedi yaşındaki kız çocuğu (C) ile otuz yaşındaki (D)’nin resmi nikahla evlendirildiği varsayımında, TMK hükümleri uyarınca evlenerek ergin kılınması nedeniyle (C)’nin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan şikayet hakkı bulunmamakta ve eylem ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır. Buna karşın aynı (C)’nin evli olmadığı ve sınıf arkadaşı olan on yedi yaşındaki akranı (E) ile rızaen cinsel ilişkiye girdiği varsayımında, hem (C)’nin hem veli veya vasisinin şikayette bulunması halinde eylem yargılamaya konu olmaktadır.

Dikkat edilirse her iki örnekte gösterilen varsayımlarda eylem aynı eylem, koşullar –resmi nikah haricinde– aynı koşullar ve mağdur –medeni durumu haricinde– aynı mağdurdur. Ancak buna rağmen bir ihtimalde 104. maddenin uygulanması gündeme gelirken bir ihtimalde şikayet hakkının yokluğundan bahisle yargılama yapılmaması söz konusudur. Bu konuda dikkat çekmek istediğimiz çelişki ise şudur: Şayet kanun koyucunun 104. maddeyi ihdas etmekteki amacı çocukları erken cinsel deneyimden korumaksa, erken cinsel deneyimin çocuğun cinsel gelişimine vereceği zarar çocuğun medeni durumuyla ne ölçüde bağlantılıdır? Yahut çocuktan yaş ve deneyim olarak çok ileride olan biriyle sırf “eş” sıfatına sahip diye gerçekleşmesi meşru sayılan cinsel ilişki, çocuğun psikolojisi için sırf merak veya ergenliğin etkisiyle kendisi gibi deneyimsiz bir akranyla yaşadığı ilişkiden daha mı az zararlıdır? Evlenmek, aynı zamanda cinsel anlamda da ergin olmak mıdır? Erginlik cinsel olgunluk için yeterli bir ölçüt müdür?

Öte yandan, bu durumun mağdurlar bakımından olduğu kadar failer bakımından da eşitsizliğe yol açtığı kuşkusuzdur. Yukarıdaki örnekler üzerinden gidecek olursak, söz gelimi (C) ile cinsel ilişkiye giren otuz yaşındaki fail (D) resmi nikahlı “eş” sıfatıyla yargılamadan kurtulabilecekken, on yedi yaşındaki SSÇ (E)’nin şikayet halinde bu suçtan soruşturma ve kovuşturmayaya tabi tutulması kaçınılmaz olacaktır.

Kanımızca, 104. madde bu haliyle çocuğu erken cinsel deneyimden değil “evlilik öncesi cinsel birliktelikten” korumayı amaçlamaktadır. Ancak “çocuk evli değilse cinsel ilişkiye hazır değildir, ama evliyse cinsel ilişkiye de hazırdır” şeklinde bir düşünce, *çocuğun cinsel gelişimini sağlıklı bir şekilde sürdürmesi* amacıyla bağdaşmaz. Kanun koyucu belli bir yaşa erişmiş çocukların cinsel ilişkiye taraf olmasını bir sorun olarak görmüş ve bu yaşı “reşitlik” ölçütüyle azami düzeyde

yükseltmek istemiş ise de TMK hükümleri kapsamında erginlik yaşının evlenme yolu ile on altıya kadar inebilmesi mümkünken bu amacın ne kadar sağlanabildiği tartışmalıdır. Bu mantık, çocukların cinsel ilişkiye taraf olmasını önlemek şöyle dursun, bilakis bu deneyimden bir şekilde haberdar olan ailelerin “namus temizleme” düşüncesiyle bir an evvel resmi veya gayri resmi yollardan çocukların “başını bağlama” yoluna başvurmasına zemin hazırlamaktadır.

Bu nedenle gerek TCK m.104 bakımından gerekse toplumsal anlamda büyük sorunlara yol açan çocuk evlilikleri sorununa yönelik en etkili ve doğru düzenleme, TMK hükümleri çerçevesinde evlenme yaşını herhangi bir istisna tanımaksızın on sekize yükseltilmesi olmalıdır.⁴⁵⁸ Bu durumda, şayet kanun koyucunun amacı çocukları ergin olana dek cinsel ilişkiden uzak tutmak ise bu amaç sağlanmış olacak, aynı zamanda 104. madde uygulamasındaki eşitsizlik hem fail hem mağdur açısından giderilmiş olacaktır.

III. CİNSEL TACİZ SUÇU BAKIMINDAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Cinsel taciz suçunda failin ve/veya mağdurun bir çocuk olabileceğini çalışmamızın İkinci Bölümde yer alan açıklamalarımızda ifade etmiştik. Suçun çocuklara karşı işlenmesi aynı zamanda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haldir. Ne var ki mağdurun çocuk olması halinde hükmedilen ceza miktarının artması, failin de mağdur gibi bir çocuk olduğu durumlarda her somut olay bakımından titizlikle değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında olduğu kadar sık rastlanmamasına karşın, SSÇ’ler cinsel taciz suçu bakımından da gerek uygulama gerekse mevcut yasal düzenlemelerden kaynaklanan birtakım sorunlar yaşama tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu kapsamda SSÇ’lerin karşılaşılabileceği en önemli sorun, özel kastın varlığı aranmasına rağmen cinsel taciz olarak kabul edilen davranışların kapsamının oldukça geniş tutulması nedeniyle, özünde cinsel amaç taşımayan birtakım davranışların⁴⁵⁹ uygulamada 105. madde kapsamında

⁴⁵⁸ Aynı yönde ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.380.

⁴⁵⁹ Bu konuda Yargıtay’ın failin reddedilmesine karşın mağdura birden çok kez arkadaşlık teklifinde bulunması, çiçek vermesi gibi eylemleri TCK m.105 kapsamında değerlendirdiği kararlar

değerlendirilmesidir. Bu durumun yetişkin failer bakımından dahi sıkıntı yarattığı düşünülrse, muhakeme yetenekleri yeterince gelişmemiş çocuklar bakımından evleviyetle sıkıntı yaratabileceği ortadadır.

İkinci husus, SSC’nin gelişim evreleri ve içinde bulunduğu dönemin etkisiyle hata yapmaya açık olduğu hususunun tıpkı diğler cinsel suç düzenlemelerinde olduğu gibi 105. madde bakımından da göz ardı edilmiş olmasıdır. Bilindiğı üzere, ergenlik dönemine girmiş ve/veya girmek üzere olan çocukların karşı cinslerine yönelik ilgileri ve buna bağılı olarak iletişim kurma isteklerinin arttığı birçok bilimsel çalışmalarla saptanmış bir gerçektir. Bununla birlikte, çocukların medya, televizyon, internet gibi birçok kanalın etkisine maruz kaldığı, burada görüp öğrendiğı birtakım davranışları doğru olduğu düşüncesiyle sosyal ve ikili ilişkilerinde uygulama eğilimi içinde olduğu da bilinmektedir. Bu noktada SSC’nin, bilhassa dizi ve filmlerde görüp etkilendiğı “asla pes etmeyen aşık”, “kendine güvenen aşık” imajı çizen rol ve tiplerle kendini özdeşleştirerek, onlar gibi hareket ederse aynı sonuçları alabileceğı düşüncesiyle reddedilse dahi birtakım ısrarcı hareketler içerisine girmesi de olasıdır. Kimi durumlarda cinsel taciz niteliğindeki davranış, SSC’nin kendisinin de cinsel anlamda örselenmesinin etkisiyle ortaya çıkabilir. Söz gelimi, küçük yaşta müstehcen yayınlara maruz bırakılmış bir çocuk, gördüklerinin normal olduğu ve kendi cinsel organını da başkasına gösterebileceğı düşüncesiyle yanlış davranışlar içerisine girebilir veya bunu bir güçlölük gösterisi gibi algılayabilir. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, söz konusu davranışların yanlışlığı muhakkak olmakla birlikte, çocuğa bu tip davranışların yanlışlığı öğretilmeden doğrudan cezalandırma yoluna gitmenin ne derece etkili olduğudur.

bulunmaktadır: “*sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde arkadaşlık kurmak istediğı katılanın olumsuz yanıt vermesi üzerine ısrarlı şekilde arkadaşlık teklifini yinelemek, çiçek ve kolye vermeye çalışmak ve başkasına yar etmeyeceğini söylemek suretiyle taciz ettiğı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, atılı suçtan dolayı eylemine uyan TCK’nın 105/1, 43/1. maddeleri gereğince mahkûmiyeti yerine oluşturma uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...*” Yar. 14. CD, 2013/11172 E. – 2015/7646 K., K.T.: 24.06.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 05.09.2020). Kanaatimizce salt arkadaşlık teklifi, hediye veya çiçek vermeye çalışma gibi davranışların, mağdur bakımından rahatsız edici boyuta ulaşmış olsa dahi cinsel nitelikli ve ahlak temizliğine aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumda cinsel taciz değil, koşulları varsa TCK m.123 hükümlerinin uygulanmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Aksi yönde bir kabul, sosyal ve medeni toplum kuralları çerçevesinde iletişim kurulmasını imkansız hale getirecektir.

A. Suça Sürüklenen Çocuk Hakkında Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Hata Hükümlerinin Uygulanabilirliği Araştırılmalıdır

Cinsel özgürlüğün kural olarak serbestçe tasarruf edilebilir bir alan olması nedeniyle kanun koyucu, cinsel suçlar bakımından rıza açıklamalarına kural olarak bir değer atfetmiştir. Nitekim, cinsel taciz suçuna ilişkin 105. madde hükmüne bakıldığında rızaya suçun bir unsuru olarak yer verilmemesinden, bu madde kapsamına giren eylemler bakımından rızanın tipikliğe değil hukuka aykırılığa etki ettiği ve dolayısıyla geçerli rıza beyanının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı anlaşılmaktadır.⁴⁶⁰ Başka bir ifadeyle, rıza açıklamaya ehil kişilerin cinsel taciz eylemlerine gösterdikleri rıza TCK m.26/2 kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluşturacak ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.⁴⁶¹

Buna karşılık rızanın bulunduğu ancak hukuken geçerli olmadığı durumlarda, SSÇ bakımından TCK m.30 doğrultusunda hata hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu gündeme gelmektedir. Söz gelimi, 14 yaşındaki (A) ile 15 yaşındaki SSÇ (B)'nin birbirlerine cinsel içerikli mesajlar gönderdikleri ve bu konuşmayı karşılıklı rızayla bir süre sürdürdükleri varsayımında, şikayet halinde (B)'nin TCK m.105 kapsamında yargılanma ihtimali söz konusu olacaktır. Üstelik hukuken geçerli bir rızadan söz edilemeyeceğinden TCK m.26/2 hükmünün uygulanması da mümkün görünmemektedir.

Bu ihtimalde açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus TCK 103. ve 104. madde hükümlerini incelerken ifade ettiğimiz gibi, fail ile mağdurun net bir biçimde belirlenmesi sorunudur. Gerçekten, karşılıklı ancak hukuken geçersiz rızaya dayanarak gerçekleştirilen cinsel davranışlarda failin belirlenmesi noktasındaki zorluk cinsel taciz suçu bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Zira bir tarafın başlattığı ve karşı tarafın da benzer nitelikte cevap verdiği cinsel taciz eylemlerinde ihlal tek taraflı değildir; mağdur ile SSÇ birbirlerinin cinsel alanlarını karşılıklı olarak ihlal etmektedir. Şu halde söz konusu eylem bakımından SSÇ'nin de şikayet hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir ki bu durum tıpkı 104. maddede olduğu gibi her iki tarafın da yargılanıp cezalandırılması gibi garip bir duruma yol açabilecektir. Böyle

⁴⁶⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s.471.

⁴⁶¹ AKBULUT, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği*”, s.285; Yar. CGK, 2017/668 E. – 2020/141 K., K.T.: 27.02.2020, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (E.T.: 07.09.2020).

bir uygulamada ise ne derece hukuki yarar bulunduğu tartışmalıdır. Bu noktada tekrara düşmemek adına önceki başlıklarda yaptığımız açıklamaları hatırlatmakla yetiniyoruz.⁴⁶²

Bu noktada, on sekiz yaşından küçüklerin cinsel taciz eylemine ilişkin rıza beyanlarının suça etkisine kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Cinsel taciz suçunda rızanın tipikliğinin bir unsuru olarak yer almadığını ve dolayısıyla bu suç bakımından rızanın TCK m.26/2 kapsamında hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını yukarıdaki açıklamalarımızda ifade etmiştik. Fakat on sekiz yaşını tamamlamış çocukların rıza beyanlarına ne ölçüde itibar edilebileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışmamızın İkinci Bölümünde ilgili suç tiplerine ait başlıklarda ayrıntılı biçimde incelediğimiz üzere TCK'nın 103. ve 104. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda on beş yaşını tamamlamış ve algılama yetenekleri gelişmiş bulunan çocukların cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlara rıza gösterebilecekleri anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, iradeleri herhangi bir şekilde sakatlanmamış olmak kaydıyla on beş yaşından büyük kimselerin –cinsel ilişki boyutuna varmayan– eyleme ilişkin rızaları hukuken geçerli olacaktır.⁴⁶³ Şu halde, on beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneğinde herhangi bir sorun bulunmayan çocukların cinsel taciz niteliğindeki davranışlara gösterecekleri rıza da TCK m.26/2 kapsamında bir hukuka uygunluk nedenidir ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.⁴⁶⁴ On beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ise temassız yahut temassız hiçbir cinsel davranışa ilişkin rıza beyanına itibar edilemeyeceği kabul edilmektedir.

Şu halde yukarıda bahsettiğimiz örnekteki ihtimalde, on beş yaşını tamamlamamış mağdur (A)'nın cinsel taciz davranışına yönelik rıza beyanı yaş tahdidi

⁴⁶² Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. yuk., “Akran Cinselliğine İlişkin Özel Bir Düzenleme Gereklidir”, s.133 vd.; bkz. yuk. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s.148 vd.

⁴⁶³ Özge SİRMA, “Türk Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası”, s.188.

⁴⁶⁴ “Sanığın temyiz dilekçesine eklediği fotoğrafın mağdureye ait olup olmadığı ve yine dilekçe ekindeki mektupların mağdure tarafından yazılıp yazılmadığı sorulup, inkâr halinde aidiyeti araştırılarak, mağdureye ait olduğu anlaşılırsa, mağdurenin onaylı nüfus kağıdı celp edilip, on beş yaşından büyük olması halinde kendi fotoğrafını sanığa veren, sevdiğini belirten mektuplar yazan ve sanığı eve alan mağdurenin, kardeşi tarafından görülmesi ve babasının şikayetinden sonra şikayetçi olma durumunda kaldığı nazara alınarak, sarkıntılık olarak kabul edilen sanığın mektup yazma eylemlerinin, mağdurenin rızası dâhilinde gerçekleştiği, suç oluşturmayaacağı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yar. 5. CD, 7536/4974, K.T.: 13.10.2003, akt. Leyla ÇAKICI GERÇEK, “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, s.65-66.

nedeniyle geçerli kabul edilemeyecek ve somut olayda TCK m.26/2 uygulama alanı bulamayacaktır. Buna karşın SSÇ bakımından sorun yaratan husus, mağdurun gösterdiği rızanın geçerli olduğu zannıyla eylemini sürdürüyor olmasıdır. Burada SSÇ'nin bu yanılığının mağdurun yaşına değil, TCK m.26/2 kapsamında rıza ehliyetinin var olup olmadığına ilişkin olduğunu özellikle belirtmek istiyoruz. SSÇ'nin mağdurun yaşı veya rızası olup olmadığı konusunda herhangi bir yanılığı yoktur; tüm bunlardan bağımsız olarak mağdurun gösterdiği rızanın geçerli olduğu noktasında hataya düşmektedir. Başka bir ifadeyle, SSÇ mağdurun rızasının olduğunu görerek cinsel taciz niteliğindeki davranışı sürdürmekte ve fakat bu rızanın hukuken geçerli olmadığını bilmemekte, gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk sebebini var zannetmektedir. Bu durumda, somut olayın özelliklerine göre TCK'nın ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hallerin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kimsenin bu hatasından yararlandırılacağı yönündeki 30/3. maddesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilmeli ve koşulları mevcutsa bu hatasından istifade etmelidir.⁴⁶⁵

Buradaki önemli nokta, düşülen yanılığın kaçınılmaz olup olmadığını tespit etmek olacaktır. İçine düşülen hatanın kaçınılabılır olup olmadığı bizzat failin içinde bulunduğu şartlar dikkate alınarak belirlenmelidir.⁴⁶⁶ Kanaatimizce, her durumda somut olayın özelliklerini dikkate almakla birlikte, TCK'nın 30/3. maddesinde öngörülen hata halinin SSÇ bakımından çoğu durumda kaçınılmaz olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Gerçekten, genel hayat deneyimi ve bilgi düzeyi bir yetişkinle kıyaslanamayacak derecede az olan bir çocuktan “rıza ehliyeti” kavramını düşünebilmesi ve “on beş yaşından küçüklerin rıza ehliyetinin bulunmadığı” gibi bir hukuki bilgiyi bütün unsurlarıyla bilebilmesini beklemek hayatın olağan akışıyla bağdaşmaz. Somut olayda hukuka uygunluk sebebi var zannederek ve buna güvenerek eylemini sürdüren SSÇ'nin yaşı ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği de değerlendirilerek kaçınılmaz bir yanılığa düşüp düşmediği her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmeli, şayet kaçınılmaz yanılığın hali söz konusu ise SSÇ TCK m.30/3 çerçevesinde bu hatasından faydalandırılmalıdır.

⁴⁶⁵ Olgun DEĞİRMENCİ, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB Dergisi, S.:110, (Y.:2014), s.174.

⁴⁶⁶ M. Reşat KOPARAN, “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler” TBB Dergisi, S.:64, (Y.:2006), s.357.

Hata hükümlerine ilişkin olarak değinmek istediğimiz ikinci husus, somut olay bakımından SSÇ'nin TCK m.30/4 kapsamında haksızlık yanılığı içinde olup olmadığının araştırılmasıdır.

Çalışmamızın önceki başlıklarında, yaş küçüklüğünün haksızlık bilincini etkileyen bir sebep olarak TCK'da kabul edildiğini belirtmiş; çocuğun suç ve ceza kavramlarını bir yetişkin gibi algılayamadığı, bu sebeple çoğu zaman işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeden hareket ettiği üzerinde durmuştuk. Bu noktada kusur yeteneğiyle doğrudan ilişkili bir unsur olan haksızlık bilinci, büyük oranda yaş küçüklüğüne bağlı olmakla birlikte kişinin içinde bulunduğu yaşam koşulları, bilgi düzeyi, aldığı eğitim ile içinde bulunduğu aile, sosyal ve kültürel çevre koşullarıyla da bağlantılıdır. Bütün bu etkenler, henüz eğitime ve yetiştirme çağındaki bir çocuğun haksızlık bilincinin oluşmasında bilhassa belirleyicidir. Bu anlamda, haksızlık yanılığının kaçınılabilir olup olmadığı belirlenirken, tüm bu unsurlar çerçevesinde failin davranışın hukuka aykırılığını idrak edip edemeyeceği sorgulanır. Başka bir ifadeyle, normun anlam ve içeriğini kavrama bakımından failin zihnindeki düşünsel sürecin araştırılması ve failin düşünsel anlamda norma yakınlığının belirlenmesi söz konusudur.⁴⁶⁷ Bu yakınlık, SSÇ'nin ihlal ettiği norma ilişkin haksızlık bilincini doğrudan etkileyeceğinden haksızlık yanılığısındaki kaçınılmazlığı da muhakkak etkileyeceği düşüncesindeyiz.

Özetle bu noktadaki önerimiz, cinsel taciz suçu bakımından kusur yeteneği bulunup bulunmadığı incelenirken salt yaş küçüklüğü değil, SSÇ'nin maruz kaldığı diğer şartların suç bilincine olan etkisi de dikkate alınması, bu anlamda çocuğun birtakım kompleks etkenlerle suç davranışına sürüklendiği dikkate alınarak TCK m.30/4 kapsamında hata hükümlerinin daha aktif bir şekilde uygulanmasıdır. Onarıcı bir çocuk ceza adaleti sisteminde kademeli yaptırım esastır. Bu çerçevede, kanunla ihtilafa düşen bir çocuğun daha ilk etapta ciddi bir yargılama süreci ile ciddi bir ceza tehdidi altında tutulması, cezalandırmanın son çare olması ilkesiyle bağdaşmaz. Yargısal süreçle karşı karşıya kalan bir SSÇ'nin bütün sıfatlardan önce bir "çocuk" olduğu, hürriyeti bağlayıcı cezanın tüm ulusal ve uluslararası belgelerde en son çare olarak düzenlendiği hatırd tutulmalı; bu kapsamda suç teşkil eden davranışın yanlışlığı ilk etapta çocuğa özgü alternatif hükümlere başvurularak kavratılmalıdır.

⁴⁶⁷ Neslihan GÖKTÜRK, *"Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi"*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), s.149.

Çocukların bilhassa cinsel taciz suçu bakımından çoğu zaman deneyimsizlik, bilgisizlik veya yanlış bilgi ve inançlar nedeniyle kanunla ihtilaf haline düştüğü dikkate alındığında, çocuklara özgü yeni yasal düzenlemeler kabul edilene kadar TCK'nın 30. maddesinde yer alan hata hükümleri onarıcı çocuk ceza adaletine uygun bir alternatif olabilecek niteliktedir.

B. Suçun Failinin Çocuk Olmasına Özgü Ceza Alt ve Üst Sınırı Değişikliği Yapılmalıdır

Cinsel taciz suçunda SSÇ'ler bakımından göze çarpan ilk sorun, suçun bir çocuk tarafından işlenmesi ihtimaline özgü bir düzenlemenin yer almıyor olmasıdır. Gerçekten, TCK m.103/1'de düzenlenen sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar suçunun bir çocuk tarafından işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olacağı düzenlenmekteyken, cinsel taciz suçu bakımından SSÇ'ye özgü bir hüküm öngörülmemiştir.

Kanun koyucunun bedensel temas da aradığı TCK m.103/1 bakımından, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis gerektiren bu durum için SSÇ bakımından öngördüğü istisna, çocukların doğru ile yanlış ayırma yetilerinin henüz yeterince gelişmediği düşünülürse, yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte, SSÇ bakımından m.103/1'dekine benzer bir istisnanın, bedensel temas içermemesi nedeniyle haksızlık içeriği sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismardan nispeten daha az olan cinsel taciz suçu için de öngörülmesi düşünülebilir.

Gerçi suçun takibi açısından baktığımızda her iki suç bakımından da SSÇ tarafından işlenen eylemin şikayete tabi olduğu görülmektedir. Bu durumda çocuk tarafından çocuğa karşı işlenen basit cinsel tacizin tüm failer bakımından şikayete tabi olması ile kural olarak re'sen takip edilen sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismarda sadece SSÇ için şikayet şartı aranmasının birbirini dengelediği ileri sürülebilir. Bu anlamda önerdiğimiz biçimde bir düzenlemenin re'sen soruşturulup kovuşturulan "çocukların cinsel istismarı" suçu için uygun olabileceği ancak takibi halihazırda şikayete bağlı olan cinsel taciz suçu ile uyumlu olmayacağı ilk bakışta düşünülebilir. Bu noktada önerimizin 103/1'de yer alan düzenlemenin olduğu gibi 105. maddeye dahil edilmesi yönünde olmadığını belirtmek isteriz. Bahsettiğimiz yönde bir düzenlemenin, suçun niteliğine uygun düşecek biçimlerde yapılabilmesi kanımızca mümkündür. Sözgelimi, iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel taciz davranışlarında

hükmedilecek cezanın alt ve üst sınırının azaltılması yönünde bir değişiklik cinsel taciz suçunun niteliğine uygun olup bizce uygulanabilir görünmektedir.

Öte yandan, 105. maddenin niteliğine uygun bir başka değişiklik olarak, *suçun SSÇ tarafından işlenmesi halinde ceza yerine bu suça özgü güvenlik tedbirine hükmolunması* da önerilmektedir.⁴⁶⁸ Bizce de bu doğrultuda yapılacak bir değişiklik hem ifade ettiğimiz ihtiyacı giderebilecek hem de cinsel taciz suçunun niteliğine aykırı düşmeyecektir.



⁴⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması ile Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri”, <https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk_istismari_oneriler.pdf>, (E.T: 04.09.2020), s.21.

SONUÇ

Mağdurun çocuk olduğu cinsel suçlar gerek dünyada gerekse ülkemizde ne yazık ki sıkça rastlanan ve son yıllarda giderek artış gösteren bir sorundur. Bu suçların bilinen ve kayıtlara geçen büyük bir kısmında eylemin bir yetişkin tarafından gerçekleştirildiği, başka bir ifadeyle çocuk-yetişkin arasında gerçekleştiği görülmektedir. Bununla birlikte, çocuklar arasında gerçekleşen ve resmi kayıtlara “suç” olarak geçen cinsel eylemler oransal olarak düşük olmaları sebebiyle çoğunlukla dikkat çekmiyor ise de hukuksal düzlemde ciddi sorunlara yol açmaktadır.

Türk Ceza Kanununun Altıncı Bölümünde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar temel olarak 102. maddede “Cinsel Saldırı”, 103. maddede “Çocukların Cinsel İstismarı”, 104. maddede “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” ve son olarak 105. maddede “Cinsel Taciz” olmak üzere dört madde halinde düzenlenmiştir. Bunlardan çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları yalnızca çocuklara karşı işlenebilen mağduru yönüyle özgü suçlardır. Bununla birlikte 6545 sayılı Kanun değişikliği ile cinsel taciz suçunun da çocuklara karşı işlenebileceği kabul edilmiştir. Kısaca hatırlatmak gerekirse;

– Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK 103. maddede, çocukların cinsel rızaları bakımından on beş yaş eksenli bir ayrım benimsemiş; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlasa dahi algılama yetenekleri gelişmemiş çocuklar bakımından herkes ve her türlü cinsel davranış için *varsayılan rızasızlık* kabul edilmiştir. On beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneğinde herhangi bir sorun bulunmayan çocuklar bakımından ise *sınırlı rıza ehliyeti* kabul edilmiş; bu çocukların cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmadığı sürece yalnızca *cinsel ilişki düzeyine varmayan basit cinsel davranışlara rıza gösterebileceği* kabul edilmiştir.

– On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış, algılama yeteneklerinde sorun bulunmayan ve henüz erginliğini elde etmemiş çocukların rıza göstererek cinsel ilişkide bulunmaları halinde ise, TCK’nın 104. maddesinde yer alan şikayete bağlı “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu gündeme gelebilecektir.

– Bedensel temas içermeyen ve TCK m.105 kapsamında “cinsel taciz” olarak nitelendirilen davranışların çocuklara karşı gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun mu yoksa cinsel taciz suçunun mu oluşacağı ise öğretide uzunca bir süre tartışılmış ise de, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği 105. maddede açık bir şekilde hüküm altına alınarak, *çocuğun bedensel temas içermeyen cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi* halinde cinsel taciz suçuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği netlik kazanmıştır.

Özetle, TCK sistematğinde cinsel suç mağdurlarının yaş ve *rıza koşulu* ölçütüne göre sınıflandırıldığı, bu sınıflandırmaya göre çocukların dört cinsel suçtan üçünün mağduru olabileceğini söylemek mümkündür.

Buna karşılık, konuya cinsel suç failleri açısından bakıldığında, failin *yaşı* konusunda dört cinsel suç bakımından da genel hükümler dışında bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Gerçekten, kanundaki –sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunda eylemi gerçekleştiren kimsenin de çocuk olması halinde suçun şikayete bağlı kılınması haricinde– cinsel suç düzenlemelerinin hiçbirinde *suça sürüklenen çocuğa* yönelik bir düzenleme yapılmamış, farklı bir ölçüt benimsenmemiştir. Bu durum, özellikle *çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemler* bakımından uygulamada birtakım sorunlara neden olmuştur ve olmaktadır. Kanaatimizce bu husus, suça sürüklenmiş bir çocuğun henüz çocuk dahi olsa yetişkin failler ile aynı kefedeki görüldüğünü, mağdura ve suça sürüklenen çocuğa aynı pencereden, *çocuk* penceresinden, bakılmadığını düşündürmektedir. Burada TCK m.31 çerçevesinde yaş küçüklüğünün SSÇ lehine ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hallerden sayıldığı ileri sürülebilirse de uygulamadaki mağduriyetler, genel hükümlerin çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemler sorununu çözmekte tek başına yeterli olmadığını ortaya koymaktadır.

Çalışmamızın konusunu çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların oluşturması sebebiyle, biz değerlendirmelerimizi –hem mağdur çocuğa hem de suça sürüklenen çocuğa aynı noktadan bakabilmek adına– yalnızca “Çocukların Cinsel İstismarı”, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” ve “Cinsel Taciz” suçları üzerinden yapmayı uygun gördük. Bu noktada, çalışmanın bütününde yer alan görüş ve önerilerimizin, çalışmamızın en başından beri defaatle belirttiğimiz üzere *çocuklar arasında karşılıklı rıza dahilinde gerçekleşen ancak yasal düzenlemeler*

çerçevesinde cinsel suç olarak nitelendirilen eylemlere yönelik olduğunun bir kez daha altını çizmek istiyoruz.

Bu kapsamda, çalışmamıza ismini veren “*mağduru çocuk olan cinsel suçlarda suça sürüklenen çocuk sorunu*”na ilişkin değerlendirme ve önerilerimizi son olarak maddeler halinde özetlemek istiyoruz:

i. TCK’nın 103. maddesinde yer alan “Çocukların Cinsel İstismarı” suçu bakımından;

– On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yetenekleri yeterince gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışta varsayılan rızasızlığın aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilmiş olması, yetişkinlerin çocuklara karşı gerçekleştirecekleri cinsel istismar eylemleri bakımından isabetli bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, yetişkin failler esas alınarak hazırlanmış bu düzenleme, çocuklar arasında ergenlik döneminin etkisiyle gerçekleştirilen, karşılıklı rızaya dayanan ve yararlanma amacının bulunmadığı cinsel davranışlar bakımından orantısızdır.

Bilhassa erken ergenlik döneminde bulunan on beş yaş altı çocuklar arasındaki birtakım cinsel davranışlar, farklı disiplinlerce çocukların yaşı ve gelişim düzeyi ile uyumlu ve normal görülmektedir. Buna karşın, *akran cinselliği* olarak adlandırılabilen bu davranışlar hukuki düzlemde “suç” olarak nitelendirilebilmektedir.

Bu noktada, Türk Ceza Kanununda “istismar” ile “akran cinselliği” kavramlarını birbirinden ayıran yeni bir yaklaşıma ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. “Akran” kavramının, aralarında azami üç yaşlık fark bulunan çocukları ifade edecek biçimde kullanılması önerilmektedir. Bilimsel ölçütlere göre akran cinselliği olarak kabul edilen davranışlar bakımından TCK’nın 103. maddesine her iki çocuk için özel bir cezasızlık sebebi eklenmelidir. Gerekçe basittir: İlk olarak, sükûterin her ikisinin de çocuk olduğu ve hukuken geçerli sayılmasa da karşılıklı rızanın bulunduğu durumlarda her iki çocuk da birbirinin cinsel alanını ihlal etmekte, böylelikle fail ile mağduru doğru biçimde tespit etmek imkansız hale gelmektedir. Ceza hukukunda failin ve mağdurun birbirine karışması gibi bir durum söz konusu olmamalıdır. İkinci olarak, karşılıklı ihlal sebebiyle her iki çocuğun da kendi eylemlerinden dolayı fail ve mağdur olacağı ileri sürülebilirse de söz konusu kabul,

uluslararası sözleşmeler ile kabul ettiğimiz ve uygulama yükümlülüğü altında bulunduğumuz “çocuğun üstün yararını ve esenliğini gözetme” ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Zira böylesi bir durumda sorunun –cinsel eğitim gibi– alternatif yollarla belki de kökten çözülebilmesi mümkünken, çocukları daha ilk aşamada cezalandırma yoluna gitmekte hukuki yarar yoktur.

– Kanun koyucu çocuklar bakımından şahsi cezasızlık sebebi öngörmeyi tercih etmiyor ise, bu durumda genel hükümler dikkate alınarak somut olayın özellikleri doğrultusunda TCK m.30/4 kapsamında hata hükümlerinin uygulanabilirliği gündeme gelmelidir. Uygulamada, bilhassa *haksızlık yanılığı* kapsamında hata hükümlerine son derece sınırlı olarak başvurulduğu görülmektedir. Ne var ki çocuklarını gayri resmi yollardan evlendiren ebeveynler hakkında dahi çoğu kez *sosyal zorunluluklar çerçevesinde hareket ettikleri ve suç işleme kastının bulunmadığı* gerekçesiyle beraat kararı verilmekteyken, dünya görüşü ve doğru yanlış bilincinin bir yetişkin kadar gelişkin olması beklenemeyecek çocukların gerçekleştirdikleri eylemin her yönüyle bilincinde olduğunu ve bu suç bakımından haksızlık yanılığına düşmediğini varsaymak kanaatimizce adalet duygusunu yaralamaktadır.

– İkinci önerimiz, daha çok ebeveynleri tarafından gayri resmi yollardan birbirleriyle “evlendirilen” çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışlar ile ilgilidir. Bu ihtimalde, yukarıda ele aldığımız akran cinselliğinden farklı olarak, çocukların aile büyüklerinin yönlendirmesiyle suç davranışına yöneltilmesi söz konusudur. Yukarıdaki açıklamalarımızla aynı olan nokta ise, burada da hem mağdurun hem de SSCÇ’nin suç bilinciyle hareket etmemesi, hatta aile büyüklerinin teşvikine dayanarak *doğru bir eylemde bulundukları zannıyla* hareket ediyor olmalarıdır.

Kanaatimizce bu ihtimalde ebeveynin suça iştiraki göz ardı edilmemelidir. Buna karşın uygulamada çoğu zaman *suç işleme kastının bulunmadığı* veya *geleneklerin gerektirdiği zorunluluk çerçevesinde hareket ettikleri* gerekçesiyle ebeveyn hakkında beraat kararı verilmektedir. Türk toplumunun kangren haline gelmiş sorunlarından biri olan çocuk evliliği, niteliği itibarıyla bir tür cinsel istismardır. Küçük yaştaki çocuklara yaşlarıyla orantılı olmayan bir sorumluluk yükleyen bu durum çocukları her açıdan istismar etmektedir. Çocukların çocukluklarını ellerinden alan bu durumun, hukuki düzlemde herhangi bir baskı ve yönlendirme olmaksızın gerçekleşen akran cinselliği ile aynı kefedede tutulması adil değildir.

Haksızlık bilincinin bir çocuktan çok daha ileri seviyede olması beklenen yetişkin ebeveynin, çocukların cinsel istismarını “dini evlilik” adı altında meşru kılma çabası uygulayıcılar tarafından müsamaha ile karşılanmamalıdır. Ebeveyn hakkında iştirak hükümlerinin uygulanmaması eylemin asıl sorumlularının cezasız kalmasına neden olmakta, buna karşın asıl sorumluların teşvikiyle hareket eden SSÇ ve tabii ki mağdur çocuk, uzun yargılama süreçleri ile yıpratılmaktadır. Bize göre, çoğu zaman fikri sorulmayan; sorulsa dahi böylesi önemli bir konuda bilinçli biçimde karar veremeyecek çocukların cezai yaptırımla karşı karşıya bırakılmasında hukuki yarar yoktur. Zira sorunun kaynağı ne SSÇ’dir ne de mağdur çocuğun gösterdiği rızadır. Bu noktada, kendinden yaşça büyük ebeveynin yönlendirmesine güvenerek “doğru bir iş yaptığı” yanılgısıyla hareket eden çocukların kaçınılmaz bir *haksızlık yanılgısı* içinde bulundukları kabul edilmeli ve bu çocuklar TCK m.30/4 çerçevesinde cezalandırılmamalıdır.

– Çocuklar bir tarafa bırakıldığında, sorunun asıl kaynağı çocuk yaşta bir kişinin evlendirilemeyeceği bilincine hala varamamış çocuğu koruma ve gözetme yükümüne aykırı hareket eden ebeveynidir. Dolayısıyla bu ebeveyne cezai sorumluluk yüklenmediği sürece çocuk evlilikleri sorununun çözülebilmesi bir hayalden ibarettir. Bu noktada bizim önerimiz, çocuğun cinsel istismarının farklı bir türü olan çocuk evliliğine göz yuman ebeveyn hakkında uygulanmak üzere TCK’nın 103. maddesinde *“Çocuğun gayri resmi yollarla evlenmesi ve neticesinde cinsel istismara uğraması halinde, gayri resmi birlikteliğe izin veren, imkan ve kolaylık sağlayan, çocuğu teşvik eden veya zorlayan veli veya vasi hakkında da 103. madde hükümleri uygulanır. Gayri resmi birliktelik içinde gerçekleşen cinsel istismarın failinin de çocuk olması halinde hüküm her iki çocuğun velisi veya vasisi hakkında uygulanır.”* şeklinde özel bir sorumluluk halinin düzenlenmesidir. Kanımızca yukarıda izah ettiğimiz gerekçeyle ebeveynin sorumluluğu uygulayıcı tarafından çoğu kez başvurulmayan genel hükümler çerçevesinde bırakılmamalı, *sosyal yaşam koşulları ve toplumsal bakış açısı* gibi gerekçelerle bu kişilerin kusurlu hareketlerine müsamaha gösterilmemelidir.

ii. TCK’nın 104. maddesinde yer alan “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” suçu bakımından;

– Reşit olmayanla cinsel ilişki, içeriği ile madde başlığı arasındaki uyumsuzluk nedeniyle oldukça eleştirilen bir suç tipidir. Bununla birlikte, söz konusu uyumsuzluk ne yazık ki bu suç tipi bakımından tartışma yaratan tek husus değildir. Fail konusunda

madde metninde özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, uygulamada failin yaşı genel hükümler dışında önem arz etmemektedir. Başka bir ifadeyle, suçun failinin yetişkin biri olabileceği gibi tıpkı mağdur gibi 15-18 yaş aralığında bir çocuk da olabileceği kabul edilmekte ve birçok yargı kararında hüküm bu kabul üzerinden verilmektedir. Bununla birlikte, yürürlükteki TCK’da yer almamasına rağmen, 765 sayılı mülga TCK’dan izler taşıyan ve uygulamada halen kabul gören *eril odaklı* cinsel ilişki tanımı, pratikte suçun failinin bizzatı “erkek çocuk” olmasına yol açmaktadır.

Bize göre, 104. madde bakımından kabul edilen cinsel ilişki tanımı güncel dinamikleri karşılayamayacak ölçüde eksiktir. Tek taraflı esastan hareket eden ve karşılıklı eylemin tüm sorumluluğunu tek bir tarafa yükleyen bu tanım, eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

– Bu suç tipiyle alakalı sorun yaratan ikinci husus, suç tipinin –diğer cinsel suçların aksine– *rızanın varlığı* üzerine kurulu olması ve failin yaşı konusunda bir belirleme bulunmamasıdır. Bu durumda, her ikisi de 15-18 yaş aralığında bulunan reşit olmamış iki çocuğun karşılıklı rızayla gerçekleştirdikleri cinsel ilişki, şikayet halinde “aktif taraf” olarak kabul edilen erkek çocuğun 104. madde kapsamında cezalandırılmasıyla sonuçlanmaktadır.

– Kanun koyucunun bu suç tipini ihdas etme amacının, *çocukları ergenlik döneminin etkisiyle sonucunu düşünmeden gerçekleştirecekleri cinsel ilişkilerden uzak tutarak sağlıklı cinsel gelişimlerini korumak* olduğu bilinmektedir. Öte yandan, her ikisi de 15-18 yaş aralığındaki iki çocuğun karşılıklı rızayla cinsel ilişkide bulunduğu varsayımında gözden kaçırılan önemli bir husus vardır: Tarafların *her ikisi* de gelişme çağındadır ve suçla korunan hukuksal yarar iki çocuk bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, cinsel ilişkinin karşılıklı bir eylem olduğu düşünüldüğünde, her iki çocuk da karşılıklı olarak birbirlerinin hukuksal yararını (bu suç bakımından erken cinsel deneyimden korunma hakkını) zedelemiş olacaktır. Bu noktada salt bir fail belirleyebilmek için “aktiflik-pasiflik” veya “ikna eden-ikna edilen” gibi ölçütlere başvurmak da yararsızdır; zira bu ölçütlerin ispatı noktasında belirsizlik söz konusudur. “Her olayda öyle olmuştu, şimdi de öyle olmuştur” düşüncesiyle eylemin ispat edilemeyen hususlarla gerçekleştiği varsayımı ise elbette ki *şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)* ilkesi çerçevesinde mahkumiyete dayanak oluşturmamalıdır.

– Bununla birlikte, tarafı olduğumuz *Çocukların Cinsel Sömürüye ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi* veya kamuoyunda bilinen adıyla *Lanzarote Sözleşmesi*, çocukların cinsel istismar ve cinsel sömürden mutlak biçimde korunması konusunda devletleri her türlü önlemi almakla yükümlü tutmakla birlikte, 18/3. maddesi ile sözleşme hükümlerinin *küçük yaştaki çocuklar arasında karşılıklı rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme amacı bulunmadığını* belirtmektedir. Başka bir ifadeyle, taraf devletlere suç düzenlemesi getirmeme yetkisi tanınan tek istisna, cinsel faaliyetin çocuklar arasında ve rızaya dayalı olarak gerçekleşmiş olmasıdır. Çocukların her türlü önlem alınarak korunması noktasında devletlere tavizsiz bir sorumluluk yükleyen bir sözleşmenin yalnızca bu hususu müstesna etmiş olmasına hukuki bir değer atfetmek gerekir. Kanaatimizce Sözleşmenin bu yaklaşımı, çocukların cezalandırılmasında hukuki yarar bulunmaması, fail ile mağdurun net bir şekilde tespit edilememesi ve cezai yöntemlerin yarardan çok zarar getirebileceği gerekçesine dayanmaktadır.

– Tüm bu gerekçeler doğrultusunda önerimiz, TCK’nın 104. maddesinde Lanzarote Sözleşmesi’nin 18/3. maddesi ile uyumlu biçimde değişikliğe gidilmesidir. Bu değişiklik, kanun maddesine *failin yalnızca on sekiz yaşından büyük kimseler olabileceği* konusunda açık bir hüküm eklenerek yapılabileceği gibi, *cinsel ilişkinin taraflarının her ikisi de 15-18 yaş aralığındaki çocuklar olması ve rızanın varlığı halinde 104. madde hükümlerinin uygulanmayacağı* belirtilmek suretiyle de yapılabilir.

– Şayet kanun koyucu bu suç tipini gerekli görüyor ve bu yönde bir düzenlemeyi tercih etmiyor ise bu durumda “aktiflik-pasiflik” durumu yahut “ikna eden-ikna edilen” gibi tek yönlü ve yetersiz ölçütlerle bir fail belirlemektense, klasik anlayıştan uzaklaşarak çocuklar arasındaki yaş farkının derecesi, çocukların gelişim aşamaları ile eylemin anlam ve sonuçlarını algılama yetenekleri, eylemin oluş ve gerçekleşme biçimi gibi unsurların bir bütün halinde titizlikle inceleyerek TCK’nın genel hükümleri çerçevesinde 30/4. maddede yer alan *haksızlık yanılgısı* şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu husus, bilhassa her ikisi de 15-18 yaş aralığında olan ancak yasal yaşa ulaşmamaları nedeniyle aileleri tarafından gayri resmi yollardan birbirleriyle evlendirilen çocuklar bakımından önem arz etmektedir. Önerimiz, somut olayın koşulları doğrultusunda akran cinselliği bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, SSÇ’nin mağdurun on sekiz yaşından büyük olduğu yahut cinsel ilişkiye rıza

gösterdiği zannı ile hareket etmesi halinde, somut olayın özellikleri doğrultusunda TCK m.30/1 hükmünün uygulanması da gündeme gelebilmelidir.

– 15-18 yaş aralığındaki bir çocukla rızasıyla dahi olsa cinsel ilişkide bulunmak suç sayılmışken, TMK kapsamında yasal evlilik yaşının on yedi olarak belirlenmiş olması bir çelişki yaratmaktadır. Gerçi öğretilerdeki ağırlıklı görüş ve uygulama, on sekiz yaşını tamamlamamış olsa dahi resmi nikahla evli bulunan çocuğun TMK m.11/2 hükmü doğrultusunda artık reşit olduğu gerekçesiyle bu suçun mağduru olamayacağını kabul etmektedir. Salt lafzi açıdan bakıldığında bu yorum türü kabul edilebilir olmakla birlikte, aralarında *medeni durum* haricinde hiçbir fark bulunmayan çocuklara karşı gerçekleştirilen aynı eylemin bir grup için suç olup diğeri için suç olmaması kanaatimizce Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde eşitlik ilkesine uygun düşmemektedir. Benzer şekilde çocuk evliliği içinde gerçekleşen cinsel ilişkide fail yalnızca resmi olarak evli olduğu için fail dahi olamazken, iki çocuk arasında aynı koşullarda gerçekleştirilen cinsel ilişki ise çocukların yalnızca resmi olarak evli olmamaları yine Anayasanın 10. maddesi uyarınca eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Suçun faili ya da mağduru olma veya olmama durumu salt medeni duruma bağlı kılınmamalıdır; zira bu suç bakımından korunan hukuksal yarar medeni durum değil *çocuğun kendisidir*.

Bu kapsamda, TMK'nın 124. maddesi ile TCK'nın 104. maddesi arasında amaçsal bir çelişki olduğu görülmektedir. Şayet reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ihdasındaki amaç çocuğun erken cinsel deneyimden korunması ise, yasal erginlik yaşına ulaşmamış bir çocuğun evlendirilmesi de onun erken yaşta cinsellikle tanışmasına neden olmakta ve kanun koyucunun maddeyi ihdas amacını zedelemektedir. Şu halde, TMK hükümleri kapsamında evlenme yaşının hiçbir istisna tanınmaksızın on sekize yükseltilmesi bu hususta yapılacak en etkili düzenleme olacaktır. Böylelikle TCK m.104 bakımından başlık ve içerik arasındaki uyumsuzluk da dolaylı yoldan giderilmiş olacaktır.

– Bu suçla ilgili olarak yine TMK m.124 ile bağlantılı bir sorun, on beş yaşını tamamlamış olan iki çocuktan biri veya her ikisi TMK m.124 kapsamında yasal evlilik yaşına henüz erişmediği halde, aileleri tarafından düğün veya dini tören gibi *gayri resmi usullerle* fiili evlilik hayatına yönlendirilmeleri neticesinde mağdur ile SSC'nin gerçek bir evlilik yaşadıkları zannıyla cinsel ilişkide bulunmalarıdır.

Bu varsayımda her iki çocuğun da ebeveyni reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına *yardım etme* suretiyle katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla bu suçtan dolayı SSÇ hakkında şikayet şartının gerçekleşmesi ile soruşturma ve kovuşturma sürecinin başlaması halinde hem mağdurun hem SSÇ'nin ebeveyninin de TCK genel hükümler çerçevesinde suça iştirakten sorumlu tutulması gerekir. Uygulamada Yargıtay, bu tür “fiili evlilikler” bakımından başlık parası da söz konusu ise anne veya babanın *aslen iştirak* yahut *suça yardım* kapsamında sorumluluğuna gittiği görülmektedir. Ancak başlık parasının bulunmadığı durumlarda da bu uygulamanın yerleşmesi, çocuk evliliklerinin önlenmesi konusunda etkili olacaktır.

Bununla birlikte, SSÇ hakkındaki şikayetten vazgeçilmesi halinde, şikayetten vazgeçme yönünden fail ve suç ortakları arasında bir ayrım yapılamayacağından, vazgeçmeden suça iştiraki bulunan ebeveynin de yararlanabileceği sonucuna varılmaktadır. Fakat bu durumda da mağdur çocuğa şikayetçi olmaması yönünde baskı uygulanma riski yüksek olup TCK m.104 kapsamında kalan gayri resmi evliliklerin karanlık sayı olarak kalma ve yaptırıma uğramama tehlikesi söz konusu olacaktır.

– Fail konumundaki SSÇ bakımından ise aile baskısı, yönlendirmesi veya teşviki gibi etkenler doğrultusunda ve eylemin yasal olduğu düşüncesiyle hareket ettiği gözetilerek, evvelce de açıkladığımız gerekçelerle TCK m.30/4 çerçevesinde *haksızlık yanılığısı* şartlarının oluştuğu gözetilmelidir. Bu noktada suça iştirakten sorumlu tutulan ebeveyn ise TCK m.30 kapsamında hata hükümlerinden faydalandırılmamalıdır.

iii. TCK'nın 105. maddesinde yer alan “Cinsel Taciz” suçu bakımından;

– 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde, çocuklara karşı bedensel temas bulunmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel taciz olarak mı yoksa çocukların cinsel istismarı olarak mı değerlendirileceği hususu tartışmalara yol açmıştı. Öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte yerleşik Yargıtay içtihatları cinsel davranışın kime karşı gerçekleştiğine bakılmaksızın bedensel temas ölçütünden hareket etmekte ve çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru olabileceği yönünde şekillenmişti. 6545 sayılı Kanun değişikliği yerleşik uygulamaya yasal zemin kazandırmış ve böylelikle bedensel temas içermeyen cinsel davranışların TCK m.105 kapsamında değerlendirileceği hususu kesinlik kazanmıştır.

Bununla birlikte, 105. madde açısından sorun yaratan temel husus, suçun *cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı davranış* gibi muğlak bir tanıma dayandırılmış

olmasıdır. Her ne kadar suçun oluşması için özel kastın varlığı gerekliyse de bu muğlaklık cinsel taciz olarak kabul edilen davranışların kapsamının oldukça geniş tutulmasına yol açarak özünde cinsel amaç taşımayan birtakım davranışların da 105. madde kapsamında değerlendirilebilmesine neden olmaktadır. Yetişkin failer bakımından dahi sorunlara sebep olan bu durum, muhakeme yetenekleri henüz gelişme aşamasında olan SSÇ'ler bakımından evleviyetle sorun yaratacak niteliktedir.

– Gelişme çağındaki çocuklarda, ergenlik döneminin etkisi ile cinsel ilgide yoğunlaşma ve birtakım cinsel davranışlar sergileme eğilimi görülebilmektedir. Gelişim çağında olmaları sebebiyle algıları son derece açık olan bu çocuklar, çevrelerinde veya televizyon, internet gibi kanallarla görüp etkilendikleri birtakım davranışları salt merak yahut doğru bir davranış olduğu düşüncesiyle sosyal ve ikili ilişkilerinde uygulama eğilimi içine girebilmektedir. Çocuğun ailesi veya çevresindeki kişilerce küçük yaşta müstehcen yayınlara maruz bırakılması da cinsel taciz niteliğindeki davranışları haksızlık içeriğinin farkına varmadan sergilemesine yol açabilmektedir.

– Cinsel taciz suçunu inceleme konumuz olan diğer cinsel suçlardan ayıran en önemli husus, bu suç tipine ilişkin rızanın TCK m.26/2 kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluşturmasıdır. Kural olarak bu suç tipi bakımından temel şartları taşıyan rızanın varlığı yeterlidir; ancak çocuklar bakımından rızanın geçerliliğinde *on beş yaş* ölçütünün de dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre, on beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneğinde herhangi bir sorun bulunmayan çocukların cinsel taciz niteliğindeki davranışlara gösterdikleri rızanın TCK m.26/2 kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı ancak on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte algılama yetenekleri yeterince gelişmemiş çocukların rıza beyanına itibar edilemeyeceği kabul edilmektedir.

– Cinsel taciz eylemlerinde SSÇ bakımından soruna yol açabilen ilk ihtimal, cinsel taciz davranışını mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerli olduğu zannıyla sürdürüyor olmasıdır. Özellikle mağdur çocuk ile SSÇ'den en az birinin on beş yaşından küçük olması halinde ortaya çıkabilecek bu durum, uygulamada SSÇ açısından sorun yaratabilecek noktalardan biridir. Kanımızca bu ihtimalde, somut olayın özelliklerine göre SSÇ'nin *rızanın tüm şartlarıyla oluştuğuna dair* kabul edilebilir bir yanılgıya düştüğü gözetilmeli ve TCK'nın m.30/3 hükmünün uygulanma ihtimali değerlendirilmelidir.

Benzer şekilde, somut olayın özellikleri doğrultusunda SSÇ'nin ihlal ettiği norma ilişkin haksızlık bilincine sahip olup olmadığı da dikkatli bir biçimde incelenmeli, bu hususta TCK m.30/4 hükmünden uygulanabilme olasılığı göz ardı edilmemelidir.

Cinsel taciz suçuna ilişkin bir başka tespitimiz, suçun bir çocuk tarafından işlenmesi ihtimaline karşı özel bir düzenlemenin yer almıyor olmasıdır. TCK m.103/1'de yer alan ve sarkıntılık düzeyindeki cinsel istismar suçunun bir çocuk tarafından işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmayı şikayete tabi kılan özel hükmün, 105. maddenin niteliğine uygun biçimde entegre edilmesi bizce yerinde olurdu. Öte yandan, bu yönde bir düzenlemenin re'sen soruşturulup kovuşturulan "çocukların cinsel istismarı" suçu için uygun olabileceği ve fakat takibi halihazırda şikayete bağlı olan cinsel taciz suçu ile uyumlu olmayacağı düşünülebilir. Bu noktada önerimizin 103/1'de yer alan düzenlemenin olduğu gibi 105. maddeye dahil edilmesi yönünde olmadığını belirtmek isteriz. Bu kapsamda, 105. maddenin niteliğine uygun bir değişiklik olarak, *suçun SSÇ tarafından işlenmesi halinde ceza yerine bu suça özgü güvenlik tedbirine hükmolunması* da önerilmektedir. Bizce de bu doğrultuda yapılacak bir değişiklik hem ifade ettiğimiz ihtiyacı giderebilecek hem de cinsel taciz suçunun niteliğine aykırı düşmeyecektir.

– Öte yandan, söz konusu önerilerin mümkün görülmemesi halinde ise çocuklar bakımından ceza alt ve üst sınırının azaltılması hususunun değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz.

İyi bir hukuk sisteminde, hukuk kuralları ne uygulandığı toplumdan ne de karşılaştırmalı hukuktan kopuk olmalıdır. Toplumun evrensel hukuk ilkeleri doğrultusunda gelişmesi ancak bu ikisi arasındaki dengenin doğru şekilde kurulabilmesiyle sağlanabilir. Böylelikle hukukun kendini güncellemesi ve sürekliliği sağlanırken aynı zamanda toplumu geliştirici işlevi de korunmuş olur.

Yaş küçüklüğü, bilgi ve deneyim eksikliği, doğru ile yanlış arasındaki ayırımı yeterince yapamama, çabuk etki altında kalabilme gibi nedenler çocukların suç davranışına yönelmelerini kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte istatistikler, erken ergenlik ve ergenlik dönemindeki çocukların içinde bulundukları dönemin etkisiyle suça yönelme oranlarının daha yüksek olduğunu göstermektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve çoğunlukla ergenlik dönemindeki çocuklar arasında görülen rızaya dayalı cinsel eylemler de büyük oranda bu dönemin etkisiyle

gerçekleşmektedir. Çocuğun aile ve okul çevresinde doğru ve yeterli cinsel eğitim alamaması, irade ve davranışlarını kontrol yeteneğinin bir yetişkin gibi gelişmemiş olması, televizyon dizileri, reklamlar, internet gibi kanallar ve sanal sosyal mecralarda doğrudan değilse bile dolaylı yoldan cinsel alt metinli mesajlara maruz kalması, çocuğun cinsel davranışlara ilişkin erken gelişim evrelerinde edindiği doğru ve yanlış değerlendirmeler de sergilediği cinsel davranışlara ilişkin haksızlık bilincini etkileyebilmektedir.

Toplumumuzda cinselliğin bir “tabu” olarak görülmesi çocukların bu konuda yeterli bilgi ve eğitime sahip olmamasına neden olmaktadır. Buna karşın çocukların günlük hayatta sürekli maruz kaldığı televizyon, internet, diziler, reklamlar vasıtasıyla en az bir cinsel mesaj içeren uyararla karşılaşması cinsel davranışlara karşı merak ve ilgi duymalarına neden olabilmektedir. Yaşı ve içinde bulunduğu dönem gereği cinselliğe olan ilgi ve merakı artan çocuklar bu konudaki bilgi ve eğitim eksikliğiyle meraklarını giderme isteği duymakta; davranışlarını kontrol etme becerilerinin yeterince gelişmemiş olması ise onların hukuk düzenince “suç” olarak kabul edilen birtakım cinsel davranışlara yönelmelerine yol açmaktadır. Bu noktadaki sorun ise çocukların bu suç davranışını gerçekleştirirken çoğu zaman suç işlediği bilincine sahip olmamasıdır. Başka bir ifadeyle çocukların öğrenmek, merakını gidermek amacıyla neden suç olduğunu bile bilmeden sergilediği davranışlar, onları ne olduğunu yeterince anlayamadan yargı makamlarıyla karşı karşıya getirmektedir.

Öte yandan suça sürüklenen çocukları yetişkin faillerden ayıran en önemli özellik, çocukta haksızlık bilincinin erken yaşta oluşturulabilmesi ve suç davranışının çoğu zaman ceza dışı alternatif yöntemlerle önlenabilir olmasıdır. Bu noktada, Türkiye’nin de tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ile belgeler, çocukların kanunla ihtilafa düşmesi –veya çalışmamızda kullanmayı tercih ettiğimiz şekliyle *suça sürüklenmesi*– durumunda özgürlüğü bağlayıcı ceza ve tedbirlerin “son çare” olarak uygulanması esasına dayanmaktadır. Zira bir çocuğu özgürlüğünden yoksun kılmak suretiyle cezalandırmak hem çocuk hem de toplum için uzun vadede yarardan çok zarara yol açma tehlikesi içermektedir.

Kanaatimizce, bu soruna yol açan temel ve en büyük sebep çocukların cinsel eğitim eksikliği nedeniyle bilgiye yanlış yoldan ulaşmaya çalışmalarıdır. Bir çocuğu bilgisizce yaptığı bir yanlış için cezalandırılmak çoğu zaman en kolay yoldur. Ancak

yargılama ve infaz sürecinin doğuracağı kötü sonuçları onarmak ise neredeyse imkansızdır.

Çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel eylemler sorununun yargı dışı bırakılarak çocukların yaş ve gelişim düzeyleriyle uyumlu bir eğitim çerçevesinde toplum ve aile disiplini içinde uzun vadede çözülmesi mümkünken; çocuğa davranışındaki haksızlık bilincini öğretmeden, suçun ve cezanın sebebini anlatmadan ve hatta onu suçtan alıkoyacak alternatif tedbir ve yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeden çocuğun karşısına hiçbir fikrinin olmadığı bir “suç” kavramını çıkarmak hem hukuken hem de vicdanen rahatsız edicidir.

Konuya cinsel suçlar özelinden yaklaştığımız bu çalışmada çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki veya davranışlarda fail ile mağdur sıfatlarının çoğu zaman birbirine karıştığını, söz konusu çocuklar ve çocukların korunması olduğunda her iki çocuğun katı değerlendirmelerle ilk aşamada yargılama sürecine dahil edilmesinin suçla amaçlanan faydaları doğurmayacağını aktarmaya çalıştık. Amacımız, yargılama sürecinde madalyonun arka yüzü olarak kalan *suça sürüklenen çocuk* kavramına katı görüşlerden sıyrılarak yalnızca “*suça sürüklenen*” değil aynı zamanda “*çocuk*” olduğu bilinciyle yaklaşılması gerektiği ve bu yaklaşım doğrultusunda yapılacak birtakım değişikliklerin gerek hukuksal gerekse vicdani anlamda daha adil sonuçlara hizmet edeceği hususunda bir perspektif oluşturmaktır.

Bu kapsamda, çalışmamızın bütününde izah ettiğimiz sebepler, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerde suça sürüklenen çocuk sorununun TCK çerçevesinde farklı bir yaklaşımla çözülmesini zorunlu kılmaktadır. Önerdiğimiz yaklaşım, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve diğer belgeler çerçevesinde özgürlükten yoksun bırakıcı uygulamalara çocuklar bakımından *en son çare* olarak ve mümkün olduğunca az başvurulması; esasa ilişkin olarak ise bilhassa *Lanzarote Sözleşmesi m.18/3* kapsamında TCK’da çocuklar arasındaki cinsel eylemlerde çocuğun şahsi durumu ile *eylemde yararlanma kastının bulunmadığının* göz önünde bulundurularak soruna ilişkin yargısal müdahalenin mümkün olduğunca asgari düzeyde tutulmasıdır.

KAYNAKÇA

“Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İnsan Kaçakçılığı Suçu ile İlişkileri”, çev. Ayşe Deniz **POSTACI**, in. *Adli Tıp ve Ceza Hukuku*, ed. Yener ÜNVER, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, 239-244.

ADALAR ÇELENK, Tuğba Eda, Osman **YILDIZLAR**, “*Lise Öğrencilerinde Akran Zorbalığı ve Mağduriyetinin İncelenmesi*”, Sağlık ve Yaşam Bilimleri Dergisi, C.:1, S.:2, (Y.:2019), 24-31.

AKARCA, Mehmet, “*Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması*”, II. Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokiyumu İkinci Oturum: Ceza Muhakemesi Hukuku ve Çocuk, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:3, S.:19, (Y.:2011), 26-36.

AKBULUT, Berrin, “*Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması*”, MÜHF HAD, C:19, S:2, (Y.: 2013), 541-586.

AKBULUT, Berrin, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği*”, CHD, C.:14, S.:40, (Y.:2019), 265-288.

AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

AKÇA, Mehmet Şirin, Melek **ŞAHİN**, Duygu **ARSLAN**, “*Öğrencilerin Cinsel Eğitimine İlişkin Öğretmen Algısı*”, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, C.:7, S.:3, (Y.:2017), 515-522.

AKÇAN, Ramazan, Necmi **ÇEKİN**, “*Cinsel Suçlu Olarak Çocuk*”, Adli Tıp Dergisi, C:25, S:1, (Y.:2011), 49-70.

AKÇO BİLEN, Seda, “*Nasıl Bir Çözüm? – Çocuğun Cinsel İstismarı*”, <<https://www.hukukpolitik.com.tr/2016/12/14/nasil-bir-cozum-cocugun-cinsel-istismari/>>, (E.T.: 24.07.2020).

AKDAĞ, Hale, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:5, S.:9, (Y.:2017), 167-188.

- AKSAKAL**, Enver, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.:88, S.:2, (Y.:2014), 257-275.
- AKSOY**, Sema, “*Gelinlik Değil Kefen Giydirilmiş Çocuklar*”, ABD, S.:1, (Y.:2014), 289-294.
- ALBAYRAK**, Mustafa, “*Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar*”, TBB Dergisi, S.:77, (Y.:2008), 281-306.
- ALİKAŞİFOĞLU**, Müjgan, “*Akran İstismarı*”, Türk Pediatri Arşivi, C.:46, Ek:1 – Özel Sayı, (Y.:2011), 31-34.
- ALPASLAN**, Ahmet Hamdi, “*Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar*”, Kocatepe Tıp Dergisi, C.:15, S.:2, (Y.:2014), 194-201.
- ARSLANTÜRK**, Mustafa, *TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ARTUÇ**, Mustafa, “*Cinsel Taciz Suçu*”, THD, S.:11, (Y.:2007), 103-113.
- ARTUK**, M. Emin, Ahmet **GÖKCEN**, M. Emin **ALŞAHİN**, Kerim **ÇAKIR**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, ed. M. Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- ARTUK**, M. Emin, M. Emin **ALŞAHİN**, “*Sarkıntılık Fiili*”, AÜHFD, C.:65, S.:4, (Y.: 2016), 3243-3270.
- ARTUK**, Mehmet Emin, “*Cinsel Taciz Suçu*”, CHD, S.6, (Y.: 2008), 5-19.
- ASLAN**, M. Yasin, “*Çocuk Suçluluğu Hakkında Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri*”, ABD, S.:4, (Y.:2008), 88-96.
- AVCI**, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu II*, ed. Teoman ERGÜL, TBB Yayınları: Ankara, (2004), 199-232.
- AYAZ** Muhammed, Ayşe Burcu **AYAZ**, Nusret **SOYLU**, “*Çocuk ve Ergen Adli Olgularda Ruhsal Değerlendirme*”, Klinik Psikiyatri Dergisi, C:15, S:1, (Y.:2012), 33-40.
- AYDIN**, Devrim, “*Tehdit Suçu*”, CHD, C.:15, S.:42, (Y.:2020), 9-42.
- AYDIN**, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.

- AYDIN**, Öykü Didem, “*Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*”, TBB Dergisi, S.:53, (Y.:2004), 63-140.
- BAĞIŞ**, Radiye Canan, “*Çocukları Suça Sürükleyen Çevresel Nedenler: Sosyal Bağ ne Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Bir Değerlendirme*”, HUMANITAS Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C:7 S:14, (Y.:2019), 203-221.
- BAŞ**, Eylem, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*”, AÜHFD, C.:65, S.:4, (Y.:2016), 1135-1215.
- BAYKARA ACAR**, Yüksel, *İstisnai Öyküler: Cinsel Suçtan Hükümlü Çocukların Yaşam Öyküleri*, Ankara: Maya Akademi Yayınevi, 2011.
- BAYRAM DEĞER**, Vasfiye, Elçin **BALÇI**, “*Adölesan Dönemde Üreme Sağlığı, Cinsellik ve Cinsel Eğitimin Önemi*”, Turkish Studies, C.:13, S.:4, (Y.:2018), 1423-1448.
- BAYTEMİR**, Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- BEYAZIT**, Özgür, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, TAAD, S.:1, (Y.:2010), 293-310.
- BOZKURT**, Musa, “*Çocuk İstismarı Bağlamında Çocuk Evlilikleri*” in *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını*, (İstanbul: 2019), 177-184.
- BULUT**, Sefa, “*Çocuk Cinsel İstismarı Hakkında Bir Derleme*”, Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, C:3, S:28, (Y:2007), 139-156.
- CAN**, Niyazi, “*Gençlik Sorunlarında Medyanın Etkisi*”, SBAD, C.:3, S.:2, (Y.:2008), 62-76.
- CANKURTARAN ÖNTAŞ**, Özlem, “*Cinsel Suça Yönelen Çocukların Karakteristikleri ve Tedavi Programları*”, Aile ve Toplum Dergisi, C.:6, S.:22, (Y.:2010), 47-56.
- CENGİZ**, Serkan, Fahrettin **DEMİRAĞ**, Teoman **ERGÜL**, Jeremy **McBRIDE**, Durmuş **TEZCAN**, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*” Ankara: TBB Yayınları, 2008.

- CENTEL**, Nur, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.:99, (Y.:2012), 269-290.
- CENTEL**, Nur, Hamide **ZAFER**, “Cinsel Saldırı Suçu” in. *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan*, ed. Mahmut KOCA, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2020), 225-264.
- CREWS**, Gordon A., Angela D. **CREWS**, “Do You Know How Your Children Are? International Perspectives on Child Abuse, Mistreatment, and Neglect”, Criminal Justice Faculty Research, (Marshall University: Marshall Digital Scholar, 2010), <https://mds.marshall.edu/criminal_justice_faculty/>, (Son E.T.: 04.06.2020).
- ÇAKICI GERÇEK**, Leyla, “Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu”, AÜHFD, C.:60, S.:1, (Y.:2011), 47-82.
- ÇALIŞKAN**, Suat, “Sarkıntılık Suçu ve Yargıtay Uygulaması”, <<https://www.hukukihaber.net/sarkintilik-sucu-ve-yargitay-uygulamasi-makale,5953.html>>, (Son E.T.: 14.06.2020).
- ÇAYIR**, Gülsen, Nezihe **KIZILKAYA BEJİ**, “Cinsel Sağlık Eğitimi”, Androloji Bülteni, C.:17, S.:62, (Y:2015), 231-240.
- DEĞİRMENCİ**, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB Dergisi, S.:110, (Y.:2014), 129-188.
- DEMİR YAZAR**, Özlem, “Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, (2019).
- DEMİRBAŞ**, A. Timur, “Çocuk Gelinler ve Türk Ceza Kanunu”, in. *Hukuki Boyutuyla Çocuk Gelinler Konferansı: Bildiriler*, ed. S. Alp LİMONCUOĞLU-Mine KASAPOĞLU TURHAN, İzmir: İEÜ Yayınları, (2014), 71-81.
- DEMİRBAŞ**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020).
- DERELİ**, Alparslan, “Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu”, in. *Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2020), 1363-1388.

- DOĞAN**, Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, ABD, (2017/1), 123-149.
- DURSUN**, Selman, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, CHD, S.:24, (Y.:2014), 57-73.
- DÜLGER**, İbrahim, “Çocukların Cinsel İstismarı”, Fasikül Hukuk Dergisi, Uluslararası Kolokyum Yargıtay Özel Sayısı, S.6, (Y.:2010), 41-42.
- ELBEK**, Tülay, Özlem **EREL**, Musa **DİRLİK**, Selim **ÖZKÖK**, Hatice **AKSU**, Füsun **ÇALLAK KALLEM**, Bedir **KORKMAZ**, Ufuk **KATKICI**, “Cinsel Saldırı Suçuna Sürüklenen Çocuğun Cinsel İstismarı: Olgu Sunumu”, Adli Tıp Bülteni, C:21, S:2, (Y.:2016), 134-136.
- ERBAY**, Ayhan, “Çocuk Ceza İnfaz Kurumlarının Çocuk Tutuklu/Hükümlüler Üstündeki Psikolojik Etkileri”, Aydın Toplum ve İnsan Dergisi, S.:1, (Y.:2017), 23-33.
- ERDEM**, Mehmet, *Aile Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ERDEM**, Mustafa Ruhan, “Ceza Hukuku Müdahalesinin Meşruluğu ve Sınırları”, in. Prof. Dr. M. İlhan **ULUSAN’a Armağan – C.III**, ed. Atilla **ALTOP-Rudolf WELSER-Cüneyt BELLİCAN-Nihal URAL ÇINAR-Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT**, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2016), 247-262.
- ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser, *Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Türk Ceza Hukukunda Fücur (Ensest)*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2018.
- ERDOĞAN**, İhsan, A. Dilşad **KESKİN**, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- ERDOĞAN**, Oktay, *Çocuk Ceza Hukuku*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2012.
- GENÇ**, Şura, Seçil **COŞKUN**, “Ensest”, TBB Dergisi, S:106, (Y.:2013), 215-260.
- GERÇEKER**, Hasan, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- GÖKÇE İMREN**, Sebla, Ayşe Burcu **AYAZ**, Canan **YUSUFOĞLU**, Ayşe **RODOPMAN ARMAN**, “Cinsel İstismara Uğrayan Çocuk ve Ergenlerde Klinik Özellikler ve İntihar Girişimi ile İlişkili Risk Etmenleri”, Marmara Medical Journal, C.:26, S.:1, (Y.:2013), 11-16.

- GÖKPINAR**, Mahmut, “*Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğu*”, TBB Dergisi, S.:72, (Y.:2007), 206-233.
- GÖKTÜRK**, Neslihan, “*Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- GÖREN**, Zafer, “*Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi*”, İTÜSBD, C:11, S:22, (2012/2), 45-105.
- GÜÇLÜ**, İdris, Halil **AKBAŞ**, *Suç Sosyolojisi*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- GÜLTEKİN AKDUMAN**, Gülümser, “*7-14 Yaş Arası Çocuklarda Akran İstismarı ve Kendi Çözüm Önerileri*”, Kuramsal Eğitimbilim Dergisi, C.:3, S.:2, (Y.:2010), 13-26.
- GÜNERBÜYÜK**, Uygur, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, (2010).
- GÜNGÖR**, Devrim, “Türk Ceza Kanununda Çocuk Pornografisi” in. *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan – Cilt I*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No.459, (2015), 545-556.
- GÜRSOY**, Elif, Nimet Sevgi **GENÇALP**, “*Cinsel Sağlık Eğitiminin Önemi*”, Aile ve Toplum Dergisi, C.:6, S.:23, (Y.:2010), 29-36.
- HAKERİ**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- HAKERİ**, Hakan, Melik **KARTAL**, Şule **KARATAŞ GÖRÜCÜ**, “Sağlık Çalışanları Bakımından Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, in. *Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2020), 535-572.
- HAVUTCU**, Ayşe, “*Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirilmesi*”, Journal of Yaşar University, C.:8, Özel Sayı, (Y.:2013), 1341-1382.
- HOROZGİL**, Denizhan, “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli*”, TBB Dergisi, S:93, (Y.:2011), 108-146.

- İŞIKTAÇ**, Yasemin, “Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye’de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi”, *Mevzuat Dergisi*, S.13, (Y.:1999), <<https://www.mevzuatdergisi.com/1999/01a/01.htm>>, (Son E.T.: 25.08.2020).
- İPEK**, Aydın, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:20, S:1, (Y.:2012), 151-173.
- KANBUR**, Mehmet Nihat, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, *DEÜ HFD – Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e ARMAĞAN*, C.:16, (Y.:2014), 4139-4210.
- KANTARCI**, Nurullah, “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, *CHD*, S.:33 (Y.:2017), 151-177.
- KARAARSLAN**, Reşit, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi”, *AndHD*, C.:4, S.:1, (Y.:2018), 1-20.
- KARATAŞ**, Zeki, Aliye **MAVİLİ**, “Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, S.45, (Y.:2019), 1013-1043.
- KARBEYAZ**, Kenan, Ceysu **DİNÇ**, Yasemin **GÜNAY BALCI**, “15 Yaşın Altındaki Çocuklar Arasında Cinsel İlişki: Olgu Sunumu”, *Adli Tıp Bülteni*, C:21, S:1, (Y.:2016), 52-54.
- KAYA**, Murat, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S:52, (Y.:2010), 103-109.
- KAYMAZ**, Seydi, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:16, S.:2, (Y.:2012), 117-167.
- KILIÇ**, Abbas, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, *TBB Dergisi*, S.:78, (Y.:2008), s.167-204.
- KOCA**, Mahmut, İlhan **ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

- KOCA**, Mahmut, İlhan **ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- KOCA**, Mahmut, Özge **BOZKURT**, İbrahim **AKAR**, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, in. *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2020), 633-668.
- KOPARAN**, M. Reşat, “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler” TBB Dergisi, S.:64, (Y.:2006), 337-367.
- KOYUNCUOĞLU**, Hikmet, “Çocukların Cinsel Erginlik Yaşı Üzerinden Toplumsal Gerçeğe Uygun Hukuk Tartışması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.:91 S.:1, (Y.:2017), 241-247.
- KÖKSAL**, Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” in. *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan*, C.:2, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No.459, (2015), 687-728.
- KÖSE ŞAHİN**, Behiye, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, (2009).
- KÖSELİ**, Arzu, Kezban **ÇELİK**, “Çocuk Yaşta Erken ve Zorla Evliliklerin Sağlık Riskleri ve Sonuçlarına Çok Sektörlü Yaklaşım”, UNFPA Turkey, (2020).
- KRUG**, Etienne G. et al., eds. *World Report on Violence and Health*, World Health Organization, Geneva, (2002).
- MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, “Cinsel İstismar Suçunda Değişiklik Yapılmasını Öngören Teklife İlişkin Hukuki Görüşüm”, <http://www.tbbeginim.com/dokuman/ekutuphane_cinselistismardegisiklik.pdf>, (Son E.T.: 16.07.2020).
- MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Görüş” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, ed. Teoman ERGÜL, TBB Yayınları: Ankara, 2004, 357-378.
- MEMİŞ KARTAL**, Pınar, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, AÜHFD, C.:65, S.:4, (Y.:2016), 2083-2100.
- MEMİŞ KARTAL**, Pınar, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

- MÜFTÜ**, Gülgün, “Çocukların Hakları ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Bir Tarihçe”, Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC) Çocuk Hakları Programı ÇHS İzleme ve Raporlama, <<http://www.cocukhaklariizleme.org/bir-tarihce-cocuklarin-haklari-ve-birlesmis-milletler-cocuk-haklarina-dair-sozlesme>>, (E.T.: 17.11.2019).
- NASIROĞLU**, Serhat, Özlem **KESKİNER**, Ayşegül Yolga **TAHİROĞLU**, Ayşe **AVCI**, “Ergenlerde Adli Psikiyatrik Değerlendirme: Bir Olgu Sunumu”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, C.:18, S.: Ek.1, (Y.:2017), 5-7.
- NİŞANCI**, Doğukan, “6545 sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, TBB Dergisi, S.:120, (Y.:2015), 209-260.
- NUHOĞLU**, Ayşe, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, GSÜHFD, C.:9, S.:1, (Y.:2010), 287-300.
- OVAYOLU**, Nimet, Özlem **UÇAN**, Selver **SERİNDAG**, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, C:2, S:4, (Y.: 2007), 13-22.
- ÖĞRETİR ÖZÇELİK**, Ayşe Dilek, Gülhan **YILMAZ BURSA**, “Cinsel Gelişim” in. *Çocuk Gelişimi*, ed. Ayşe Dilek ÖĞRETİR ÖZÇELİK, Ankara: Pegem Akademi, (2019), 161-194.
- ÖKSÜZ**, Yücel, “Cinsel Eğitim” in. *Cinsel Sağlık Eğitimi*, ed. Kurtman ERSANLI-Hatice KUMCAĞIZ, Ankara: Pegem Akademi, (2020), 13-45.
- ÖZBEK**, Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZBEK**, Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- ÖZEN**, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- ÖZGENÇ**, İzzet, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, AHBVÜ HFD, C.:24, S.:2, (Y.:2020), 251-288.

- ÖZGENÇ**, İzzet, “*Cinsel Suçlar: Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:XXIV, S.:1, (Y.: 2020), 257-283.
- ÖZGENÇ**, İzzet, İlhan **ÜZÜLMEZ**, *Ceza Genel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZGENÇ**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZGENÇ**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı – Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZTÜRK** Bahri, Durmuş **TEZCAN**, Mustafa Ruhan **ERDEM**, Özge **SIRMA GEZER**, Yasemin F. **SAYGILAR KIRIT**, Esra **ALAN AKCAN**, Özdem **ÖZAYDIN**, Efser **ERDEN TÜTÜNCÜ**, Derya **ALTINOK VILLEMIN**, Mehmet Can **TOK**, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. Bahri **ÖZTÜRK**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu (Panel Konuşması) in. *Türk Ceza Kanunu Reformu – I*, ed. Teoman **ERGÜL**, TBB Yayınları: Ankara, (2004), 143-145.
- ÖZTÜRK**, Bahri, “*Türkiye’de Çocukların Muhakemesi Ne Kadar Adil?*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:6, (Y.:2010), 9-14.
- ÖZTÜRK**, Bahri, Mustafa Ruhan **ERDEM**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- PAKIR**, Yusuf, *Cinsel Saldırı Suçu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- PAMUK**, Gülfem, “*Fransız ve Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu*”, MÜHFHAD – Prof. Dr. Nur **CENTEL**’e Armağan, C.:19, S.:2, (Y.:2013), 1453-1476.
- PARLAR**, Ali, Mustafa **ÖZTÜRK**, *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018.

- POLAT**, Halil, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, CHD, C.:5, S.:13, (Y.:2010), 189-195 .
- POLAT**, Oğuz, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı – I: Tanımlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- POLAT**, Oğuz, *Viktimoloji*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- SEÇGİN**, Damla, “*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, (2018).
- SEGAL**, Uma A., “*Child Abuse in India: An Empirical Report on Perceptions*”, Child Abuse & Neglect, Vol:16, Iss.6, (1992), 887-908.
- SEGAL**, Uma A., “India” in. *Child Abuse: A Global View*, eds. Beth M. **SCHWARTZ KENNEY**, Michelle **McCAULEY**, Michelle A. **EPSTEIN**, Westport, Connecticut: Greenwood Press, (2001), 51- 66.
- SIRMA**, Özge, “*Türk Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, (2011).
- SOKULLU AKINCI**, Füsun, Selman **DURSUN**, *Viktimoloji*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- SOKULLU**, Füsun, “*Siyah Sayılar ve Viktimoloji*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.:40, S.: 1-4, (Y.:1974), 219-241.
- SOYER GÜLEÇ**, Sesim, “*Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı*”, DEÜHFD, C.:10 S.:1, (Y.:2008), 59-91.
- SÖZÜER**, Adem, “İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor”, *Hürriyet.com*, <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ipek-ozbey/iki-cocuk-arasindaki-cinsel-davranis-cezalandiriliyor-40805962>>, (Y.T.: 16.04.2018), (E.T.: 24.07.2020).
- SÜMER**, Zeynep, “*Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, (2019).
- ŞAHİN**, Cumhur, Neslihan **GÖKTÜRK**, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- ŞAHİN**, Cumhur, Neslihan **GÖKTÜRK**, *Ceza Muhakemesi Hukuku – II*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 9. Bası, 2019.

- ŞARE**, Ersin, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası*”, DEÜHFD, C.:21, S.:2, (Y.:2019), 977-1023.
- ŞARMAN**, Ceren, “*Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, (2012).
- ŞEN**, Ersan, “Cinsel İstismar Suçunda Evlilik Affı – 2”, in. *Yorumluyorum – 14*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2017), 207- 210.
- ŞEN**, Ersan, “Cinsel İstismar Suçunda Evlilikle Af Önerisi”, in. *Yorumluyorum – 14*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2017), 211-218.
- ŞEN**, Ersan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” in *Yorumluyorum - 12*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2016), 257-259.
- ŞEN**, Ersan, Filiz **DEMİRBÜKER**, “15 Yaşını Tamamlamış Çocuklara Basit Cinsel İstismar ve Sarkıntılık” in. *Yorumluyorum – 19*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2018), 81-86.
- ŞEN**, Ersan, Filiz **DEMİRBÜKER**, “Cinsel Taciz Suçu” in. *Yorumluyorum – 21*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2020), 95-110.
- ŞEN**, Ersan, Tuğçe **BAŞARIR**, “*Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın*” in. *Yorumluyorum-II*, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2014), 109-133.
- ŞENGÜL**, Hasan Atakan, Nergis **CANTÜRK**, Gürol **CANTÜRK**, Rukiye **DAĞALP**, “*Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde Akran İstismarı Nedeniyle Yargılanan Çocukların Değerlendirilmesi*”, TPAD, C.:47, S.:4, (Y.:2012), 283-289.
- ŞENYİL KALE**, Zerrin, “*BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuğun Yüksek Yararı*”, in. İzmir Barosu Çocuk Hakları Bülteni, 20 Kasım 2018 Özel Sayısı, 4-12.
- ŞİMŞEK**, Alaattin, “*Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık*”, CHD, S.28, (Y.:2015), 309-359.
- TANER**, “*Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu*”, TBB Dergisi, S.:92, (Y.:2011), 118-156.
- TANER**, Fahri Gökçen, “*Anayasa Mahkemesinin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi*”, TBB Dergisi, S:124, (Y.:2016), 221-246.

- TANER**, Fahri Gökçen, “*Kadının Eşitlik Mücadelesinde Ceza Kanunlarında Cinsel Suçlar Dönüşürken Aslında Ne Değişti?*”, Kadın/Woman 2000-Kadın Araştırmaları Dergisi, C.:16, S.:2, (Y.:2015), 63-89.
- TANER**, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- TANERİ**, Gökhan, Gani **KAMIŞLI**, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- TEZCAN**, Durmuş, Mustafa Ruhan **ERDEM**, R. Murat **ÖNOK**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- TOPAL KÖSE**, Esin, “Geçmişle Gelecek Arasında Sıkışan Çocuklarda Biyopsikososyal Değerlendirmenin Önemi” in. *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını*, (İstanbul: 2019), 219-223.
- TOPUZ**, Murat, Osman Gökhan **ANTALYA**, *Medeni Hukuk – Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- TOROSLU**, Nevzat, Yüksel **ERSOY**, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı” in. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, ed. Teoman ERGÜL, TBB Yayınları: Ankara, (2004), 1-20.
- TUĞRUL**, Ahmet Ceylani, Fevzi **ELMAS**, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” in. II. Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokiyumu İkinci Oturum: Çocukların Cinsel İstismarı, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:6, (Y.:2010), 27-30.
- TUNÇER**, Polat, “*Avrupa Birliği’nde Çocuk İstismarı ve Kamu Yönetiminin Sorumluluğu*”, Social Sciences Studies Journal, Vol.:4, Iss.:21, (2018), 3547-3567.
- TUNÇER**, Polat, “*Bir Kamu Yönetimi Problemi Olan Çocuk İstismarına (Kötü Muamelesine) Amerika Birleşik Devletleri Bağlamında Genel Bir Bakış*”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:11, S:59, (Y.:2018), 1153-1170.
- URAZEL**, Beyza, Saniye Tülin **FİDAN**, Tarık **GÜNDÜZ**, Meryem **ŞENLİKLİ**, Bengisu **ÖZÇİVİT ASFUROĞLU**, “*Çocuk ve Ergen Cinsel İstismarlarının Değerlendirilmesi*” Osmangazi Tıp Dergisi, C.:39, S.:2, (Y.:2017), 18-25.

- UZUN, Zafer, “Suç ve Değer İlişkisi: Suça Sürüklenen Çocuklar Üzerine Bir Araştırma”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, (2015).
- ÜNAL, Aslı, “Türkiye’de Suça Sürüklenen Çocuklar: Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlü Çocuklara İlişkin Bir Analiz”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.:2, S.:5, (Y.:2010), 40-43.
- ÜNLÜ, Ozan Yücel, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Kastrasyon”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:5, S.:2, (Y.:2017), 75-122.
- ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, CHD, S.:11, (Y.:2009), 101-127.
- ÜNVER, Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, in. *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu – Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku*, ed. Yener ÜNVER, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2014), 13-58.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, EÜHFD, C:IV, S:2, (Y.: 2009), 25-42.
- YALÇIN SANCAR, Türkan, Tuğçe Nimet YAŞAR, “Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı”, TBB Dergisi, S:80, (Y.:2009), 245-297.
- YARSUVAT, Duygun, Köksal BAYRAKTAR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Erdoğan BÜLBÜL, Ümit KOCASAKAL, E. Eylem AKSOY, Pınar MEMİŞ, Gülşah KURT, Çağla TANSUĞ, Didem YILMAZ, “TCK Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, in. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, ed. Teoman ERGÜL, Ankara: TBB Yayınları, (2004), 285-317.
- YAVUZ, Can, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, TBB Dergisi, S.:145, (Y.:2019), 13-52.
- YELDAN, Didem, *Uygulamada Cinsel Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF HAD, C:22, S:1, (Y.:2016), 35-51.

- YENERER ÇAKMUT**, Özlem, “*Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunundaki Konumu*”, GSÜHFD, (2016/1), 3-21.
- YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, “*Bir Dava Şartı Olarak Şikayet*”, <<https://caneryenidunya.com/bir-dava-sarti-olarak-sikayet/>>, (Son E.T.: 25.09.2020).
- YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, “*Erken Evlilik Adı Altında Cinsel İstismar Sanıklarına Mağdurla Evlenme İndirimi Yapılması Fikri Hakkında Düşüncemiz*”, <<https://caneryenidunya.com/cinsel-istismar-sanigina-evlenme-indirimi-yapilmasi-dogru-mudur/>>, (Son E.T.: 25.09.2020).
- YILMAZ**, Aynur, “*Suçta Yönelmiş ve Yönelmemiş 14-18 Yaş Arası Ergenlerin Empati Düzeylerinin ve Ana-Baba Tutumlarının İncelenmesi*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, (2009).
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*”, TBB Dergisi, S.:57, (Y.:2005), 243-282.
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan, “*6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”, CHKD, C.:3, S.:2, (Y.:2015), 119-145.
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- YURTCAN**, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- YÜCESAN**, Ayşe, Sultan **AYAZ ALKAYA**, “*Okullarda Göz Ardı Edilen Bir Konu: Cinsel Sağlık Eğitimi*”, SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi, C.:25, S.:2, (Y.:2018), 200-209.
- ZEYTİN**, Zafer, Ömer **ERGÜN**, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.

Çevrimiçi Kaynaklar

“Adli İstatistikler – 2019”, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistik-2019-yayini>
[10062020050051](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistik-2019-yayini)>, (Son E.T.: 27.09.2020).

“Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması ile Çocuk Koruma Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri”, <https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/cocuk_istismari_oneriler.pdf>, (Son E.T.: 04.09.2020).

“Çocuk İstismarının Affı Olmaz: Çocuğun Cinsel İstismarı ve Erken Yaşta Evliliklere İlişkin Yasal Düzenleme Hakkında Öneriler”, Türk Psikologlar Derneği, (Son Güncellenme Tarihi: 18.05.2020), <<https://www.psikolog.org.tr/tr/haberler/www/cocuk-istismarinin-affiolmazx439>>, (Son E.T.: 24.07.2020).

“Dünya Nüfus Günü, 2020”, TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33707>>, (Y.T.: 06.07.2020), (Son E.T.: 19.07.2020).

“Les Violences au sein du Couple et Les Violences Sexuelles en France en 2018”, La Lettre de L’Observatoire National des Violences faites aux Femmes, N°14, (Novembre 2019), <https://arretonslesviolences.gouv.fr/sites/default/files/2020-11/ONVF%20n%C2%B014-Violences%20au%20sein%20du%20couple%20et%20violences%20sexuelles_novembre%202019.pdf>, (Son E.T.: 20.05.2020).

<http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsisteminiuygulanmasi.pdf>, (Son E.T.: 21.02.2020).

<<https://biruni.tuik.gov.tr/medas/?kn=206&locale=tr>>, (Son E.T.: 04.03.2020).

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, (Son E.T.: 24.08.2020).

<<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (Son E.T.: 04.07.2020).

<<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, (Son E.T.: 06.09.2020).

<https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/revised_faq_turkish.pdf>, (Son E.T.: 06.06.2020).

<<https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2020/02/ECPAT-Briefing-Paper-on-the-Sexual-Exploitation-of-Children-in-Turkey-2020-TURKISH.pdf>>, (Son E.T.: 06.06.2020).

<<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1150850-10-cocuga-cinsel-istismarda-bulunan-dis-teknisyenine-116-yil-hapis>>, (Y.T.: 09.11.2015), (Son E.T.: 07.06.2020).

<<https://www.hukukmedeniyeti.org/>>, (Son E.T.: 01.07.2020).

<<https://www.milliyet.com.tr/dunya/porno-izleyen-cocuk-kardesine-tecavuz-etti-1832527>>, (Y.T.: 05.02.2014), (Son E.T.: 07.06.2020).

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/magdur_haklari_incelemeraporu.pdf>, (Son E.T.: 11.11.2019).

<<https://www.unicef.org/turkey/media/3626/file/Cinsel%20%C4%B0stismar%20Ma%C4%9Fduru%20%C3%87ocuklara%20Bak%C4%B1m%20K%C4%B1lavuzu.pdf>> (Son E.T.: 06.06.2020).

Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri – 2018, TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30597>>, (Son E.T.: 22.05.2020).

Child Abuse Offence Recorded Every 7 Minutes in UK, NSPCC, <<https://www.nspcc.org.uk/what-we-do/news-opinion/7-minutes-child-abuse-image-offence/>>, (Son E.T.: 19.05.2020)

Çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük, TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>>, (Son E.T.: 17.11.2019).

Güvenlik Birimlerine Gelen veya Getirilen Çocuklar – 2017, TÜİK Haber Bülteni, <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27609>>, (Y.T.: 01.08.2018), (Son E.T.: 18.05.2020).

HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, <<http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>>, (Son E.T.: 12.07.2020).

İstatistiklerle Çocuk – 2019, TÜİK, <<https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/index.zul>>, (Son E.T.:18.05.2020).

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, (Son E.T.: 31.08.2020).

Les Viols et Les Agressions Sexuelles, Insécurité et Délinquance en 2017: Premier Bilan Statistique, (2017), <https://www.interieur.gouv.fr/content/download/100602/791084/file/violences_sexuelles.pdf>, (Son E.T: 20.05.2020).

Percentage of Boys (Aged 15-17 Years) Who Have Experienced Sexual Violence, UNICEF Data Warehouse, <https://data.unicef.org/resources/data_explorer/unicef_f/?ag=UNICEF&df=GLOBAL_DATAFLOW&ver=1.0&dq=.PT_M_15-17_SX-V..&startPeriod=2014&endPeriod=2020>, (Son E.T. 20.05.2020).

Percentage of Girls (Aged 15-17 Years) Who Have Experienced Sexual Violence, UNICEF Data Warehouse, <https://data.unicef.org/resources/data_explorer/unicef_f/?ag=UNICEF&df=GLOBAL_DATAFLOW&ver=1.0&dq=.PT_F_15-17_SX-V..&startPeriod=2015&endPeriod=2020>, (Son E.T. 20.05.2020).

Suç Türü ve Yaş Grubuna Göre Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlüler, TÜİK, <http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070>, (Son E.T.: 21.05.2020).